

Visítanos en
ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Jorge Joaquín Llambías

TRATADO DE
DERECHO CIVIL
PARTE GENERAL

TOMO II

**TRATADO
DE
DERECHO CIVIL
PARTE GENERAL
TOMO II**

JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor emérito en la Universidad Católica Argentina. Ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal. Premio Nacional de Derecho, años 1967-1972.

**T R A T A D O
D E
DERECHO CIVIL
PARTE GENERAL**

TOMO II

**PERSONAS JURÍDICAS
BIENES
HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS**

DECIMOSÉPTIMA EDICIÓN

Actualizada con las nuevas leyes por
PATRICIO RAFFO BENEGAS



**EDITORIAL PERROT
BUENOS AIRES**

Todos los derechos reservados
© by Editorial EMILIO PERROT
Azcuénaga 1846 -- 1128 - Buenos Aires -- Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-520-143-5: rústica
I.S.B.N.: 950-520-144-3: encuadernado

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

Se terminó de imprimir el día 6 de mayo de 1997,
en ARTES GRÁFICAS CANDIL, Nicaragua 4462, Buenos Aires.

CAPÍTULO IX

PERSONAS MORALES O DE EXISTENCIA IDEAL

§1. Personas de existencia ideal. Naturaleza jurídica: a) teoría de la ficción; b) teorías negatorias de la personalidad; c) teorías de la realidad.

I.— PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL *

1053. GENERALIDADES.— Luego de completar el estudio de las personas naturales o de existencia visible, como las denomina el codificador, pasamos a tratar de las *personas morales o de existencia ideal*.

La terminología “personas de existencia ideal” proviene de Freitas ¹, de quien la toma nuestro Código. Así, dice, el art. 31, primera parte: “*Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible*”, con lo cual se advierte que esas dos categorías agotan las posibles especies de personas, en el plano del derecho ².

* BIBLIOGRAFÍA: Barcía López, A., *Las personas jurídicas y su responsabilidad por actos ilícitos*, Bs. As., 1922; Páez, J. L., *El derecho de las asociaciones*, 2ª ed., Bs. As., 1946; Busso, E., *Código Civil anotado*, Bs. As., 1944, t. I, ps. 251-405; Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 34; Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 3ª ed., t. I, ps. 457-550; Salvat, R., *Parte General*, 5ª ed., ps. 533-597; Ferrara, F., *Teoría de las personas jurídicas*, ed. Madrid, 1929; Michoud, L., *La théorie de la personnalité morale*, París, 1906; íd., 3ª ed., París, 1932; Saleilles, R., *La personnalité juridique*, París, 1910; Gangi, C., *Personne fisica e persona giuridica*, Milano, 1948; Enneccerus, Kipp y Wolf, *Derecho Civil*, Barcelona, 1934, t. I (*Parte General*), vol. 1º, ps. 434 y ss.; Von Tuhr, A., *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Bs. As., 1946, t. II, ps. 109-316; Orgaz, A., *Estudios de Derecho Civil*, p. 17; íd., su nota en “La Ley”, t. 63, p. 950; Clemens, R., *Personalité morale et personnalité juridique*, París, 1935; Savigny, F. C. de, *Sistema de derecho romano actual*, 2ª ed., Madrid, t. II.

¹ Freitas, A. T., de, *Código Civil*, Bs. As., 1909, t. I, p. 151, nota art. 272.

² Véase *supra*, núms. 319 a 322.

Expuesta la separación de ambas clases de personas, el Código distingue a las de existencia ideal de las de existencia visible *por exclusión*. Porque mientras a éstas las define positivamente como entes que presentan “*signos característicos de humanidad, sin distinción de calidades o accidentes*” (art. 51), a las otras las define negativamente, por eliminación de las primeras, como lo hace ver el art. 32: “*Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas*”.

Con ello no suministra un criterio que permita reconocer al intérprete dónde hay una persona de existencia ideal. Pero el legislador no puede adelantar más; lo demás debe hacerlo la ciencia del derecho y de aquí la importancia que cobra la dilucidación de la naturaleza jurídica de esta clase de personas. Puesto que su naturaleza es lo que determina a un ser en lo que es, interesa sobremanera conocer cuál es la naturaleza de las personas morales o de existencia ideal, para poder luego verificar su existencia en la realidad jurídica.

1054. TERMINOLOGÍA.— Si queremos atenernos a la terminología del Código Civil, conviene nombrar a esta clase de personas, como “*personas de existencia ideal*”.

En doctrina suelen usarse otras denominaciones, como “*personas ficticias*”³, “*personas civiles*”⁴, “*personas colectivas*”⁵, “*personas morales*”⁶ o “*personas jurídicas*”⁷.

Esta última denominación, acuñada por Savigny, es la corrientemente aceptada en el derecho moderno, pero entre nosotros tiene el inconveniente de haber sido reservada para una determinada clase de personas de existencia ideal, las que llamaba Freitas “*personas públicas*” que son aquellas de existencia necesaria, o las

³ Así Planiol en su *Tratado elemental de Derecho Civil francés*, 10ª ed., año 1929, t. I, n° 3008, p. 986.

⁴ Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Traité de Droit Civil français*, 3ª ed., *Des Personnes*, t. I, n° 295, ps. 337 y ss.

⁵ Recasens Siches, L., *Vida humana, sociedad y derecho*, p. 157.

⁶ Es la denominación tradicional que le dieron a esta clase de personas los canonistas y que aún conserva el Código de Derecho Canónico, cánones 99 y ss. Es también el nombre que les dan Josserand, L., *op. cit.*, t. I, núms. 187 y 657; Ripert, A. y Boulanger, J., *Traité de Droit Civil*, París, 1956, t. I, núms. 407 y ss., ps. 191 y ss., y Michoud, León en su magnífica obra especializada *Teoría de la personalidad moral*, París, 1906, t. I, ps. 3 a 5, nota 1. Realmente nosotros no vemos la razón de prescindir de esta denominación tradicional, sobre todo si como ocurre en nuestro medio no se puede echar mano de la denominación “*persona jurídica*” por haberse reservado esta expresión para distinguir a una clase solamente de personas morales.

Después de la sanción de la ley 17.711 la denominación “*persona jurídica*” sigue correspondiendo a una especie dentro del género de las “*personas de existencia ideal*” (véase *infra*, n° 1089 bis).

⁷ Savigny, F. C. de, *op. cit.*, t. II, párr. 85, p. 60; Oertman, P., *Introducción al Derecho Civil*, ed. Labor, p. 78; Coviello, N., *Doctrina general de Derecho Civil*, México, párr. 6, p. 212.

que nacen en virtud de un acto administrativo expreso que las contempla especialmente (véase *infra*, núms. 1174 y ss.). Por eso nos abstenemos de usar la denominación “personas jurídicas” para referirnos a toda clase de personas ideales o morales” ^{7 bis}.

1055. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— No obstante que el fenómeno de la “personalidad moral” arraiga en la naturaleza social del hombre, y por ello debería aparecer en toda época histórica, su conceptualización técnica adecuada supone el dominio depurado de ciertas nociones jurídicas, que no han sido logradas sino después de alcanzado un desarrollo cultural avanzado. Por ello el concepto de “personas de existencia ideal” demoró en surgir en la historia del derecho.

En la Roma primitiva sólo los individuos humanos eran personas del derecho. La noción de Estado, como organismo representativo del pueblo, no era comprendida en los primeros tiempos en que las funciones propias del poder público se identificaban con la persona del Rey.

La idea de la personalidad moral no habrá de aparecer en Roma hasta la época del Imperio. Ciertamente antes había algunos atisbos de ella: así el poder público era denominado bajo la República como “*Senatus populusque romanus*”—el Senado y Pueblo romanos—mención que denotaba no un concepto unitario, propio de la personalidad moral, sino colectivo, referido al ejercicio del mando y no a la titularidad de derechos y obligaciones. Los impuestos eran pagados al *Fiscus*, palabra que en latín significa “canasto” o “esportilla”, que era el recipiente usado para recolectar o guardar dinero, lo que muestra que por ausencia de abstracción se identificaba el titular de la obligación con el medio práctico utilizado para recoger del deudor el pago de la deuda.

Pero la idea de la personalidad moral aparece por primera vez delineada cuando las ciudades vencidas por Roma (*Reipublicae* o *Municipia*) resultan por razón de la derrota privadas de su soberanía y reducidas al “*jus singulorum*” o derecho de los particulares, para la gestión de los bienes que les quedaban. De ese modo se admitió la existencia de un ente colectivo que actuaba en el derecho a la par de los ciudadanos, usando las formas propias del comercio jurídico y compareciendo ante los jueces de acuerdo a las reglas del procedimiento.

Luego, advirtiéndose la utilidad de ese recurso, se lo extendió a otras corporaciones tales como los colegios sacerdotales, los colegios de funcionarios públicos, los colegios funerarios, que eran asociaciones destinadas al culto y sepultura de los muertos, y hasta a sociedades comerciales constituidas para la explotación de minas o la recaudación de impuestos.

Con todo ello la práctica se adelantó a la teoría. Pues sin haberse concebido en la dogmática jurídica la existencia de sujetos de derecho diferentes de los individuos humanos, como tales, en la vida del derecho pululaban situaciones como las descriptas.

^{7 bis} Véase lo que dijimos en la nota 6 “*in fine*”.

1056. APOORTE DEL CRISTIANISMO.— En la toma de conciencia del fenómeno jurídico que presentaba la actuación de las personas de existencia ideal, fue capital el aporte del cristianismo. Cuando aún era confusa la distinción del interés de las asociaciones existentes del de sus miembros integrantes, tal distinción estaba patente con respecto a la Iglesia, institución fundada por Cristo, y a los fieles que respondiendo al llamado de Él se sujetaban a la maternidad de la Iglesia. En el Evangelio está clara la concepción de la Iglesia como una unidad orgánica ⁸, como lo está también en las epístolas de San Pablo que desarrollan la idea de la Iglesia como cuerpo místico de Jesús ⁹.

La persona jurídica “fundación” se origina también en el derecho cristiano. El espíritu de caridad y generosidad de los fieles se manifestaba en la erección de instituciones dedicadas al bien espiritual y material del pueblo, que de ordinario se ponían bajo el patrocinio de un Santo. Aunque en la actuación del convento, del hospital o del asilo, se solía realizar los contratos a nombre del Santo patrono, no era sino una forma elíptica para aludir como sujeto del derecho a la institución misma colocada bajo su patrocinio ¹⁰. Lo que importa es hacer notar cómo estaban esfumados, tanto los administradores de la fundación, cuanto los beneficiarios o destinatarios de la misma, para dejar en el plano jurídico sólo la visión de la unidad ideal del instituto ligado, en cuanto a sus fines, a la voluntad del fundador.

Con ello la concepción de la persona de existencia ideal estaba cabalmente lograda.

1057. AUGE DE LA PERSONA JURÍDICA.— Pero la noción de persona jurídica se mantuvo en un plano secundario hasta el siglo XIX, en que el capitalismo moderno la usó como un resorte principal de su expansión y predominio. La utilización de la “forma” de la persona jurídica permitió la reunión de grandes capitales con los que se afrontó la realización de empresas económicas inaccesibles para los individuos aislados. Como contrapartida esa acumulación de poderío económico en manos de quienes gobernaban el capital de la entidad se tradujo en no pocas injusticias y en la agudización de la llamada cuestión social, con ecos reprobatorios en las encíclicas de los papas León XIII y Pío XI ¹¹.

⁸ “Soy la vid, vosotros los sarmientos” (Juan, XV, 5).

⁹ San Pablo enseña que Cristo “es nuestra cabeza y de quien todo el cuerpo místico de los fieles, trabado y conexo entre sí...” (*Efesios*, VI, 15); o también: “Sois el cuerpo de Cristo y miembros unidos a otros miembros” (Ep. a *los Corintios*, XII, 27).

¹⁰ Besta, *Le persone nella storia del diritto italiano*, 1931, n° 578, p. 202.

¹¹ León XII, *Encíclica Rerum Novarum*, párr. 24 hacia el final; Pío XI, *Encíclica Quadragesimo Anno*, cap. III, ap. 1 a).

Ese auge del capitalismo, multiplicado en sus posibilidades de acción por el recurso económico-jurídico de la personalidad moral de las sociedades anónimas, puso en el primer plano de la ciencia del derecho la consideración referente a la naturaleza de esas entidades, a cuyo respecto se ha desenvuelto uno de los debates más luminosos ¹².

No obstante que en la actualidad, parece haber decaído el interés de los juristas por los problemas puramente teóricos ¹³, como la solución práctica para no caer en un inseguro empirismo ha de sustentarse en una adecuada comprensión de aquellos, resulta provechoso aun ahora presentar aquella controversia, en sus grandes líneas.

II.— NATURALEZA JURÍDICA

1058. DISTINTAS TEORÍAS.— La mayor parte de los autores clasifica a las diversas explicaciones dadas sobre la naturaleza de las personas jurídicas en la siguiente forma: a) teoría de la ficción; b) teorías negatorias de la personalidad; c) teorías de la realidad. Nos atendemos al desarrollo de ese esquema, sin perjuicio de aludir a la concepción de Kelsen que no encuadra exactamente en el primer grupo, no obstante sus aproximaciones conceptuales.

III.— TEORÍA DE LA FICCIÓN

1059. EXPOSICIÓN.— Esta teoría ya insinuada por el papa Inocencio IV —Sinibaldo de Fieschi— fue especialmente desenvuelta y sistematizada por Savigny, a punto tal que en la historia del derecho la teoría aparece identificada con el nombre del gran jurista alemán.

Savigny parte, en su concepción, del derecho subjetivo al que considera como un poder atribuido a una voluntad, de donde concluye que sólo los seres dotados de voluntad pueden ser personas, según el orden de la naturaleza. Pero el derecho positivo, anota Savigny, puede modificar este principio, ya negando la capacidad natural a algunos hombres con la institución de la esclavitud ¹⁴, ya extendiéndola a entes que no son hombres, como sucede con las personas jurídicas. Para arribar a esto último se recurre

¹² Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 612, p. 460.

¹³ Conf. Orgaz, A., *Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, en Estudios de Derecho Civil*, Bs. As., 1948, p. 17.

¹⁴ Sobre la negación del carácter de personas a algunos hombres, recuérdese lo que hemos dicho *supra*, núms. 316 y 317.

a una ficción consistente en admitir que tales entes piensan y quieren, aunque en verdad sean ineptos para ello. Es que por una razón de conveniencia social o de interés económico, el derecho los considera como si fueran personas ¹⁵.

A estos sujetos del derecho los llama Savigny “personas jurídicas” porque sólo son admitidos para un objeto de derecho que queda ubicado en el sector patrimonial.

De lo expuesto resultan dos *características* que las personas jurídicas *presentan*, conforme a la teoría de la ficción: a) derivan de una *creación artificial*, ya que como dice Laurent “al conjuro de la voz del legislador un ser sale de la nada y figura en pie de igualdad con seres reales creados por Dios” ¹⁶; b) gozan de una *capacidad puramente patrimonial*. Mientras la familia se refiere exclusivamente al hombre natural, los bienes son “una extensión de poder, un medio de garantía y de desenvolvimiento para la actividad libre la que puede afectar a la persona jurídica como al individuo” ¹⁷. Por eso Savigny define a la persona jurídica como el sujeto del derecho de bienes creado artificialmente.

De los principios fundamentales en que se apoya la teoría de la ficción, surgen sus derivaciones: 1) La ley que dota ficticiamente a estos seres de personalidad, no puede igualmente proveerlos de voluntad: de ahí que como entes carentes de voluntad dependen como los incapaces de hecho, de la actividad que en su nombre cumplen los representantes ¹⁸; 2) el mismo presupuesto de la carencia de voluntad propia importa excluir la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos ilícitos obrados por sus representantes, puesto que es inconcebible admitir una representación para delinquir: en otros términos todo delito queda como un hecho personal del agente que no es dable imputar a la persona jurídica, cuya personalidad es atribuida para fines útiles y de conveniencia social; 3) finalmente, la tesis suscita una radical independencia entre la persona jurídica y sus miembros, de modo que no sólo todo lo debido a éstos no se debe a aquella y viceversa —conf. art. 39, Cód. Civ.— sino que aun la existencia de la persona jurídica, proveniente de un acto del legislador, es independiente de la existencia de los miembros, pudiendo concebirse la muerte de todos éstos mientras subsiste la vida de la entidad.

¹⁵ Savigny, *op. cit.*, t. II, párr. 85, ps. 60 y ss.

¹⁶ Laurent, F., *op. cit.*, t. I, n° 288. Observa Busso con razón que en esa frase se nota un cierto misticismo laico. Agreguemos que ello era muy propio del orgullo que estimulaba el pensamiento liberal, que aquí muestra al hombre en cierto modo compitiendo con el mismo Dios en la creación de personas del derecho.

¹⁷ Savigny, *op. cit.*, II, párr. 85, p. 59.

¹⁸ Salkowsky es quien dice parecerle una broma que esta doctrina tan artificiosamente construida, sirva para colocar a las personas jurídicas al mismo nivel que los menores y los locos (citado por Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, párr. 31, p. 128).

1060. CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LA FICCIÓN.— La doctrina posterior ha formulado a la tesis diversas objeciones.

a) Por lo pronto, se ha objetado que los teóricos de la ficción no dan una explicación satisfactoria del fenómeno observado —la existencia de personas ideales en el campo del derecho—. La ficción, ha dicho Ihering, “esquiva las dificultades sin resolverlas; no es más que la solución científicamente imperfecta de un problema”¹⁹. Atribuir el derecho a un sujeto ficticio equivale a confesar que no hay un sujeto real; lo mismo sería pretender colgar el sombrero de una percha pintada en la pared, según la ingeniosa frase de Brinz²⁰.

b) Pero además, se dice, es falso el postulado del cual la teoría de la ficción parte: la voluntad no es un elemento esencial de la *existencia* del derecho sino de su *actuación*; ella entra en la dinámica del derecho, no en la estática, y hace al ejercicio de los derechos y no a su goce. Por esto es “que muchas veces se adquiere un derecho, independientemente de la voluntad y de la ciencia del investido..., es una facultad que emana del orden jurídico para protección de los intereses humanos, pero no es un refuerzo del querer individual”²¹.

c) El gran fracaso de la teoría se produce en el derecho público. Pues si la persona jurídica, es una ficción ¿el Estado también lo es? Hay quien ha llegado a decirlo como Federico Bastiat²², pero los propugnadores de la teoría de la ficción no han llegado a tal exceso. Eso sí, para eludir la dificultad han optado por una confesión que va contra la lógica, al distinguir con Savigny las personas jurídicas de existencia natural y necesaria de las que tienen una existencia artificial o voluntaria. ¿Pero qué clase de ficciones —se pregunta Ferrara— son éstas que tienen una existencia natural y necesaria?²³.

d) La teoría conceptualmente errónea conduce a consecuencias manifiestamente injustas: 1º) Falsea el sentido del reconocimiento estatal de la persona jurídica, al que interpreta como una creación “ex nihilo” y como la concesión gratuita de un privilegio; 2º) Consiguientemente atribuye a un arbitrio ilimitado del Estado la concesión de la personería jurídica, lo que es especialmente ruinoso en materia de asociaciones; 3º) Establece un divorcio entre la persona jurídica y sus miembros, y ofrece un cuadro deficiente de los medios de extinción de tales entidades al reducirlo todo a la destrucción por obra del legislador; 4º) En fin, arriba a la fu-

¹⁹ Ihering, R., *El espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1910, t. IV, párr. 68, p. 331.

²⁰ Citado por Michoud, L., *op. cit.*, t. I, n° 8.

²¹ Ferrara, F., *op. cit.*, párr. 32, p. 134.

²² Bastiat en *Oeuvres*, t. VII, *Sophisme économique “L’Etat”*, se expresa así: El Estado es la gran ficción a través de la cual todos (*tout le monde*) se esfuerzan por vivir a expensas de todos” (Citado por Ferrara, F., *op. cit.*, p. 137, nota 2).

²³ Ferrara, F., *op. cit.*, p. 138, texto nota 1.

nesta, pero ineludible irresponsabilidad de la persona jurídica por las consecuencias de la actividad ilícita de sus gestores, lo cual sería bastante, por su manifiesta injusticia, para descartar una doctrina que la impone.

1061.— Cualquiera sea la fuerza de las objeciones expuestas precedentemente, lo cierto es que la teoría de la ficción suministra una explicación insuficiente e insatisfactoria de la naturaleza de las personas jurídicas. El problema que se intentaba resolver queda en sus términos iniciales, pues “si los derechos no pertenecen individualmente a los hombres, no se resuelve dificultad alguna diciendo que esos derechos pertenecen a una persona fingida, esto es, a una persona que no existe. El vacío de la subjetividad jurídica no se colma por la ficción, porque la ficción no crea la verdad” ²⁴. ¿Qué es lo que ganamos —dice Zitelmann— fingiendo un sujeto donde, según la lógica del Derecho debía haberlo, pero de hecho no existe? ²⁵.

“Las ficciones científicas —dice Bülow— son la negación del exacto conocimiento y de la verdad, son una autoilusión, una verdadera bancarrota de la ciencia. Toda ficción es un problema no resuelto” ²⁶.

Estamos, pues, a fojas uno.

IV.— TEORÍAS NEGATORIAS DE LA PERSONALIDAD

1062.— Desde mediados del siglo pasado, diversos autores principalmente alemanes llevaron a la teoría de la ficción la crítica más terminante e irrefutable. Pero no tuvieron el mismo éxito cuando pasando de la faz negativa a la positiva pretendieron sustituir la explicación desbaratada por la que unos y otros, según criterios distintos, suministraban.

Las teorías a que aludimos presentan varios caracteres comunes: 1º) rechazan todo criterio ficticio, no basado en datos reales provistos por la realidad social, sino por especulaciones racionales (método realista); 2º) sobre esa base de los datos reales, concuerdan en que la única persona existente en el campo jurídico es el individuo humano. No hay, según ellos, personas morales (tesis negativa).

Pero ¿cómo se explican estos autores las relaciones jurídicas que aparecen afectando a lo que en la terminología legal se llaman personas jurídicas, o en otros términos, de quién son esos bienes que no pertenecen específicamente a individuo humano alguno? Aquí vienen las doctrinas dispares según el punto de vista que cada autor adopta. Nos referiremos a: 1) la teoría de los patrimonios de afectación;

²⁴ Ferrara, F., *op. cit.*, ps. 140-141.

²⁵ Citado por Ferrara, F., *op. cit.*, p. 141, texto nota 1.

²⁶ Citado por Ferrara, F., *op. cit.*, p. 141, texto nota 2.

2) la teoría de los bienes sin dueño o sin sujeto; 3) la teoría de los derechos individuales peculiares; 4) la teoría de la propiedad colectiva.

1063. I) TEORÍA DE LOS PATRIMONIOS DE AFECTACIÓN.— Para esta tesis, si bien hay una sola clase de personas —los individuos humanos—, hay en cambio dos clases de patrimonios, los pertenecientes a personas determinadas y los atribuidos a un fin o destino especial. Se habría incurrido en el error de pensar que estos patrimonios, por distinguirse de los otros, debían pertenecer a un sujeto distinto de los individuos humanos, cuando en verdad éstos son los únicos titulares de una y otra clase de patrimonios.

Según Brinz, la afectación de un patrimonio al logro de una finalidad especial no implica el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho distinto de los existentes. Son los mismos sujetos los que se benefician con un nuevo patrimonio afectado a una finalidad específica: el patrimonio de la pretendida persona moral es el patrimonio del fin o “*zweckvermogen*”²⁷.

Y no se diga, completa Bekker, que la disposición y manejo de tal patrimonio del fin, exige la presencia de una persona en calidad de titular suyo. Pues lo único necesario es la presencia de una voluntad en el gestor, pero no es igualmente indispensable una voluntad individual para el goce o beneficio que la afectación del patrimonio al fin, pueda reportar. Así como los niños, los locos y los ausentes se benefician con la gestión patrimonial de alguien que obra a nombre suyo, también pueden los individuos humanos beneficiarse con la gestión del patrimonio afectado al logro de un fin, sin necesidad de constituirse en sujetos del mismo²⁸.

1064. II) TEORÍA DE LOS BIENES SIN SUJETO.— Para Duguit el jurista, en la elaboración de sus concepciones, debe basarse en la realidad que aparece ante su observación y en ésta no se descubren entes diversos de los individuos humanos. La observación científica, libre de todo preconcepto, sólo percibe la *solidaridad social* que vincula a los hombres, y la existencia de *voluntades individuales* cuya manifestación permite y ampara la *norma objetiva*. Según este autor, el derecho subjetivo es una construcción metafísica y, por ende, inaceptable para el jurista que debe aplicar a las ciencias sociales el método positivista de observación de la realidad social²⁹.

Desde este punto de vista las llamadas “personas jurídicas” no son sujetos de derecho, simplemente porque el *sujeto de derecho no existe*. Tal colectividad, tal fundación, etc., ¿persiguen un fin conforme a la solidaridad social? Pues eso basta para que los actos tendientes a ese fin constituyan supuestos protegidos por el derecho objetivo³⁰.

²⁷ Brinz, *Pandekten*, párr. 59 (citado por Michoud, L., *op. cit.*, t. I, n° 17).

²⁸ Bekker, reproducido por Michoud, L., *op. cit.*, t. I, n° 18.

²⁹ Duguit, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código Napoleón* (conferencias dictadas en la Fac. de Derecho de Bs. As.), Madrid, 1912, p. 70.

³⁰ Duguit, L., *op. cit.*, *loc. cit.*

1065. III) TEORÍA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES PECULIARES.— Para Ihering la concepción vulgar de las personas morales incurre en el error de atribuir a la entidad los derechos que pertenecen a sus miembros, que son los beneficiarios de la utilidad que rinden los patrimonios de las tituladas personas morales. La persona jurídica, no es un sujeto real, sino aparente, que encubre al verdadero titular, que son los seres humanos que aprovechan de esa actividad. En suma, la llamada persona jurídica es “un instrumento técnico destinado a corregir la indeterminación de los sujetos” ³¹.

En la misma línea de pensamiento se ubica Van Den Heuvel, quien prescinde de la idea de personalidad moral. El patrimonio que se atribuye vulgarmente a tal clase de personas no es sino el conjunto de bienes individuales, sometidos a modalidades especiales ³². Pero esta peculiaridad del derecho no impide identificar la titularidad del mismo con el propio individuo humano. No hay así otros sujetos diversos de éstos, sino derechos sometidos a peculiaridades que no son propias de los derechos ordinarios.

1066. IV) TEORÍA DE LA PROPIEDAD COLECTIVA.— Ha sido expuesta principalmente por Planiol y Barthélemy, para quienes la pretendida persona jurídica no es sino “una concepción simple pero superficial, que esconde a los ojos la persistencia, hasta nuestros días, de la propiedad colectiva al cabo de la propiedad individual” ³³. En verdad esta propiedad colectiva se aproxima al condominio, con la diferencia de que en el condominio cada titular es dueño exclusivo de una cuota ideal, en tanto que en la propiedad colectiva es el conjunto de propietarios el único titular: hay una asociación de propietarios ³⁴.

1067. CRÍTICA DE LAS TEORÍAS EXPUESTAS.— No obstante la ingenuidad de varias de las ideas desarrolladas precedentemente, ellas no resultan verdaderamente consistentes.

Por lo pronto contra las posiciones de Brinz y Bekker y de Duguit es dable señalar como contradictoria la existencia de derechos o de bienes sin sujeto que sirva de soporte a la relación jurídica pertinente. Realmente, no se puede tener algo sin que alguien lo tenga. La demostración ha sido hecha magistralmente por Ferrara, cuyas páginas admirables constituyen una lúcida exposición de este asunto ³⁵, y frente a ese limpio discurso fracasan todas las tentativas encaminadas a negar lo innegable, ante la consideración racional.

³¹ Ihering, R., *op. cit.*, t. IV, párr. 46, p. 65.

³² Van den Heuvel, *De la situación legal de las asociaciones sin fin lucrativo*, Bruselas, 1884, citado por Michoud, L., *op. cit.*, t. I, n° 24.

³³ Planiol, M., *op. cit.*, t. I, n° 3017, p. 998.

³⁴ Planiol, M., *op. cit.*, t. I, n° 3005, ps. 984-985.

³⁵ Ferrara, F., *op. cit.*, n° 34, ps. 146-151.

En cuanto a las posturas de Ihering o Van Den Heuvel, y de Planiol y Barthélemy, las objeciones son múltiples. La asimilación del fenómeno de la persona jurídica a una calidad especial de derechos individuales o de propiedad, desde luego fracasa cuando se intenta por esa vía dar alguna explicación del Estado, que no es dable reducir al signo económico, pues como bien se ha dicho “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”³⁶. A igual fracaso se llega si se pretende por ese medio explicar la personalidad de la Iglesia o de otras entidades con finalidades de orden espiritual, que expresan situaciones que no pueden reducirse a una propiedad colectiva de los fieles o asociados, ya que en ocasiones pueden faltar los bienes actualmente, sin que por ello deje de reconocerse la personalidad de la entidad.

Desde otro punto de vista es erróneo decorar en tales casos al asociado con el título de propietario de bienes especiales, cuando en verdad no puede obtener para su propio patrimonio ninguna ventaja que le brinde el patrimonio social. De ahí que no sea adecuado procurar forzosamente una asimilación con el dominio, cuando en verdad nada de lo típico de este derecho aparece en el que puede corresponder al miembro de una persona jurídica.

Finalmente, esta explicación es por entero inaplicable a las “fundaciones” en las que no hay asociados ni miembros, pues no se constituyen por la agrupación de individuos. Por tanto no puede ahí hablarse ni lejanamente, de derechos especiales o propiedad colectiva que pudiera corresponder a individuos inexistentes³⁷.

V.— POSICIÓN DE Kelsen

1067 bis. TEORÍA DE Kelsen.— Con relación a la naturaleza de las personas jurídicas, Kelsen sienta principios que lo aproximan a los autores negadores de la personalidad y especialmente a Duguit, pero también su posición se acerca a la de los teóricos de la ficción.

Como Duguit, niega Kelsen la existencia misma del derecho subjetivo y por tanto la sustantividad de la persona, desde que la personalidad es para él un obsequio del orden jurídico. En otros términos, la persona moral no existe fuera del orden jurídico que la reputa tal, de manera que esta afirmación ubica a este autor entre los partidarios de la negación de la personalidad de esa clase de entes. Pero a diferencia de esos autores no sostiene Kelsen que el fenómeno “persona jurídica” se refiere a derechos de los individuos de significación especial, sino que entiende que tanto en ese fenómeno como en los llamados derechos de los individuos en cuanto tales, hay un sujeto jurídico ficticio creado por el legislador, conceptos propios de los teóricos de la ficción.

³⁶ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 615, p. 464.

³⁷ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 32, p. 259, n° 39.

En suma, si como hemos visto (*supra*, n° 315) para Kelsen la personalidad es una impostación gratuita efectuada por el derecho tanto sobre los individuos humanos como sobre los sustratos conocidos por “personas morales” ninguna diferencia esencial media entre la sustantividad de unas y otras personas del derecho, ya que todas reciben su investidura de sujetos de derecho, como un obsequio dispensado por el legislador.

Esta teoría que viene a generalizar para toda clase de personas las doctrinas dedicadas por Savigny a las personas jurídicas, solamente, convierte a Kelsen en mantenedor de un punto de vista de absoluta ficción, que priva al derecho de toda subordinación a las exigencias propias de la naturaleza humana, y por esto mismo, debe ser enérgicamente repudiado ^{37 bis}.

VI.— TEORÍAS DE LA REALIDAD

1068.— Ante lo insatisfactorio de las explicaciones precedentes, una pléyade de autores ha tratado de captar en la realidad social los elementos en virtud de los cuales se impone el reconocimiento de las personas jurídicas como sujetos de derecho.

En las explicaciones siguientes prevalecen varios caracteres comunes: 1) Se reputa falso que sólo el hombre individual, en razón de su naturaleza, pueda ser titular de derechos; 2) Se considera que la persona jurídica, como tal, responde a la realidad de los fenómenos sociales, que indica una vida de la entidad diversa de la de sus miembros; 3) Se rechaza por inaceptable toda explicación basada en el artificio o la ficción. En todas estas escuelas prevalece el realismo, tanto en el método cuanto en la solución ³⁸.

1069.— Para encarar el sintético estudio de estas teorías, las subdividiremos, como lo hace Busso, a quien seguimos, en dos grupos: el primero elabora sus concepciones partiendo de la noción de derecho subjetivo entendido como poder propio de una voluntad, y de ahí que se empeñe en descubrir dónde se encuentra la *voluntad* específica de la persona jurídica; el segundo, parte también del derecho subjetivo, pero concebido como interés humano protegido por la norma jurídica; se comprende entonces, que los autores que se guían por ese criterio busquen averiguar cuál es el *interés* de la entidad, distinto del de los individuos componentes que permita reconocerla como persona del derecho. Todavía hay autores que combinan ambos puntos de vista, o que como los teóricos de la institución no se atienen al mismo esquema expuesto.

^{37 bis} Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 617, p. 466.

³⁸ Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 32, p. 259, n° 40.

a) *Teorías basadas en la voluntad*

1070. I) TEORÍA ORGANICISTA.— Ha sido profesada por Novicow, Worms y Schaeffle, entre otros ³⁹.

Concibe a la sociedad como un organismo con actos de volición semejantes aunque no idénticos, a los individuales. Los hombres individuales son las células que integran el tejido social y constituyen el organismo total que delibera y decide por sus asambleas, como los individuos deliberan y deciden por su entendimiento y voluntad. La analogía es completa ⁴⁰.

1071. II) TEORÍA DE ZITELMANN.— La explicación de este autor aunque parecida a la anterior, no es tan fantástica. Para Zitelmann la persona jurídica es un ente real, porque hay en ella una unidad orgánica resultante de la vinculación de las partes que concurren al todo. Un conjunto de individuos, por el solo hecho de su unión, viene a constituir moralmente un ser nuevo, distinto de los componentes de quienes recibe la vida social. Así "A" y "B", mientras están aislados conservan cada uno su individualidad simplemente; pero si se vinculan por una fuerza de unidad orgánica, generan una nueva dimensión "C", que siendo distinta de "A" y "B" con todo participa de las cualidades de ambas, y desde ya hay tres entes: "A", "B" y "C" ⁴¹.

1072. III) TEORÍA DE JELLINEK.— Este jurista nacido en Leipzig en 1851 y fallecido en Heidelberg en 1911, sigue buceando en busca de la voluntad de la persona jurídica. Concede que ésta no tiene voluntad filosófica, pero sí jurídica, que radica en la unidad derivada del fin común. En rigor no hay en la persona jurídica sino hombres que se suceden; pero del punto de vista jurídico hay verdaderas unidades aglutinadas y cimentadas por la unidad del fin. Esa unidad da lugar a una personalidad jurídica a la que es dable imputar los actos individuales encaminados al fin común. En el orden psíquico serán actos de voluntad de los individuos, pero en el orden jurídico son actos de voluntad de la colectividad ⁴².

³⁹ Novicow, *Conscience et volonté sociales*; Worms, *Organisme et société*, tesis 1896 (citado por Michoud, L., *La teoría de la personalidad moral*, París, 1906, t. I, n° 33); Schaeffle, *Estructura del cuerpo social*, cit. por Barcía López, A., *Las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos ilícitos*, Bs. As., 1922, p. 149.

⁴⁰ Véase lo que decimos acerca de esta concepción de la sociedad, *supra*, núms. 20-21.

⁴¹ Zitelmann, referencias suministradas por Michoud, L., *op. cit.*, t. I, n° 36.

⁴² Jellinek, J., citado por Michoud, *op. cit.*, t. I, n° 43.

b) *Teorías basadas en el interés*

1073.— Estas teorías indagan el interés propio de la persona jurídica, que no se confunde con el de los individuos humanos ligados a ella. Desde que lo encuentran identifican con él la existencia jurídica de una persona distinta de las personas individuales de sus miembros. Nos referiremos a las exposiciones de Michoud, de Ferrara y de Saleilles.

1074. I) TEORÍA DE MICHOD.— Este autor comienza por señalar que el objeto de la protección jurídica no es la voluntad en sí misma sino el contenido de la volición, ya que “no se puede querer sin querer algo” y es este algo lo que se protege. Completa a Ihering observando que el derecho es un interés jurídicamente protegido mediante el poder reconocido a una voluntad de representarlo y defenderlo. Desde luego, el derecho ha sido hecho para el hombre, de donde éste, considerado en su individualidad, es el primer “centro de intereses” a contemplar. Pero, el individuo humano es un ser social, que se agrupa con otros semejantes con intereses afines a los suyos. Por consiguiente, dice Michoud, para que el derecho sea instrumento de progreso debe “garantir y elevar a la dignidad de derechos subjetivos los intereses colectivos y permanentes de los grupos humanos”. Pero reconocer la legitimidad del interés del grupo implica reconocer su personalidad, para lo cual será menester: 1) que el grupo tenga un interés colectivo real, distinto de los intereses individuales de los miembros; 2) que “tenga una organización capaz de desplegar una voluntad colectiva que lo representará en las relaciones jurídicas”⁴³.

1075. II) TEORÍA DE SALEILLES.— Este célebre autor francés, nacido en Beaune en 1855 y muerto en París en 1912, ejerció honda influencia en los estudios jurídicos de principios de siglo —véase *supra*, n° 110—. Acerca de la materia que estudiamos escribió su obra “*De la personnalité juridique*”, aparecida en 1910, en la que comienza por hacer desfilar las concepciones de Ihering, Jellinek, Michoud, etcétera, sobre el derecho subjetivo, terminando por definir esta noción como “un poder puesto al servicio de intereses de carácter social y ejercido por una voluntad autónoma”⁴⁴. Refiriéndose al sujeto de derecho, siguiendo a Binder, dice que es “todo ser jurídicamente organizado que sea apto para ser investido de un poder constitutivo de derecho subjetivo”⁴⁵. Pero del hecho de que todo derecho requiera un sujeto, no ha de concluirse que ese sujeto deba ser exclusivamente la persona humana. “Toda entidad autónoma y productora de actividad jurídica se convierte en sujeto de derecho, desde el momento en que ella tenga una voluntad que le sea afectada para ejercer los poderes que le son atribuidos a título de derecho”⁴⁶.

⁴³ Michoud, L., *op. cit.*, t. I, núms. 47, 51, 52, 53 y 54.

⁴⁴ Saleilles, R., *De la personnalité juridique*, 2ª ed., París, 1922, p. 548.

⁴⁵ Saleilles, R., *op. cit.*, p. 549.

⁴⁶ Saleilles, R., *op. cit.*, p. 563.

Para actuar en el orden jurídico la entidad requiere: 1) perseguir un interés concordante con el interés social; 2) tener una voluntad unificada representativa del grupo; 3) que esa voluntad actúe adaptándose constitucionalmente a los fines estatutarios, de modo que aunque proceda físicamente de los individuos constituye para la entidad una voluntad-función o una voluntad-órgano de la personalidad, según las expresiones de Gierke ⁴⁷.

1076. III) TEORÍA DE FERRARA.— La concepción de este autor italiano es del mayor interés. Para Ferrara la persona jurídica es “la vestimenta jurídica con que los grupos de hombres o establecimientos se presentan en la vida del derecho, es la configuración legal que reciben para participar en el comercio jurídico”, por lo que bajo toda entidad hay un sustrato o soporte humano.

El elemento que determina la unidad de la asociación es la comunidad de fin; “un procedimiento de síntesis juega en la idea de asociación: un conjunto de hombres reunidos para perseguir el mismo fin vienen a unificarse en nuestro pensamiento como una entidad ideal persistente y siempre igual así en el tiempo y en el pasado” ⁴⁸. Por esto, es lo que llamamos persona jurídica, hay verdaderamente una “unidad formal, subjetiva, sintética, de contorno plástico, viviente en la concepción práctica de la sociedad” ⁴⁹. El derecho objetivo nada inventa, simplemente “transforma esa figura o contorno plástico en figura jurídica, transforma la unidad sintética en unidad jurídica. Y así la asociación o el hospital se convierten en personas, centros autónomos de derechos y de potestad jurídica” ⁵⁰.

“Las personas jurídicas son, pues, entes ideales que sirven como formas jurídicas de unificación y concentración de derechos, obligaciones y potestades para la procuración de intereses humanos” ⁵¹.

1077. IV) TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN.— Esta doctrina fue expuesta por Hauriou, célebre jurista francés, y luego ha sido desarrollada por Renard y varios más ⁵².

La institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, y que sujeta a su servicio voluntades in-

⁴⁷ Saleilles, R., *op. cit.*, p. 569.

⁴⁸ Ferrara, F., *La persone giuridiche*, Torino, 1938, en el *Tratatto di Diritto Civile italiano*, de F. Vassali, n° 15, p. 34.

⁴⁹ Ferrara, F., *op. cit.*, nota anterior.

⁵⁰ Ídem nota anterior.

⁵¹ Ferrara, F., *op. cit.*, nota anterior, n° 15, p. 35.

⁵² Hauriou, M., *Théorie de l'institution et de la fondation*, en “Cahiers de la nouvelle journée”, París, 1925; Renard, G., *La théorie de la institution*, París, 1930. Entre nosotros se han ocupado de esta doctrina: López Olaciregui, J. M., *Fundamento institucional del derecho de gentes*, tesis premiada por la Institución Mitre, Bs. As., 1942; Aftalión, E. y García Olano, F., *La teoría de la institución*, Bs. As., 1935; Laplaza, F., *La teoría de la institución y la teoría de la causa de los contratos*, Bs. As., 1945; Páez, J. L., *El derecho de las asociaciones*, Bs. As., cap. 4°; etc.

definidamente renovadas ⁵³. Obsérvese este ejemplo: se suscita la idea objetiva de cumplir cierta misión benéfica o cultural. “Los individuos que comparten la idea se aprestan a realizarla y la actividad que desarrollan queda afectada o imputada a esa misma idea. Y aunque el sujeto eficiente de la acción física sea un ser humano, el sujeto final es la idea de empresa que en el actuar de los miembros encuentra el cuerpo de su realización. Y entonces si esa idea de beneficencia ha determinado la acción de los individuos, esa idea se ha convertido en ente de acción y agente de efectos jurídicos. Y si todo agente de efectos jurídicos es sujeto de derecho, la “idea” será entonces sujeto: por eso se dice que la institución es “persona” ⁵⁴.

1078. ELEMENTOS DE LA INSTITUCIÓN.— Los elementos constitutivos de la institución son: una idea-fuerza, un poder para servirla y una adhesión plural a la idea o comunión en ella.

a) La *idea* constituye el primer elemento de la institución. Es el núcleo en torno al cual se centran las voluntades individuales consagradas a su servicio. Se trata de una idea objetiva, dinámica, una idea de obra o de empresa, que desde su concepción está encaminada a ser realizada ⁵⁵. Una idea práctica, en suma, y no una especulación teórica.

b) La idea que lleva en sí misma un destino de autorrealización, requiere para este despliegue vital adquirir una forma en el tiempo y en el espacio, es decir, necesita concretamente de un *dispositivo u órgano* que le sirva. De ahí la necesidad de constituir un *poder organizado* que puesto al servicio de la idea seleccione y coordine los medios conducentes al fin propuesto ⁵⁶.

c) Pero no basta la “idea” y la existencia de un “poder” a su servicio para que surja la institución. Todavía se requiere la participación de un número suficiente de individuos en la idea institucional, que es lo que alienta y estimula la incorporación de los miembros a la obra. Es un estado psicológico que desemboca en una cooperación o participación en la acción de la cual recibe la institución su fuerza vital, pues como lo muestran innumerables experiencias históricas, cuando ese aglutinante del entusiasmo y la convicción comunes falla, los servidores se dispersan y la institución llega hasta morir ^{56 bis}.

⁵³ Hauriou, M., *op. cit.*, nota anterior, p. 10.

⁵⁴ López Olaciregui, J. M., *op. cit.*, nota 52, p. 4.

⁵⁵ Hauriou, M., *op. cit.*, ps. 17-28; Renard, G., *op. cit.*, nota 52, p. 105; Aftalión y García Olano, *op. cit.*, misma nota, p. 36.

⁵⁶ Hauriou, M., *op. cit.*, p. 17.

^{56 bis} Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 32, p. 265, n° 69.

1079.— En suma, la realidad muestra la existencia de instituciones sociales que han comenzado a ser en algún momento, por obra de individuos humanos. Como dice Renard “fundar es, ante todo, tener en sí mismo una idea y no querer llevársela consigo a la tumba; es separarla de sí mismo para perpetuarla; es rodearla de medios apropiados para una permanente renovación; es dotarla de rentas periódicas, proporcionarle un estatuto orgánico, asegurarle representantes indefinidamente”⁵⁷.

Toda obra humana perdurable ha respondido a este proceso, y ha tenido un origen de esa índole. “El acto de fundación, todo lo oscuro que se quiera, está al comienzo de la misma nación como de toda otra institución; la humanidad ha sido fundada por Dios y las naciones han sido fundadas por los hombres bajo el doble impulso de la naturaleza humana y de los acontecimientos históricos”⁵⁸.

1080.— Por nuestra parte adherimos a la opinión dada entre nosotros por Busso, López Olaciregui y Borda⁵⁹ en el sentido de que la teoría de la institución explica satisfactoriamente la personalidad que el derecho confiere a las personas jurídicas. No se trata de ficción alguna, ni de obsequio discrecional del legislador. En la realidad social están los elementos de la institución y el derecho se limita a verificarlos para reconocer a la institución como sujeto de derecho. Cuando el Estado actúa arbitrariamente y desconoce esa realidad objetiva que es la institución, negándole con la calidad de persona el acceso al comercio jurídico tortura la naturaleza de las cosas, como también impone un “desorden” cuando niega a los individuos humanos la calidad de personas del derecho que les corresponde.

VII.— LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

1081. DISCUSIÓN SOBRE LA TEORÍA QUE EL CÓDIGO ADOPTA.— Al respecto se han emitido dos opiniones diferentes:

a) Para Salvat nuestro Código ha adoptado la teoría de la ficción, opinión que apoya en estos argumentos: 1º) la denominación “existencia ideal” usada por el codificador en el art. 32 significa para este autor “existencia no real” o ficticia; 2º) al atribuirse al Estado la facultad de crear o extinguir las personas jurídicas (arts. 45 y 48) se viene a admitir que tales personas son creaciones del Estado y por tanto, carentes por sí mismas de toda existencia; 3º) la irresponsabilidad de tales perso-

⁵⁷ Renard, G., *op. cit.*, p. 265.

⁵⁸ Renard, G., *op. cit.*, p. 188, nota 1.

⁵⁹ Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 32, p. 265, n° 171; López Olaciregui, J. M., *op. cit.*, p. 9; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 621, p. 472.

nas, por hechos ilícitos, que habría establecido el antiguo art. 43 demostraría que son personas ficticias ^{59 bis}.

Estos argumentos no son decisivos. En primer lugar lo ideal no es necesariamente irreal, pues lo opuesto a ideal es lo material, y desde luego la realidad no se agota o reduce a la materia. En segundo lugar discutiremos luego (véase *infra*, n° 1176) el alcance de la autorización del Estado en el proceso de formación de la persona jurídica, pero desde ya adelantamos que no se trata de una creación “ex-nihilo” sino de un reconocimiento de factores objetivos (finalidad de bien común, patrimonio propio y dispositivo de gobierno de la entidad) a los que la ley liga la sustantividad del ente en el carácter de persona jurídica. Finalmente, no consideramos que el antiguo art. 43 haya establecido la irresponsabilidad de la persona jurídica por toda clase de actos ilícitos (véase *infra*, n° 1155).

b) Para otra opinión, que nosotros compartimos, especialmente sustentada por Barcía López, “no puede afirmarse que la teoría de la ficción haya sido incorporada por el Dr. Vélez Sarsfield a nuestro Código Civil ^{59 bis 1}. Así resulta de las consideraciones efectuadas en el apartado anterior, que muestran cómo no es obligatorio para el intérprete insuflar en las disposiciones del código una especial concepción sobre las “personas jurídicas”, lo cual si es cometido de la ciencia del derecho no es atribución del legislador. A este respecto el mismo Vélez Sarsfield dice en la nota al art. 395: “la ley no debe extenderse sino a lo que dependa de la voluntad del legislador”, y ciertamente no depende del designio legislativo definir la naturaleza jurídica de aquellas personas.

1081 bis.— De cualquier modo, aun cuando Vélez Sarsfield hubiera disentido de la opinión de su mentor Freitas, que veía en las personas jurídicas entes reales pertenecientes a un mundo ideal cuya existencia no es dable desconocer a riesgo de “negar la realidad de toda la vida invididual y social” (nota al art. 16 del *Esbozo*), eso no obligaría a seguir tal opinión, por no haber quedado expresada en normas legales concretas ^{59 bis 2}, las que son idóneas para regir el comportamiento humano, pero no para fijar las ideas del hombre.

^{59 bis} Salvat, R., *op. cit.*, n° 1181, p. 538.

^{59 bis 1} Barcía López, A., su nota en “J.A.”, t. 43, p. 828; conf. Figueroa, F., su nota en “L.L.”, t. 18, sec. doctr., p. 44; Riera, R., su nota en “L.L.”, t. 114, p. 1054.

^{59 bis 2} Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 622, p. 473; Barcía López, A., su nota en “J.A.”, t. 43, p. 828.

§ 2. Clasificación de las personas de existencia ideal: en Freitas y en el Código. Personas jurídicas. Clasificación y enumeración. Sociedades.

I.— CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL

1082.— La personalidad ideal subsiste en sustratos muy diferentes tales como el Estado, la Iglesia Católica, las corporaciones religiosas o de otra finalidad, las fundaciones, las sociedades civiles o comerciales, las simples asociaciones ⁶⁰, la sociedad conyugal y el consorcio de propiedad horizontal.

Tal extrema diversidad de los entes distintos del individuo humano reconocidos como “personas” del derecho, exige una conveniente clasificación de ellos para advertir las semejanzas y diferencias de régimen que puedan existir entre los mismos.

Nuestro codificador practica una clasificación de estas personas bastante deficiente, lo que ha dado lugar a divergencias doctrinarias acentuadas sobre las categorías integrantes de la clasificación legal y aun acerca de su misma terminología. Creemos necesario, antes de entrar en su consideración exponer la clasificación que de tales entidades formula Freitas, en su *Esbozo*, pues Vélez Sarsfield dice haber seguido a este autor a la letra en este título ⁶¹. Por tanto las distinciones del jurista brasileño servirán, en no escasa medida, para comprender cabalmente las discriminaciones que corresponde efectuar en el sistema adoptado por nuestro Código.

1083. CLASIFICACIÓN DE FREITAS.— Este autor comienza por distinguir dos géneros de personas, a saber las de existencia visibles y las de existencia ideal, dando este nombre a todas las que no son personas de existencia visible (art. 272 del *Esbozo*). Viene luego la discriminación dicotómica de las personas de existencia

⁶⁰ Advertimos, desde ya, que consideramos a las simples asociaciones que no son personas jurídicas (conf. art. 46), verdaderos sujetos de derecho (véase *infra*, n° 1254, b), opinión ya sustentada por Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 34, n° 1289, ps. 14-17, y especialmente núms. 1523 y ss., ps. 789 y ss., y que ha venido a ratificar la redacción dada por el legislador de 1968 al nuevo art. 46. La doctrina general de los autores consideraba que las simples asociaciones del art. 46 no eran entes de derecho (véase Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 724, p. 545; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 908, p. 502; Salvat, R., *op. cit.*, n° 1205, ps. 549-550; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 46, p. 380 n° 4 y p. 383, n° 26). Para el fundamento de nuestra opinión remitimos al n° 1254, b).

⁶¹ Ver nota (a) al Título I, “De las personas jurídicas”, al final.

ideal en “personas públicas”, que denomina “personas jurídicas”, y en “personas privadas” (art. 273 del *Esbozo*).

Las personas públicas o jurídicas, se dividen, a su vez, según el carácter necesario o posible de su existencia. Desde otro punto de vista, las personas jurídicas se distinguen en nacionales y extranjeras (art. 274 del *Esbozo*).

Las personas jurídicas nacionales de existencia necesaria son, en el sistema de Freitas: 1º) el pueblo del Imperio, o sea la generalidad de los habitantes en territorio brasileño; 2º) el Estado; 3º) cada una de sus Provincias; 4º) cada uno de sus Municipios; 5º) la Corona, es decir, la dinastía imperial; 6º) la Iglesia Católica (art. 274 del *Esbozo*).

Las personas jurídicas extranjeras de existencia necesaria son los Estados extranjeros o cada una de sus Provincias o Municipios (art. 275).

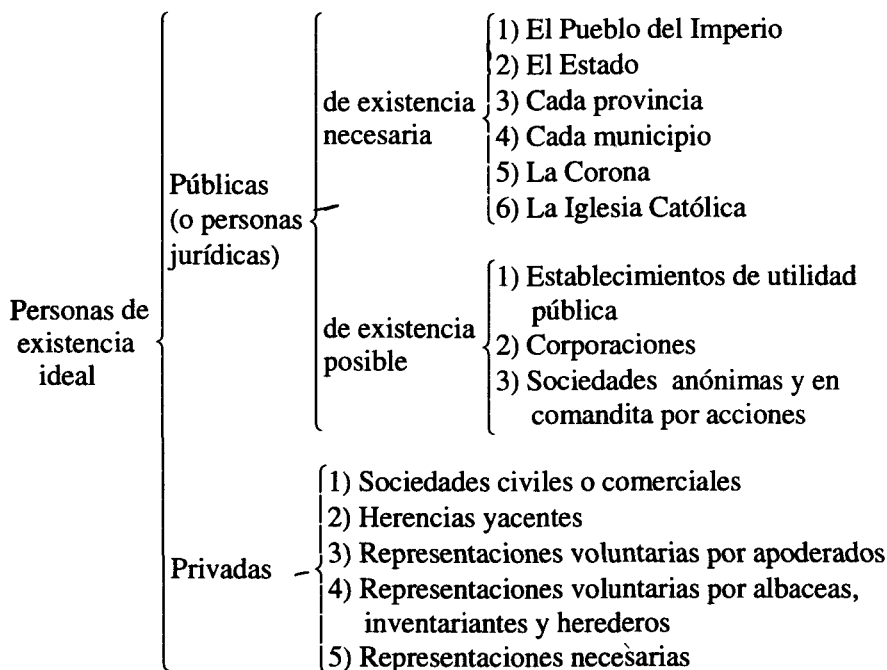
Son personas jurídicas nacionales, de existencia posible: 1º) los establecimientos de utilidad pública (religiosos, científicos, o literarios); 2º) las corporaciones instituidas para iguales fines; 3º) las sociedades anónimas o en comandita por acciones (art. 276).

Son personas jurídicas extranjeras, de existencia posible, los establecimientos, las corporaciones y las sociedades, en las circunstancias anteriores, existentes en país extranjero (art. 277).

Las personas privadas, también llamadas “personas particulares de existencia ideal” son: 1º) las sociedades civiles o comerciales, nacionales o extranjeras, que existen en virtud del respectivo contrato; 2º) las herencias yacentes; 3º) las representaciones voluntarias por apoderados; 4º) las representaciones voluntarias por albaceas, inventariantes y herederos, y 5º) las representaciones necesarias (art. 278).

Dentro de la terminología de Freitas se suele reservar la denominación de personas de existencia ideal a todas las de este género que no son personas jurídicas, es decir a las enunciadas en el recordado art. 278 del *Esbozo*.

1084. SINOPSIS GRÁFICA.— La clasificación antes expuesta puede ser presentada en el siguiente cuadro sinóptico:



1085. CRÍTICA.—No obstante el rigor lógico de la clasificación de Freitas ha merecido justas críticas por la inclusión de ciertas situaciones, dentro del cuadro de las personas morales, en las que no aparece un sustrato real con entidad suficiente para ser reconocido en aquel carácter. Es lo que ocurre con la herencia yacente, que a diferencia del derecho romano, no es reputada sujeto de derecho, con independencia de las personas de los herederos, en el derecho moderno.

Por lo demás es notoriamente incorrecto el reconocimiento de una personalidad en la representación instituida a favor de los mandatarios voluntarios o los representantes necesarios de otra persona, y ello importa retrogradar en el proceso cumplido en esta materia, en la cual ya no se duda de que los derechos ejercidos por el representante se adquieren o se pierden por el representado sin lugar posible para la intermediación de una persona moral, en el caso imposible de concebir (véase *infra*, n° 1484).

Finalmente, la propia terminología de personas de existencia necesaria y de existencia posible, resulta ya inactual, por superponerse aproximadamente a las que en el derecho moderno se llaman personas *públicas* o personas *privadas*. Con todo se ha destacado como un mérito de la concepción de Freitas el haber distinguido entre las personas de existencia ideal, aquellas que requieren para existir el

otorgamiento de personería por parte del Estado (las del antiguo art. 33, inc. 5° de nuestro Código) y aquellas otras que como las sociedades civiles o comerciales obtienen su personería de la sola determinación de los particulares manifestada en el respectivo contrato ⁶².

1086. CLASIFICACIÓN DE NUESTRO CÓDIGO.— Como un eco de las reflexiones de Freitas, nuestro codificador dice en el art. 31 que *“las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible”*, para agregar en el art. 32 que *“todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o persona jurídicas”*.

El precepto que acabamos de transcribir ha dado lugar a dos comprensiones diferentes. Para unos el artículo expresa una sinonimia de conceptos y por tanto en el lenguaje del Código tanto vale “personas de existencia ideal” como “personas jurídicas” ⁶³. Para otros, en cambio, el Código mantiene la comprensión de Freitas, y por tanto entre ambas expresiones hay la relación del género —persona de existencia ideal— con la especie —persona jurídica—. En el art. 32 la expresión “personas de existencia ideal” alude a todas las de ese carácter que no son personas jurídicas ^{63 bis}.

1087. NUESTRA OPINIÓN.— Por nuestra parte coincidimos con esta última opinión. Es cierto que en parte alguna de este título, por lo demás denominado “De las personas jurídicas”, se alude específicamente a otra clase de personas ideales que no sean las personas jurídicas enumeradas en el antiguo art. 33. Tal omisión ha llevado a algunos a pensar que Vélez se ha apartado de Freitas en este punto, y que para él toda la personalidad ideal resulta agotada por las personas jurídicas ⁶⁴.

⁶² Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 623, p. 474.

⁶³ Salvat, R., n° 1175, p. 536 y n° 1207, b), ps. 551-552; Machado, J. O., *op. cit.*, t. I, n° 72; Cordeiro Álvarez, E., *Parte General - Obligaciones*, Bs. As., 1959, n° 62, p. 127. Borda admite que habría sido preferible “reservar la expresión de personas de existencia ideal para las sociedades, distinguiéndolas así de las otras personas jurídicas propiamente dichas”, pero considera que la doctrina más corriente y la jurisprudencia usan indistintamente ambas expresiones, con las que designan un mismo concepto (*op. cit.*, t. I, n° 623, p. 475).

^{63 bis} Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 791, p. 446; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. p. 271, núms. 12 y 13; Lafaille, H., *Apuntes de Parte General* (tomados por Busso y Morixe), t. I, p. 132; Siburu, *Comentarios del Código de Comercio*, 3ª ed., año 1933, t. IV, n° 1078, ps. 240-242; Castillo, R. S., *Curso de derecho comercial*, año 1926, t. III, ps. 48-49; López Olaciregui, J. M., su anotación a Salvat, R., *Parte General*, ed. del cincuentenario, Bs. As., 1964, t. I, n° 1207-A, p. 951, V.

⁶⁴ Así Salvat, *op. cit.*, n° 1175, p. 536.

Esta opinión presenta el grave inconveniente de no dar adecuada ubicación a otras entidades que pese a no ser de las llamadas “personas jurídicas” deben ser reputadas sujetos de derecho, como acontece con las sociedades civiles o comerciales, cuyo carácter de tales no es dudoso (véase *infra*, n° 1250). Salvat se hace cargo de esa objeción y pretende resolverla manifestando que esas sociedades gozan de una personalidad limitada, lo que explicaría que no se identifiquen con las personas jurídicas⁶⁵. No nos parece convincente la argumentación, porque, en primer término la personalidad no es, por su misma sustantividad, propiedad que se pueda tener de manera disminuida. Lo que se puede tener en más o en menos es la capacidad, pero no la personalidad que hace a la misma existencia del sujeto, y desde este punto de vista se es o no persona del derecho pues es inconcebible que exista una categoría de semisujetos. En segundo lugar, nada se gana con semejante creación híbrida de “personas-no personas”, porque siempre queda el problema de ubicarlas conceptualmente, por lo menos en la limitada medida en que se las considera titulares de algunos derechos. Pues si no son “personas jurídicas”, ni tampoco “personas visibles”, ¿dónde caben tales semipersonas si esas dos categorías agotan los posibles sujetos de derecho?

1088.— Spota ha sustentado un punto de vista original. Para él también hay identidad entre “personalidad ideal” y “personalidad jurídica”, pero en cambio considera que es dable acceder a esa personalidad por diversas vías, ya por la obtención de personería mediante el trámite al que alude al art. 45 del Código Civil, ya por la celebración del contrato de sociedad o de asociación o el cumplimiento de medidas de publicidad⁶⁶.

Consideramos a esa posición inobjetable en el terreno de los principios, pero no nos parece aceptable en el terreno de nuestra legislación civil, la que ha querido restringir la denominación “persona jurídica” para la entidad que recibe la personalidad por el específico y concreto reconocimiento del Estado, con arreglo a la previsión del art. 45 del Código Civil y que explícitamente ha negado tal denominación para las simples asociaciones o sociedades civiles, comerciales o religiosas, asentadas por el art. 46 del mismo Código, que no obstante esa denegación nominal son sin embargo sujetos de derecho, en lo que coincidimos, decididamente, con Spota. En otros términos, como el intérprete debe moverse en el plano que le ha fijado el legislador, si no queremos dar lugar a los desencuentros conceptuales más lamentables, debemos aceptar que la expresión “persona jurídica” se refiere exclusivamente a las entidades que obtienen su personalidad por un acto expreso de reconocimiento estatal y que no puede ser extendida a otras entidades que, con todo, por el juego de otras reglas del ordenamiento jurídico se muestran como titulares de derechos subjetivos. Consiguientemente a tales entidades, que no es dable denominar “personas jurídicas”, cabe sí considerar incluidas en la categoría amplia

⁶⁵ Salvat, R., *op. cit.*, n° 1207, letra c), p. 552.

⁶⁶ Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1289, p. 18.

que adversativamente se opone a dicha clase de personas, según el art. 32 antes transcripto, como “personas de existencia ideal” propiamente dichas.

1089.— En suma, cuando el art. 32 aludido menciona “las personas de existencia ideal” y luego de una coma, agrega “o personas jurídicas”, no entiende referirse a una categoría única sino a dos categorías distintas de un mismo género que es la personalidad ideal: por una parte “personas jurídicas” y por la otra las “personas de existencia ideal” propiamente dichas, que son las que completan ese género y sin embargo no se identifican con las llamadas por antonomasia personas jurídicas. Como se ha dicho, aquí ocurre lo mismo que en la vulgar frase “los hombres se dividen en hombres y mujeres” ⁶⁷.

1089 bis. CLASIFICACIÓN EN EL RÉGIMEN ACTUAL RESULTANTE DE LA LEY 17.711.— Aunque la reciente reforma del Código Civil ha introducido variantes importantes en la terminología de las entidades dotadas de personalidad ideal, creemos que subsiste la diferenciación entre las llamadas *personas jurídicas* que son las que tienen un carácter público, o que teniendo un carácter privado dependen de un reconocimiento estatal (conf. nuevo art. 33, segunda parte, inc. 1°) y las subsistentes *personas de existencia ideal propiamente dichas* que son “*las sociedades civiles y comerciales y entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar*” (nuevo art. 33 “in fine”). Nos afirmamos en la idea de que las entidades de esta última categoría no entran en la denominación de “personas jurídicas” por la lectura del nuevo art. 46, según el cual “*las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas... son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público*”. Ahora bien; si estas asociaciones que indudablemente entran en el art. 33 “in fine”, sin embargo no tienen existencia legal como personas jurídicas, es indudable que no pueden recibir esta denominación. Empero, tratándose de “sujetos de derecho” son, indudablemente, personas de existencia ideal, de las mentadas por los arts. 31 y 32 del Código Civil que permanecen intocados.

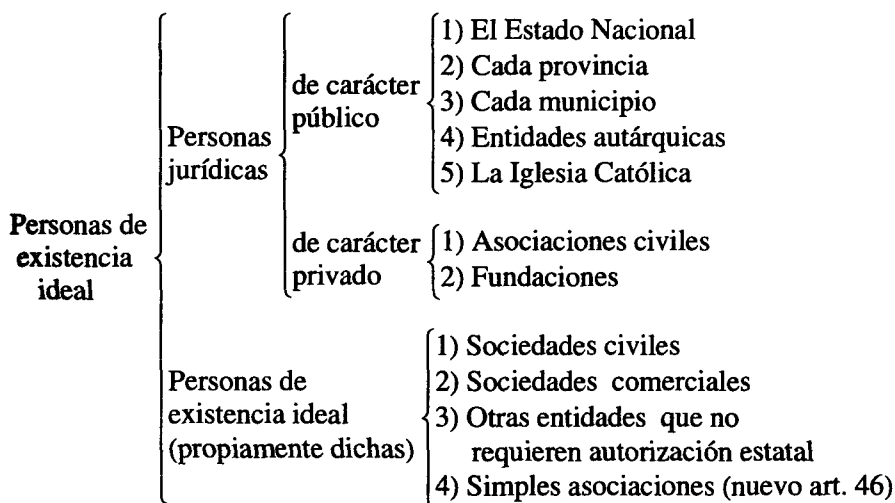
En definitiva, subsiste la diferenciación entre personas jurídicas y personas de existencia ideal propiamente dichas, denominación esta última que ha de reservarse para distinguir a las personas ideales que como las so-

⁶⁷ Arauz Castex, M., *op. cit.*, n° 794, p. 448.

ciudades civiles y comerciales, el consorcio de la propiedad horizontal, la sociedad conyugal y ahora indiscutiblemente las simples asociaciones, no dependen para existir como personas del derecho de un acto de reconocimiento expreso por parte del Estado.

1090. SÍNTESIS GRÁFICA.— Llevando los desarrollos anteriores a un cuadro sinóptico que permita fijar las ideas, obtendremos el resultado siguiente, como expresivo del

SISTEMA ADOPTADO POR EL CÓDIGO CIVIL REFORMADO



II.— PERSONAS JURÍDICAS: CLASIFICACIÓN Y ENUMERACIÓN

1091. CONCEPTO LEGAL.— Como resulta de las explicaciones prece-
 dentes las *personas jurídicas*, según la terminología del actual Código, son
 las entidades ideales reconocidas como sujetos de derecho, ya por su conec-
 ción con la existencia misma de la Nación (personas jurídicas de carácter
 público), ya por un acto administrativo expreso que les confiere personali-

dad en cada caso (personas jurídicas de carácter privado), como lo previene el art. 45, primera parte.

1092. CARACTERES.— Esta clase de personas se identifican por los siguientes caracteres:

1) Su existencia concurre al *bien común de la sociedad*. Así lo hacía ver el antiguo art. 33 del Código Civil que en su parte inicial decía: “Las personas jurídicas sobre las que este Código legisla son las que, de una existencia necesaria o de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo”.

Esta nota del *bien común* aparece nuevamente en la segunda parte, inc. 1° del mismo artículo, como un requisito que deben llenar las personas de carácter privado para poder obtener la personería jurídica: “...que tengan por principal objeto el *bien común*...”, dice la ley.

2) El segundo carácter típico de las personas jurídicas radica en su *reglamentación por el Estado*. Ello es evidente tratándose del Estado nacional, provincial o municipal y entidades autárquicas. Pero aun con respecto a la Iglesia, su existencia, su coordinación con el poder civil, y su organización interna, dependen del derecho constitucional y del derecho canónico que en este aspecto viene a quedar oficializado en virtud de lo dispuesto por el art. 2° de la Constitución Nacional⁶⁸. En cuanto a las asociaciones y fundaciones, que obtienen el reconocimiento de su personalidad por un acto administrativo expreso, su funcionamiento está regido por los estatutos que requieren de la aprobación del Estado, por lo que también es dable afirmar la intervención de la autoridad pública en la regulación de esta clase de entes morales.

1093. CLASIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.— Según el sistema del codificador, tomado como se ha visto del *Esbozo* de Freitas, las personas jurídicas se dividían en *personas de existencia necesaria* y *personas de existencia posible*.

Las primeras eran aquellas cuya existencia estaba impuesta por la Constitución Nacional. Eran entidades cuyo origen mismo es anterior a la sanción constitucional y que ésta había aceptado como un elemento indispensable de la organización establecida: por ello bien se denominaban personas de existencia necesaria, en cuanto el orden jurídico no podía desconocerles su condición de sujetos de derecho, porque tal desconocimiento sería inconstitucional.

Las segundas en cambio, ostentaban una personalidad contingente, subordinada a la subsistencia de las razones que determinaron el reconocimiento de esa personalidad. De ahí que pudiesen cesar como sujetos de derecho —personalidad no necesaria— si dejaban de reunir las calidades a las que se vincula el reconoci-

⁶⁸ Conf. Arauz Castex, M., *op. cit.*, n° 697, p. 449.

miento de su personería jurídica, lo que se podía verificar por el acto administrativo de retiro de esa personería (véase *infra*, n° 1193).

Por tanto la personalidad de unas y otras entidades tenían esa diferencia sustancial.

1093 bis. CLASIFICACIÓN DE LA LEY 17.711.— Según lo ya explicado, las personas jurídicas se dividen ahora en *personas de carácter público* y *personas de carácter privado*. Las primeras son las mencionadas en el art. 33, incs. 1°, 2° y 3°. Las segundas son las incluidas en la segunda parte del art. 33, inc. 1° y asimismo en el inc. 2° de esta parte, cuando sea menester el reconocimiento del Estado para que las entidades puedan existir como personas del derecho.

1094. ENUMERACIÓN LEGAL.— El art. 33 del Código luego de su reforma por la ley 17.711 ha quedado así: “*Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado.*”

“*Tienen carácter público:*

“1°) *El Estado Nacional, las provincias y los municipios.*

“2°) *Las entidades autárquicas.*

“3°) *La Iglesia Católica.*

“*Tienen carácter privado:*

“1°) *Las asociaciones y fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar.*

“2°) *Las sociedades civiles y comerciales y entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”.*

1095. OBSERVACIONES.— Si se compara la nueva enunciación de entidades que trae el nuevo art. 33 del Código con la lista que antes había consignado el codificador, se advierten las siguientes diferencias.

Con respecto a las personas jurídicas de carácter público, la ley 17.711 ha reproducido las enunciaciones del antiguo art. 33 agregando a las “*entidades autárquicas*”. Ni Bibiloni ni la Comisión reformadora de 1936, consignaron este nuevo tipo. En cambio, el art. 99 del Anteproyecto de 1954 agregó a las consabidas per-

sonas jurídicas públicas “las entidades públicas determinadas por ley”. Consideramos que una y otra denominación se aplican a las mismas entidades, como así lo expresábamos en la nota al art. 99 del Anteproyecto de 1954. Es apropiado mencionar a las entidades autárquicas como personas jurídicas de carácter público para que no se las confunda con los establecimientos de utilidad pública que mencionaba el antiguo art. 33, inc. 5°. Fue exactamente a propósito de los establecimientos públicos y de los de utilidad pública que se elaboró en Francia la clasificación de las personas públicas y privadas (véase Michoud, L., *La teoría de la personalidad moral*, París, 1906, t. I, n° 83, ps. 229 y 332). Conviene, por tanto, eludir toda posible confusión.

En segundo lugar, la ley 17.711 ha superado la desordenada e impropia enunciación que traía el antiguo art. 33, inc. 5°, donde se mencionaba junto a los bancos y compañías de seguros, las comunidades religiosas, los colegios, las universidades, todas las cuales se refieren a un tipo de actividad económica o cultural y no a un tipo de actuación jurídica que era lo que aquí interesaba poner de relieve. Por tanto, la reforma es plausible en cuanto se limita a enunciar los requisitos abstractos condicionantes de la personalidad tales como el objeto de bien común, la existencia de patrimonio propio, la capacidad de adquirir bienes, la no subsistencia exclusiva de asignación del Estado, sin hacer referencia a una concreta actividad que no era apropiado contemplar.

1096. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS PROYECTOS DE REFORMA.— Bibiloni mantuvo en su Anteproyecto la clasificación del Código de Vélez (art. 180, primera redacción; art. 158, segunda redacción).

El Proyecto de 1936 omitió toda clasificación de las personas jurídicas, limitándose a enumerar en el art. 74 todas las personas de esa índole. Pero esta técnica obligaba a aclarar —lo que no se hizo— en las disposiciones sucesivas, que el régimen establecido no se aplicaba a todas las personas jurídicas indistintamente para no incurrir en el equívoco de legislar sobre comienzo de las personas jurídicas, nombre, domicilio, capacidad y poderes de los representantes (arts. 76, 77, 78, 79 y 80 de ese Proyecto) en forma genérica, cuando en verdad tales disposiciones, sólo podían aplicarse a las corporaciones, fundaciones y sociedades anónimas, o sea las “personas de existencia posible” del Código de Vélez.

El Anteproyecto de 1954 acoge la clasificación corriente en la doctrina moderna de personas jurídicas *públicas* y *privadas*. Según su art. 99 son personas jurídicas públicas, el Estado Nacional, las Provincias, las Municipalidades, la Iglesia Católica y las entidades públicas determinadas por la ley⁶⁹. Son personas jurídicas

⁶⁹ Esta categoría de entes públicos no figuraba en los proyectos anteriores ni tampoco en el Código, que parece confundirla con los establecimientos de utilidad pública. Sin embargo, fue exactamente a propósito de los establecimientos públicos y de los de utilidad pública que se elaboró en Francia la clasificación de las personas jurídicas en públicas y privadas (ver Michoud, L., *op. cit.*, t. I, n° 83, ps. 229 y 232). De ahí que sea procedente en un cuadro general de las personas públicas, la inclusión de esta categoría para eludir toda confusión al respecto.

privadas, las corporaciones, las fundaciones, y las sociedades anónimas y cooperativas, siendo estas últimas también regidas por el Código de Comercio (art. 100). Esa discriminación ha permitido legislar sobre constitución, domicilio y extinción de las personas jurídicas privadas (arts. 102, 103 y 106, respectivamente, de ese Anteproyecto) en forma que esas disposiciones no se apliquen a las personas públicas, allí no mentadas.

1097. LA CLASIFICACIÓN DE LA DOCTRINA MODERNA.— Como antes se dijo, es corriente en la doctrina actual la discriminación de las personas jurídicas públicas o de derecho público, y las personas jurídicas privadas o de derecho privado, que corresponde a la correlativa distinción de normas de derecho público y de derecho privado ⁷⁰.

Pero no hay acuerdo sobre el criterio adecuado para ubicar a las entidades en una u otra categoría:

a) Enneccerus y Von Tuhr, y entre nosotros Borda y Spota, fundan la distinción en el *origen* o nacimiento de la persona jurídica. Cuando ésta surge impulsada por la voluntad de los particulares, aunque ella requiera ser integrada por el reconocimiento estatal, la persona será privada y se desenvolverá en el ámbito del derecho privado; en tanto que será pública cuando ha surgido por la acción exclusiva del Estado o ha sido organizada por éste —municipalidades—, o ha sido reconocida —es el caso de la Iglesia— como parte integrante del orden jurídico público ⁷¹.

b) Para otro criterio, la diferenciación depende del *contralor administrativo* que se establezca sobre la entidad, que sería propio de las personas jurídicas públicas, pues las privadas estarían exentas de ese contralor ⁷². Pero se ha contestado que hay entidades privadas sometidas a cierto contralor del Estado, especialmente si se trata de fundaciones ⁷³.

c) Para Jellinek, Waline y Stolfi todo depende de la *potestad* de imperio que sería la nota típica para identificar a las personas públicas ⁷⁴. Sin embargo, Ferrara

⁷⁰ Ferrara, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, n° 103, ps. 682 y ss.; Michoud, L., *op. cit.*, t. I, n° 75, p. 182; Enneccerus, L., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Barcelona, 1934, t. I, vol. 1°, párr. 97, p. 441; Von Tuhr, A., *Teoría general del Derecho Civil alemán*, t. I2, ap. I, párr. 31; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 33, p. 272, n° 25; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 624, p. 475; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1310, p. 132, ap. d).

⁷¹ Enneccerus, L., *op. cit.*, t. I, vol. 1°, párr. 97, p. 441; Von Tuhr, A., *op. cit.*, t. I2, párr. 31, p. 110; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1310, ap. d), p. 132; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 624, ps. 475-476.

⁷² Demichelis, *Los entes autárquicos*, Montevideo, 1934, cit. por Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 33, p. 273, n° 27.

⁷³ Ferrara, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, n° 103, p. 689.

⁷⁴ Jellinek, J., *Sistema del diritti pubblici subietivi*, p. 293; Waline, *Manual de derecho administrativo*, 1936, p. 2686; Stolfi, *Diritto Civile*, t. I, parte 2ª, n° 339, p. 285.

les ha levantado la objeción de que tal potestad aparece en entes privados, como el concesionario de un servicio público, y no así en ciertas personas públicas, como algunos organismos autárquicos ⁷⁵.

d) En Francia prevalece la opinión según la cual las personas públicas se identifican por el *ejercicio de un servicio público* ⁷⁶. Pero ese mismo concepto es asaz impreciso y complejo.

e) Una opinión bastante generalizada considera que las personas jurídicas públicas son aquéllas destinadas a satisfacer un *interés público* o *fin público*, que se descubre a través de ciertos datos reveladores como pueden ser el origen estatal del ente, o la atribución al mismo de potestad de imperio, o de ejecutoriedad a sus actos, o la afectación de rentas públicas para el logro de su actividad ⁷⁷.

f) Entre nosotros, entiende Busso que ningún criterio exclusivo es satisfactorio, debiendo computarse diversas características para ubicar a las personas jurídicas como públicas o privadas. Entre esas características las más importantes serían el origen de la entidad, su finalidad, la potestad de imperio y el contralor del Estado ⁷⁸.

III.— PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS: ENUMERACIÓN

1098.— Como la clasificación de personas jurídicas públicas y personas jurídicas privadas ha tomado carta de ciudadanía en la mayoría de los códigos modernos (Códigos italiano, art. 11; brasileño, arts. 13 y 14; peruano, arts. 39 a 41; chileno, art. 547; alemán, art. 89; suizo, art. 52) y en nuestro ordenamiento luego de la ley 17.711, nos atenderemos a ella en los desarrollos siguientes. Por lo demás esa clasificación subyace en la oposición de las personas de existencia necesaria y de existencia posible, que formulaba Vélez Sarsfield, tomando esa nomenclatura de Savigny por intermedio de Freitas.

Dentro de esta categoría de *personas jurídicas públicas* corresponde enumerar a las siguientes: 1) El Estado Nacional o Provincial; 2) las Municipalidades; 3) la Iglesia Católica; 4) los organismos estatales autárqui-

⁷⁵ Ferrara, F., *op. cit.*, ps. 693-694.

⁷⁶ Hauriou, M., *Précis de droit administratif*, 11ª ed., ps. 236-237; Jèze, G., *Les principes généraux de droit administratif*, 1930, t. II, ps. 23-29.

⁷⁷ Mayer, *Le droit administratif allemand*, París, 1906, t. IV, p. 260; Ramneletti, citado por Ferrara, F., *op. cit.*, p. 691, nota 1.

⁷⁸ Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 33, p. 273, n° 32.

cos; 5) las sociedades de economía mixta. Trataremos de ellas separadamente.

1099. I) EL ESTADO NACIONAL O PROVINCIAL.— Conforme al sistema federal de nuestra organización política, el Código Civil reconoce la personalidad jurídica tanto del Estado Nacional cuanto de los Estados Provinciales (conf. nuevo art. 33, primera parte, inc. 1°).

La personalidad jurídica del Estado es una adquisición de la ciencia del derecho. En las sociedades poco evolucionadas, no se distinguía la personalidad colectiva, de la persona humana que investía la autoridad pública, y por tanto no se reconocía a aquélla. Pero aun mediando esa compenetración de la autoridad pública con el ser humano que la ejercía, paulatinamente se advirtió que en el terreno del derecho era muy diversa la persona del soberano, comparada con la de los súbditos; de ahí nació el reconocimiento de la personalidad jurídica de la autoridad pública o Fisco.

Uteriormente y ya superada aquella confusión entre la autoridad pública como tal, y la persona humana que la desempeña, se admitió en aquélla o Estado una doble personalidad, según que actuara en el plano del derecho privado —persona jurídica— o en el plano del derecho público —poder administrador— ⁷⁹.

En la actualidad la opinión de los autores se inclina a ver en el Estado una única persona o sujeto de derecho, que resulta ser titular de derechos subjetivos en el orden del derecho privado y al propio tiempo de atribuciones y poderes en el plano del derecho público, todo lo cual puede ser imputado a un solo ente jurídico ⁸⁰.

Nosotros participamos de esta opinión. Pues si la personalidad jurídica del Estado se explica por la teoría de la institución (véase *supra*, núms. 1077-80), no se advierte en el análisis del fenómeno del Estado, la existencia de dos instituciones diferentes, lo que sería necesario para tener doble personalidad.

1100-1101. II) LAS MUNICIPALIDADES.— Según el nuevo art. 33, primera parte, inc. 1°, del Código Civil son personas jurídicas de carácter público “los municipios” de la Nación o las Provincias.

La municipalidad es un organismo político-edilicio, de raíz constitucional (conf. art. 5°, Const. Nac.), que está subordinado a la Nación o a la Provincia, según

⁷⁹ Bielsa, R., *Derecho Administrativo*, 3ª ed., t. II, n° 465, p. 270.

⁸⁰ Ferrara observa que se trata de una única persona que tiene diversa capacidad de derecho privado y de derecho público, como un ciudadano que goza de capacidad civil y capacidad política (*op. cit.*, p. 696, nota 1). Conf. Michoud, L., *op. cit.*, t. I, n° 109, ps. 306 y ss.; Spota, A., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1311, p. 132.

que correspondiere a una u otra jurisdicción, la nacional o la provincial. La Corte Suprema ha dicho refiriéndose a los municipios existentes en los territorios provinciales que son “delegaciones de los poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos que la Constitución Nacional ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación”⁸¹. De aquí se sigue que compete a las Provincias delimitar las funciones de las municipalidades subordinadas a ellas⁸².

1102. III) LA IGLESIA CATÓLICA.— Es mencionada entre las personas de carácter público por el nuevo art 33, inc. 3°, de la primera parte. En el texto del Código de Vélez figuraba simplemente bajo la denominación de “la Iglesia”. No se dudaba de que se trataba de la Iglesia Católica, porque así lo hacía ver la fuente del precepto (art. 274, inc. 6° del *Esbozo* de Freitas), y porque resultaba de la nota del codificador al mismo. Por lo demás, en los países latinos, la “Iglesia” por antonomasia es la Iglesia Católica. No había al respecto discrepancias entre los comentaristas⁸³.

Cabe anotar que aun cuando faltara la mención del Código, en el sentido expresado, no se podría dudar del carácter de persona pública que inviste la Iglesia Católica, en nuestro país. Como dice Busso, la Constitución Nacional ha reconocido esa personalidad de la Iglesia, al aceptar la vigencia de sus disposiciones, decretos de los concilios, bulas, rescriptos y breves del Romano Pontífice —previo cumplimiento de cierto trámite (art. 86, inc. 9°, Constitución de 1853)—; al contemplar las relaciones del Patronato (art. 86, inc. 8°, Constitución de 1853), así como al prever la posibilidad de concretar tratados o concordatos con la Santa Sede (art. 67, inc. 19, hoy art. 75, inc. 22, luego de la reforma de 1994). Todavía otros artículos de la Carta Magna se refieren al culto católico, como creencia y doctrina, con lo cual implícitamente vienen a reconocer la potestad espiritual de la Iglesia como institución que define ese culto y sustenta esa doctrina⁸⁴. Y como la teoría de la institución luce eminentemente en la Iglesia Católica no cabe dudar de que siendo ésta persona jurídica por su aspecto institucional, es persona pública, por haber sido considerada en ese carácter por los constituyentes que la concibieron como un elemento esencial del orden jurídico que ellos instauraron en nuestra patria.

⁸¹ Corte Suprema Nacional, “Fallos”, t. 114, p. 282, y t. 123, p. 313.

⁸² Conf. Díaz de Guijarro, E., *Las facultades municipales*, nota en “J.A.”, t. 45, ps. 117 y ss.

⁸³ Salvat, R., *op. cit.*, n° 1194, p. 544; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 628, p. 478; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 807, p. 453; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 31, n° 611, p. 83; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 33, p. 276, n° 48.

⁸⁴ Busso, E., *op. cit.*, art. 33, p. 276, n° 45.

El 10 de octubre de 1966 se celebró un acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina, el cual fue aprobado por la ley 17.032 el 23 de noviembre de ese año.

En este convenio, el Estado argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica y Romana el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos (art. I). Asimismo, establece en su art. III, que el nombramiento de los Arzobispos y Obispos es de competencia de la Santa Sede.

Como consecuencia del acuerdo suscripto entre la Santa Sede y el Estado argentino, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 deroga los artículos que sobre esta materia contenía el texto de 1853.

1103.— La personalidad de la Iglesia, se predica tanto respecto de la Iglesia universal representada por el Papa, y que tiene su sede en Roma cuanto de las diócesis y parroquias, todas las cuales invisten el carácter de personas jurídicas públicas en nuestro ordenamiento jurídico, asunto que no ha dado lugar a vacilación⁸⁵. Es decir que invisten esa personalidad, indistintamente, las potestades espirituales que integran la jerarquía eclesiástica —el Papa, los obispos y los párrocos—. Consiguientemente, ostentan personalidad jurídica propia e independiente cada diócesis o parroquia, que tienen patrimonio diferenciado y capacidad peculiar para obrar en derecho, independientemente, de que una misma persona humana, el obispo que obra por sí o por su delegado, el párroco, puede aparecer como representante de las distintas personas morales, la diócesis y la parroquia⁸⁶.

1104. CORPORACIONES RELIGIOSAS.— En el lenguaje del derecho civil se denomina *corporaciones religiosas* a los entes que el derecho canónico llama “religiones”, y que el canon 488 define así: “asociaciones aprobadas por autoridad eclesiástica legítima, cuyos miembros pronuncian, según las reglas propias de cada asociación, votos públicos perpetuos o temporales, renovables, tendientes a la perfección evangélica”.

Las religiones se distinguen en “órdenes” o “congregaciones”. Las primeras son las asociaciones en las que se emiten votos solemnes y las segundas son las re-

⁸⁵ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 33, p. 276, n° 50, y p. 277, n° 52; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 629, p. 478; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 810, p. 454; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1319, p. 160; Díaz de Guijarro, E., *La personalidad jurídica de la Iglesia y de las comunidades religiosas y su capacidad para adquirir bienes*, nota en “J.A.”, t. 27, p. 1167; Martorell, J. E., *Las personas jurídicas en el derecho canónico*, “Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires”, julio-agosto 1951, ps. 922 y ss.; López Olaciregui, J. M., su anotación a Salvat, R., *Parte General*, t. I, n° 1194-A, p. 937.

⁸⁶ Por ello se ha resuelto que los fondos de propiedad de la Parroquia de Montserrat no responden por deudas de otros entes eclesiásticos, aunque la representación legal de unos y otros compete al mismo obispo (Cám. Civ. 2°, “J.A.”, 1942-III, p. 911).

ligiones donde sólo se emiten votos simples, sean ellos perpetuos o temporales (conf. canon 488, inc. 2º). Es de notar que entre los votos solemnes y los simples no hay diversidad esencial, pues unos y otros importan la promesa de la castidad, la pobreza y la obediencia: sólo hay una diferencia empírica, reputándose voto solemne al que la Iglesia reconoce como tal ⁸⁷.

Las corporaciones religiosas no son personas públicas, sino privadas, lo que significa que su reconocimiento como personas del derecho está sujeto al trámite previsto en el art. 45 del Código Civil. Por excepción están exentas de ese trámite las "órdenes religiosas" —no simples congregaciones— que ya existieran al tiempo de la sanción de la Constitución Nacional, las cuales quedaron reconocidas en el carácter de personas jurídicas por el art. 64, inc. 20 de la Constitución de 1853 (luego art. 67, mismo inciso, de la Constitución de 1860), sin necesidad de llenar requisito alguno ante la autoridad civil ⁸⁸.

En cuanto a las "órdenes religiosas" que se constituyeren en la República con posterioridad a la sanción del texto constitucional, requieren un reconocimiento de su personalidad por ley del Congreso Nacional aunque se predicaren en territorio provincial ⁸⁹. Pero esta modalidad de rigor excepcional, que muestra una ya superada prevención respecto de la beneméritas órdenes religiosas, no rige con relación a las simples congregaciones, que están sujetas al trámite de personería ordinario indicado por el art. 45, discriminación que se impone por la necesidad de interpretar literal y restrictivamente todo lo que importa disfavor o incapacidad ⁹⁰.

En cuanto a las *asociaciones religiosas* que no son religiones —órdenes o congregaciones— tales como cofradías, agrupaciones de acción católica, conferencias de San Vicente de Paul, etc., son admisibles a la personalidad jurídica, en los términos ordinarios del art. 45.

⁸⁷ Así lo enseña Juan Caviglioli en su *Derecho Canónico*, ed. Madrid, 1946, t. I, p. 483.

⁸⁸ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 630, p. 479; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 33, p. 278, núms. 61 y ss.; Corte Sup. Nac., "Fallos", t. 163, ps. 367 y ss.; *id.*, "J.A.", t. 37, p. 546; votos de los Dres. Barraquero y Lagos en "J.A.", t. 36, p. 661; Cám. Civ. 1ª, "Gac. del Foro", t. 11, p. 129; decreto del P.E. del 30 de setiembre de 1933 publicado en "Digesto de Justicia", Bs. As. 1942, t. II, p. 111 y decreto del P.E. del 20 de noviembre de 1935, publicado en "J.A.", t. 52, sec. Leg., p. 97; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 811, ps. 454-455, si bien este autor considera que las órdenes religiosas existentes al tiempo de sanción de la Constitución Nacional son personas jurídicas públicas, en tanto que las reconocidas ulteriormente son personas privadas. Comp. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1271, p. 584, autor que considera que tratándose de órdenes religiosas no existentes en el año 1852, no es posible reconocerlas como personas jurídicas sin el doble requisito de la ley de admisión y del decreto del P.E. confiriéndole personería. En este sentido: Díaz de Guijarro, E., su nota en "J.A.", t. 30, p. 104 y Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 36, p. 661.

⁸⁹ Conf. Lafaille, H., *Apuntes de Derecho Civil*, tomados por Busso y Morixe, t. I, p. 139; Corte Sup. Nac. "Fallos", t. 163, ps. 387 y ss., "J.A.", t. 37, p. 546.

⁹⁰ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 33, p. 278, n° 66; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 631, p. 479; Cám. Fed. Cap., "J.A.", t. 42, p. 413; dictamen del procurador general de la Nación, doctor Julio Botet, del 20 feb. 1913, publicado en "Digesto de Justicia", Bs. As., 1942, t. II, p. 114.

1105.— En *suma*, las corporaciones religiosas (órdenes o congregaciones) y las asociaciones católicas, que el derecho canónico reputa personas morales, no son personas públicas sino personas privadas.

En cuanto al reconocimiento de la personalidad civil, cabe distinguir las “órdenes” de las demás religiones y asociaciones. Pues mientras las órdenes están sujetas a un régimen peculiar —de exención de todo trámite ante la autoridad civil si datan de antes del año 1853 y del reconocimiento por ley si se hubieran constituido con posterioridad a ese tiempo— las demás entidades católicas quedan bajo el régimen común de concesión de personería jurídicas.

1106. CORPORACIONES RELIGIOSAS DISIDENTES.— Las asociaciones pertenecientes a credos religiosos diferentes del católico, y que desearan constituirse en el carácter de corporaciones con personalidad jurídica deben someterse al sistema ordinario de obtención de la personería de acuerdo a las previsiones del art. 45, luego de haber acreditado la concurrencia de los requisitos del nuevo art 33, inc. 2º, segunda parte ⁹¹.

1107. IV) LOS ORGANISMOS ESTATALES AUTÁRQUICOS.— El Estado maneja los asuntos públicos por medio de funcionarios y empleados dependientes suyos que se distribuyen por razón de una adecuada división del trabajo en ministerios, reparticiones, oficinas, etc. Pero en ocasiones, el Estado desprende de su propia organización administrativa ciertos núcleos a los que encomienda funciones públicas específicas, para servir las cuales los dota de un patrimonio propio y de las atribuciones correspondientes para su administración: cuando eso ocurre han surgido verdaderas entidades jurídicas autárquicas en las que aparecen las mismas características que distinguen a las instituciones y corporaciones de creación privada, a saber: 1º) una finalidad de bien común; 2º) una organización humana destinada a servir y alcanzar tal finalidad; 3º) un patrimonio separado del Estado afectado al logro de aquella finalidad, el que se forma con los recursos o fondos dejados al manejo de aquella organización.

⁹¹ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 33, p. 279, n° 69; Lafaille, H., *Apuntes de Parte General*, tomados por Busso y Morixe, t. I, ps. 128-129. Sin embargo para este autor estaría en situación diferente la Iglesia Anglicana, cuya personalidad jurídica fue reconocida por el tratado celebrado con Inglaterra en 1825. No consideramos que esto sea motivo para modificar el “status” de esta entidad, a la que cuadra reconocer como persona jurídica de carácter privado, puesto que no estaba mencionada en los cuatro primeros incisos del antiguo art. 33, que era el texto vigente a la época en que esa opinión se emitió.

En Francia estos entes autárquicos son denominados “establecimientos públicos” los cuales fueron distinguidos de los “establecimientos de utilidad pública”, por su origen, público en aquellos y privado en éstos; por la ejecutoriedad de los actos cumplidos por los organismos directivos de los primeros, y por la jurisdicción especial a que aquellos están sometidos ⁹².

Entre nosotros, se ha observado que los entes autárquicos se diferencian de las fundaciones y asociaciones: 1) por su origen público; 2) por el carácter de funcionarios públicos que tienen los que integran el personal de su dependencia; y 3) por la posibilidad de invocar los privilegios propios del Estado, en razón de tratarse de reparticiones descentralizadas de la administración pública ⁹³. Por esto último procede respecto de tales entes la tercera instancia que se abre para ante la Corte Suprema de Justicia en las “causas” en que la Nación, directa o indirectamente, sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a \$726.523,32 (art. 24, inc. 6°, ap. a) del decreto-ley 1285/58, reformado por la ley 21.708, actualizado por la resolución de la Corte Suprema 1360/91 del 10/9/91).

Podemos mencionar como los entes autárquicos de mayor significación, en nuestro país, los siguientes: las universidades nacionales ⁹⁴, el Consejo Nacional de Educación creado por la ley 1420, la Comisión Nacional de Cultura creada por la ley 11.723; el Banco Central de la República, y el Banco Nacional de Desarrollo estructurados respectivamente por los decretos-leyes 13.126/57, 13.128/57, 13.130/57 y ley 18.909.

1108. V) LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.— Son entidades que surgen de la conjunción de esfuerzos del Estado y de los particulares, para encarar ciertas actividades industriales o comerciales de eminente interés público. El capital de la entidad se forma por contribución del Estado y de los particulares, y se intenta corregir en su administración la ineficiencia de aquél para la gestión económica, por la presencia de los capitalistas particulares que en busca de un interés lucrativo aseguran indirectamente la eficiencia de la explotación ^{94 bis}.

⁹² Conf. Planiol, M., *Tratado elemental de Derecho Civil*, 10ª ed., París, 1925, t. I, núms. 3025 y ss., ps. 993 y ss.; y especialmente Michoud, L., *op. cit.*, t. I, n° 86.

⁹³ Salvat, R., *op. cit.*, n° 1201, p. 547.

⁹⁴ Las universidades nacionales se rigen por la ley 20.654 cuyo art. 3° declara al respecto, que “son personas jurídicas de derecho público”.

^{94 bis} Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, n° 634, p. 480. Busso observa que se trata de personas jurídicas públicas anómalas (*op. cit.*, t. I, art. 33, p. 291, n° 174) y en este sentido, también Rodríguez Arias, J. C., *La sociedad de economía mixta*, Rosario, 1940, p. 662. Para otros autores son públicas o privadas según que prevalezca o no el Estado en la formación del capital y administración y dirección de la entidad (Bielsa, R., *Derecho Administrativo*, 3ª ed., t. II, ps. 373-376). Finalmente, para Greca son personas jurídicas privadas controladas (Greca, A., *El sistema de economía mixta en la relación de los servicios públicos*, Santa Fe, 1941, p. 37).

1108 bis. EMPRESAS DEL ESTADO.— Observa López Olaciregui que el Estado, conforme a la evolución producida en torno a sus fines, suele crear empresas comerciales, cuyo régimen se determina por la ley que las crea. Según aquel autor esas empresas estatales son personas jurídicas de derecho privado, no obstante su origen, porque “el carácter público o privado, de una entidad no deriva de quien haya sido su fundador sino del fin para el que se la creó y del campo dentro del cual actúa” ^{94 ter}. Es una comprensión que concuerda con lo establecido en el art. 1º de la ley 13.653, reformado por la ley 14.380, según el cual “las empresas del Estado quedan sometidas: a) al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas, y b) al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo”.

Entre las principales empresas del Estado cabe mencionar a: Yacimientos Petrolíferos Fiscales que se rige por la ley 14.773, y su estatuto orgánico aprobado por decreto 1367/63; Obras Sanitarias de la Nación, creada por ley 8889, y cuya carta orgánica fue dada por la ley 13.577, modificada por la ley 14.160; Gas del Estado, cuya nueva estructura orgánica ha sido establecida por el decreto 6937/69; Ferrocarriles Argentinos (E.F.A.), regidos por la ley 18.369; Agua y Energía Eléctrica, cuya nueva estructura orgánica fue aprobada por el decreto 6031/69; Yacimientos Carboníferos Fiscales (Y.C.F.), reestructurado por decreto 7791/69; ELMA, Empresa Líneas Marítimas Argentinas, creada por ley 15.761, que ha sido estructurada por decreto 7394/69; Aerolíneas Argentinas, creada por decreto 20.099/50 y cuyo estatuto orgánico ha sido determinado, finalmente por decreto 1072/65; ENTel, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, constituida por decreto 310/65, que cuenta con un nuevo estatuto aprobado por decreto 4522/65 y una nueva estructura orgánica establecida por decreto 3191/69; etc.

1108 ter. PRIVATIZACIÓN DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO.— La Ley de Reforma del Estado, 23.696, facultó al Poder Ejecutivo nacional para transformar la tipicidad jurídica de todos los entes, empresas y sociedades, cualquiera sea su tipo jurídico, de propiedad exclusiva del Estado Nacional y/o de otras entidades del sector público nacional de carácter productivo, comercial, industrial o de servicios públicos (arts. 2º y 6º), y proceder a su privatización cumpliendo los recaudos especificados en los arts. 8º a 20.

^{94 ter} López Olaciregui, J. M., su actualización a Salvat, R., *Parte General*, ed. del cincuentenario, t. I, n° 1193-B, p. 934.

Bajo esta normativa se han privatizado, entre otras, las siguientes empresas del Estado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones; Aerolíneas Argentinas; Ferrocarriles Argentinos; Yacimientos Petrolíferos Fiscales; Obras Sanitarias de la Nación; Gas del Estado, etc.

Esta nueva tipicidad no altera lo expuesto en el número anterior, en cuanto al régimen legal a que se encuentran sometidas las mencionadas empresas.

1108 quater. LOS ENTES REGULADORES.— La privatización de las empresas prestadoras de servicios públicos ha llevado a recrear la función reguladora del Estado, creando un importante número de organismos reguladores para proteger debidamente los intereses de la comunidad.

Así podemos mencionar a los siguientes: a) Ente Nacional Regulador de Electricidad; 2) Ente Nacional Regulador Nuclear; 3) Ente Nacional Regulador de Gas; 4) Comisión Nacional de Telecomunicaciones; 5) Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, etc.

Según Cassagne, la condición jurídica de estos entes es la propia de las entidades autárquicas, pues se trata de descentralizaciones jurídicas del Estado que participan de la naturaleza pública de éste, perteneciendo en realidad, a su organización administrativa pese a su personalidad diferenciada ^{94 quater}.

IV.— PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS: ENUNCIACIÓN

1109. ENUNCIACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS.— Son denominadas por la ley 17.711 personas jurídicas de carácter privado y están mencionadas en la segunda parte del nuevo art. 33 que hemos transcrip-to precedentemente (véase *supra*, n° 1094).

Es de notar que sólo las entidades mencionadas en el inc. 1° de la segunda parte del art. 33 citado integran esta categoría, de la que quedan al margen las entidades que no dependen de la autorización estatal para adquirir personalidad, para el derecho, y a las que alude el inciso final del referido precepto. Es una exclusión terminológica que parece desautorizar la letra del nuevo art. 33, pero que resulta impuesta por la necesidad lógica de englobar en una categoría común a las entidades del nuevo art. 33, parte 2ª, inc. 2°, y a las simples asociaciones del nuevo art. 46. Como esa categoría común no puede ser denominada de “personas jurídicas privadas” por no convenir la denominación a las simples asociaciones, se sigue de

^{94 quater} Cassagne, Juan Carlos, “Los nuevos entes reguladores”, “E.D.” t. 159, p. 972.

ahí que tampoco corresponde aplicar tal denominación a las otras entidades que integran con aquéllas la misma categoría común. Nos parece claro que carecería de arraigo en la “naturaleza de las cosas”, discriminar entre las simples asociaciones y las otras entidades aludidas para ubicarlas en categorías terminológicas distintas (véase *supra*, nº 1089 bis).

1110. CLASIFICACIÓN DOCTRINARIA.— La doctrina ha realizado la clasificación de las diversas entidades aquí mencionadas en dos categorías estructuralmente diferentes: 1) las corporaciones o asociaciones, de las que tratamos en particular más adelante (véase *infra*, núms. 1217 y ss.) y de las que es posible desglosar las sociedades anónimas, comanditas por acciones y cooperativas, sobre las cuales legisla el Código de Comercio; 2) las fundaciones que estudiaremos oportunamente (véase *infra*, núms. 1283 y ss.).

1111. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN.— Tanto las asociaciones como las fundaciones, están sometidas para existir a la reunión de ciertos requisitos comunes que analizaremos más adelante (véase *infra*, núms. 1164 y ss.).

V.— PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL PROPIAMENTE DICHAS

1112. ENUNCIACIÓN.— Por oposición a las personas jurídicas —públicas o privadas— aludidas en los números anteriores, hay otras entidades que ostentan indudable personalidad jurídica y, sin embargo, atendiendo a su forma de constitución no pueden ser llamadas “personas jurídicas”, pues esta denominación queda reservada en nuestro Código para aquellas entidades que obtienen su reconocimiento como sujetos de derecho, mediante un acto administrativo (ley o decreto) expreso.

En nuestra opinión entran en la categoría de “personas de existencia ideal propiamente dichas” las siguientes: 1) las sociedades civiles y comerciales; 2) las simples asociaciones del art. 46; 3) la sociedad conyugal; 4) el consorcio de propiedad horizontal. No revisten ese carácter, según nos parece, la llamada entidad “sucesión”, ni la masa del concurso o de la quiebra. Enunciaremos, sintéticamente las razones que tenemos para afirmar la personalidad de aquellas entidades y para negar la existencia de un nuevo sujeto de derecho en estas últimas situaciones.

1113. I) SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES.— Conforme al orden de la exposición que nos hemos propuesto, trataremos este punto en el parágrafo 6 de este capítulo adonde remitimos (véase *infra*, nº 1250).

1114. II) SIMPLES ASOCIACIONES.— Igualmente tratamos este asunto más adelante (véase *infra*, núms. 1251 y ss.).

1115. III) SOCIEDAD CONYUGAL.— Es la que forman marido y mujer, en el campo patrimonial, desde el mismo momento de la celebración del matrimonio (conf. art. 1261). Desde entonces todas las adquisiciones que efectúan el marido o la mujer —salvo las exceptuadas por la ley— no pasan al patrimonio particular de uno u otro, sino que engrosan el capital social, el cual al tiempo de la disolución de la sociedad se parte igualitariamente entre los cónyuges, con independencia de quién de ellos hubiera efectuado las adquisiciones, o del capital inicial, o sucesivo, que por obra de uno u otro consorte hubiera beneficiado a la entidad.

Según creemos, los rasgos típicos, en virtud de los cuales cabe reconocer a la sociedad conyugal como sujeto de derecho, son los siguientes:

a) Por lo pronto siendo el matrimonio una institución ⁹⁵ y no un mero contrato, lógico es que conforme a la teoría que hemos estudiado *supra*, n° 1077, se traduzca en una verdadera persona del derecho, lo que se advierte porque aparecen en ella todas las notas distintivas de la institución-persona a saber: 1) la idea de empresa que en el caso es la mayor y más grande que pueda vincular a las personas, el “consortium omnis vitae, divini atque humani juris comunicatio” de que hablara Modestino ⁹⁶; 2) un dispositivo de poder —la administración de la sociedad— puesto en manos de ambos esposos, para conducir la nave de la familia en el proceloso mar de la vida, de modo que los integrantes de la familia accedan al bien que les es propio; 3) una comunión en la idea familia, o sea principalmente, en el amor, inicialmente sólo de los fundadores de la familia, luego también de los hijos que advienen y se incorporan a la comunidad familiar. Realmente si se reconoce personalidad a las sociedades civiles o comerciales que importan vinculaciones esporádicas e intrascendentes, “a fortiori” corresponde acordarla a la sociedad conyugal que es el centro vital de los sentimientos humanos más poderosos y perdurables.

b) Como se ha dicho “a través de las disposiciones de nuestro Código Civil parece claro que la sociedad conyugal es un sujeto de derecho, ya que es titular de dominio, de créditos, etc. y sufre también obligaciones o cargas” ⁹⁷. Entre tales disposiciones las más demostrativas de la personalidad de la sociedad conyugal son las de los arts. 1258, 1259, 1261, 1262, 1263, 1271, 1272, 1275, 1276, 1280, 1281, 1284, 1286, 1289, 1291 y 1299.

⁹⁵ Conf. Borda, G. A., *Familia*, t. I, núms. 54 y ss., ps. 53 y ss.; Rébora, J. C., *Instituciones de la familia*, t. II, ps. 9 y ss.; Lafaille, H., *Familia*, Bs. As., 1930, n° 33, ps. 35 y ss.; Prayones, E., *Familia*, Bs. As., 1949, p. 20.

⁹⁶ Modestino, en el *Digesto*, Ley I, título 2°, Libro XIII.

⁹⁷ Lafaille, H., *op. cit.*, n° 310, p. 228.

c) La celebración del matrimonio da lugar al nacimiento de un tercer patrimonio no exclusivo del marido ni de la mujer cuyos bienes se llaman gananciales. Pero, la existencia de un patrimonio postula la exigencia de un titular del mismo, y como tal titular por hipótesis no es ni sólo el marido, ni sólo la mujer, se concluye que es la conjunción de ambos, o sea la sociedad formada por ellos.

d) El régimen de la sociedad conyugal prevé relaciones jurídicas entre cada esposo y la sociedad conyugal puesto que contempla créditos y deudas recíprocos. Pero no se concibe que tales relaciones puedan mantenerse sino entre quienes son reconocidos como personas del derecho, por lo que cabe admitir la personalidad de la sociedad conyugal que aparece, según los casos, como acreedora o deudora de uno u otro de los esposos: así en los supuestos de los arts. 1280, 1284, 1286 y 1289.

e) Finalmente, se advierte con claridad la personalidad de la sociedad conyugal cuando la administración de ésta viene a pasar a manos de un tercero, distinto del marido y la mujer (conf. art. 1289).

Por estas consideraciones, pensamos con la doctrina y jurisprudencia que nos parece prevaleciente ⁹⁸, que la sociedad conyugal es un ente del derecho.

1116.— Contra la opinión expuesta, se ha sostenido que de admitirse tal personalidad habría que reconocer que cuando uno de los cónyuges contrata sus servicios, como el salario obtenido es un bien ganancial, debería entenderse que el trabajador es la persona de la sociedad conyugal ⁹⁹. Sin embargo no nos parece que esa consecuencia sea forzosa, de la misma manera que cuando dos personas se asocian poniendo una el producido de su trabajo frente a terceros y otra un aporte distinto, no se considera que sea la sociedad quien efectúa aquel trabajo aun cuando se beneficia con su resultado: es lo que pasa también con la sociedad conyugal.

Por lo demás la explicación de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal en función del condominio, que entre nosotros auspicia principalmente Borda, nos parece no sólo insuficiente para dar razón de las particularidades expuestas en el número anterior, sino también inapropiada porque en ese supuesto los titulados condóminos carecerían de las facultades que les son propias, tales como la enajenación de la parte indivisa (art. 2677) o gravamen de ella (art. 2678) y la división de la cosa (art. 2693), todo lo cual es esencial del condominio.

⁹⁸ Lafaille, H., *op. cit.*, *loc. cit.*; Legón, Fernando, *Naturaleza jurídica del régimen de bienes en el matrimonio*, "J.A.", t. 46, p. 317; Fassi, S., *Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal*, "L.L.", t. 27, p. 114; Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 49, p. 247; *id.*, "Gac. del Foro", t. 62, p. 185; Cám. Civ. 2ª, "Gac. del Foro", t. set. 1923, p. 35; Sup. Trib. Santa Fe, "L.L.", t. 25, p. 956 y "J.A.", t. 75, p. 767. En contra: Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 35, p. 432. Comp. Borda, G., *Familia*, 2ª ed., t. I, n° 298, p. 213.

⁹⁹ Borda, *op. cit.*, nota anterior, p. 211.

1117. IV) EL CONSORCIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL.— La Ley de Propiedad Horizontal 13.512 ha venido a crear un nuevo ente del derecho con la formación del consorcio de propietarios de un edificio sometido al régimen de aquélla ¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

El consorcio como tal tiene un acta de nacimiento jurídico (art. 9º, ley 13.512); es titular de créditos —obligaciones “propter rem”— contra cada propietario por las expensas de administración y reparación de las partes y bienes comunes del edificio, en proporción al valor de la respectiva unidad horizontal (conf. art. 8º, ley 13.512); tiene una representación investida por el administrador del consorcio (arts. 9º, inc. a y 11) y la asamblea de copropietarios (arts. 9º, inc. d y 10 de la ley citada). Es rasgo característico de la existencia de la entidad, la posibilidad de gobernarse por el voto de la mayoría de los propietarios, sin necesidad de contar con la unanimidad de todos ellos (arts. 9º, 10, 12 y 16 de la ley 13.512).

A diferencia del condominio ordinario, que siempre importa una vinculación transitoria de intereses y que no cuenta con el favor de la ley, el consorcio de la propiedad horizontal es un resorte indispensable de ese régimen y está llamado a perdurar en tanto subsista la misma propiedad horizontal, lo que justifica su reconocimiento como entidad jurídica.

1118. LA “SUCESIÓN HEREDITARIA” NO CONSTITUYE UN ENTE DE DERECHO.— La masa de bienes integrantes del acervo hereditario que perdura pendiente el estado de indivisión entre los herederos, carece de personalidad pues no es un sujeto de derechos sino “sólo un procedimiento de administración de bienes, una forma cómoda de resolver situaciones transitorias” ¹⁰². La carencia de personalidad de la masa parece impuesta por la necesidad lógica de que algo no puede ser el sujeto y el objeto de la relación jurídica, al propio tiempo. Dice Orgaz que el patrimonio separado constituido por la masa de bienes en este caso el acervo hereditario, “no puede ser al mismo tiempo la persona y lo que tiene la persona” ¹⁰³. Por

¹⁰⁰⁻¹⁰¹ Conf. Cám. Ap. Mar del Plata, “L.L.”, t. 79, fallo n° 37.373; Cám. Civ., Sala “A”, “J.A.”, 1956-IV, p. 361; íd., causa “Consortio c/Bollag”, “J.A.”, 1961-III, p. 529; íd., Sala “C”, “L.L.”, t. 103, p. 595; íd., Sala “B”, “L.L.”, t. III, p. 609.

¹⁰² Orgaz, A., *Personas individuales*, p. 23. Conf. Fornieles, S., *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., t. I, núms. 235-7, ps. 308 y ss.; Arias, *Sucesiones*, p. 368; Machado, *op. cit.*, t. IX, p. 42; Segovia, L., *op. cit.*, t. II, art. 3453, p. 504; Corte Sup. Justicia de la Nación, “L.L.”, t. 25, p. 152; íd., “J.A.”, t. 71, p. 995; íd., “J.A.”, 1956-III, p. 249; Cám. Civ., Sala “D”, “L.L.”, t. 82, p. 298; Cám. Civ. y Com. 1ª La Plata, “L.L.”, t. 78, p. 169 (con interesante nota referencial); Cám. C. Paritaria, Sala “A”, “L.L.”, t. 74, p. 252; Cám. Com., “J.A.”, t. 71, p. 631; Cám. 2ª, Civ. y Com. La Plata, “J.A.”, 1944-I, p. 606; Cám. 1ª Bahía Blanca, “L.L.”, t. 107, p. 516. En otro sentido reconocen personalidad jurídica a la sucesión, Lafaille, H., *Curso de sucesiones*, t. I, núms. 414 y ss.; Borda, G. A., *Sucesiones*, t. I, núms. 506 y ss., p. 383 y ss.; Cám. Civ., Sala “B”, “L.L.”, t. 85, p. 627; íd., “J.A.”, 1959-I, fallo n° 83; Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 65, p. 665, y “L.L.”, t. 17, p. 627; íd., “J.A.”, t. 42, p. 581; Sup. Corte Bs. As., “J.A.”, 1959-I, fallo n° 21; Sup. Trib. Corrientes, “J.A.”, 1944-II, p. 238. En el sentido del texto puede verse Cám. Civ., Sala “A” (voto del autor con adhesión del Dr. De Abelleyra y disidencia del Dr. G. A. Borda), en “L.L.”, t. 96, p. 324.

¹⁰³ Orgaz, A., *op. cit.*, p. 24, nota 38.

lo demás, la teoría de la personalidad de la sucesión es incompatible con los arts. 3416 y 3420 del Código Civil y nota al art. 3282 (arg. “sin intervalo de tiempo”).

Es cierto que se ha admitido el llamado concurso de las sucesiones por los tribunales ¹⁰⁴ pero ello no pasa de ser un procedimiento práctico de liquidación colectiva de bienes para mantener entre los acreedores quirografarios la situación paritaria que les corresponde; es decir, se trata de una simple modalidad de la separación de patrimonios contemplada en los arts. 3433 y ss. del Código Civil. En cuanto a las derivaciones suscitadas por la administración de la herencia aceptada con beneficio de inventario, tampoco pueden invocarse como prueba de la personalidad de la sucesión, porque no se trata sino de la liquidación de un patrimonio separado, de propiedad del heredero ¹⁰⁵, cuyo saldo luego de solventadas las deudas del causante, pasa a engrosar el patrimonio general de aquel mismo titular. No hay así dos personas del derecho, la del heredero y la de la sucesión, sino una única persona —la del heredero—, con dos patrimonios: el patrimonio general suyo y el patrimonio separado constituido por los bienes de la herencia, individualizados en interés del titular para pagar sólo con ellos las deudas del causante ¹⁰⁶.

1119. TAMPOCO ES UN ENTE DE DERECHO LA MASA DEL CONCURSO.— No consideramos que la masa del concurso constituya una persona del derecho, por las mismas razones explicadas en el número anterior. Los bienes en esa situación sufren las consecuencias del principio según el cual el patrimonio del deudor constituye la garantía común de sus acreedores, y de ahí que sea el deudor desapoderado de los bienes para hacer efectiva tal garantía, nombrándose un síndico que actúa transitoriamente en el manejo de los mismos. Pero es siempre un mero expediente de liquidación con amplia seguridad para todos los interesados que no esfuma por completo la titularidad de los bienes que corresponde al concursado: de ahí que todo remanente luego de enjugados los créditos le pertenezca de pleno derecho sin necesidad de disponer transferencia alguna a su favor, ya que en rigor nunca han salido de su patrimonio ¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 67, p. 784; íd., íd., t. 59, p. 164; Cám. Civ., Sala “B”, causa n° 19.859.

¹⁰⁵ Véase más adelante, *infra*, n° 1290. Conf. Borda, G. A., *Parte General*, 3ª ed., t. II, n° 738, p. 14.

¹⁰⁶ Conf. Fornieles, S., *op. cit.*, t. I, n° 108, p. 176 y n° 130, p. 201.

¹⁰⁷ Conf. Orgaz, A., *op. cit.*, p. 24, nota 38; De Gásperi-Morello, *Tratado de Derecho Civil*, t. III, n° 1544, ps. 613 y ss. Orgaz dice que el patrimonio de la quiebra no constituye un centro activo de relaciones jurídicas, sino meramente pasivo: “no se constituye para actuar jurídicamente sino sólo para liquidarse después de un procedimiento breve” (*op. cit.*, *loc. cit.*). En cambio admiten la personalidad de la masa del concurso, Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 816, p. 457; Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 64, p. 199; e incidentalmente, voto del Dr. Tezanos Pinto, C., en Cám. Civ. en pleno, “J.A.”, t. 71, p. 496. Comp. Riera, R., su nota en “L.L.”, t. 114, p. 1054.

El art. 705 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 17.454 actualmente derogado confirmaba la idea expuesta por nosotros, en el texto: satisfechos los créditos “se hará entrega al deu-

§ 3. La persona jurídica y sus miembros; independencia de personalidad. Capacidad de las personas jurídicas; el principio de la especialidad. Responsabilidad contractual y extracontractual; jurisprudencia. Cuestión sobre la responsabilidad penal. Leyes especiales.

1120. PLAN A SEGUIR.— Tratamos en este párrafo de las cuestiones comunes a toda clase de personas jurídicas, sean ellas públicas o privadas, dejando para el siguiente lo que se refiere a las personas jurídicas privadas y especialmente lo concerniente a su constitución y extinción. Todavía en otro párrafo, siguiendo siempre el método de lo general a lo particular, nos ocuparemos separadamente de los tipos estructurales diferentes a que pueden corresponder las personas jurídicas privadas, a saber el tipo “asociación” y el tipo “fundación”. Finalmente concluiremos este estudio de las personas ideales refiriéndonos a los sujetos del derecho no denominados “personas jurídicas”, es decir a las personas de existencia ideal, propiamente dichas.

**I.— LA PERSONA JURÍDICA Y SUS MIEMBROS;
INDEPENDENCIA DE PERSONALIDAD**

1121. NOCIÓN.— La persona jurídica es un ente ideal que recibe de los miembros que la componen el sustrato indispensable a fin de poder existir en aquel carácter. Desde luego la personalidad en el orden jurídico, no puede corresponder sino a los hombres (véase *supra*, n° 316), pero a más de los individuos humanos, ella debe ser conferida a los núcleos humanos constituidos por esa apetencia de sociabilidad propia de su naturaleza, cuando tales núcleos reúnen los caracteres esenciales de la “institución” (véase *supra*, n° 1078).

Esta concurrencia, en un mismo núcleo, de individuos humanos, dotados de personalidad, que contribuyen con su misma actividad a realizar los actos que en el orden jurídico habrán de imputarse a la personalidad del núcleo, presenta la delicada cuestión de distinguir la personalidad del núcleo en sí mismo, de la personalidad de los individuos humanos que conforman la actividad de aquél.

1122. PRINCIPIO LEGAL.— A este respecto el art. 39 del Código Civil sienta un principio de larga tradición doctrinaria, en los siguientes términos: *“Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como*

dor de los bienes que hubiesen quedado”. Es una simple entrega material y no un traspaso de un dominio que siempre perteneció al deudor.

personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella”.

Por consiguiente, hay una conveniente *distinción* en cuanto a la personalidad en el orden jurídico, entre el ente y sus miembros, de la cual surgen importantes consecuencias: 1º) la existencia de distintos patrimonios, el de la entidad y el de los individuos que nutren con su actividad humana la propia de la entidad; 2º) la distinta titularidad de derechos a que da lugar la actividad de la entidad, de manera que los bienes pertenecientes a ella no pertenecen a los individuos integrantes de la misma, y viceversa; 3º) la diversa responsabilidad a que da lugar la aludida actividad que, en principio, sólo compromete la de la propia entidad actuante; 4º) la posibilidad de alterar la composición humana del núcleo sin que se modifique la situación jurídica de la entidad; 5º) la posibilidad de que la entidad rija su propio orden interno y establezca los derechos y deberes de los individuos que componen la entidad (corporación) o que se benefician de su actividad (fundación).

Nos referiremos sumariamente a esas consecuencias.

1123. 1) DISTINTA PERSONALIDAD.— Es esencial en esta materia advertir cómo la personalidad que corresponde a la entidad es diferente de la de sus miembros componentes: la entidad es un sujeto de derecho independiente y titular exclusivo de las relaciones jurídicas en que interviene. Cuando una entidad dotada de personalidad jurídica contrata y adquiere bienes, ella resulta obligada o favorecida por las consecuencias del contrato y resulta propietaria de los bienes que adquiere. Así ocurre con la actuación de una asociación cultural, deportiva, etc.: las instalaciones existentes en un club son de la entidad misma y no de los socios que no tienen sobre ellas ni siquiera un virtual condominio sino solamente la posibilidad de usarlas conforme a la reglamentación interna que haya establecido la dueña de los bienes o sea la entidad.

Por aplicación del principio de distinta personalidad que examinamos, corresponde demandar a la entidad como tal y no a los individuos que componen sus organismos directivos (comisión directiva, directorio, gerente) aun cuando la notificación de la demanda deba hacerse en la persona de quien ejerza la representación de la entidad ¹⁰⁸.

1124. 2) DISTINTO PATRIMONIO.— Como todo sujeto de derecho la persona jurídica tiene un patrimonio que no se confunde con los patrimonios de los indivi-

¹⁰⁸ Consiguientemente si se demanda a los individuos humanos que han obrado por la persona jurídica, es viable la defensa de falta de acción (Cám. Fed. Bahía Blanca, “L.L.”, t. 22, p. 622).

duos que concurren a conformar el sustrato material de la entidad, pues siendo el patrimonio un atributo de la persona, si ésta careciese de ello no sería persona.

El patrimonio de la persona jurídica está compuesto por todos los bienes de que ella es titular y asimismo de las cargas que la gravan (véase *infra*, n° 1286). Por consiguiente, los bienes de la entidad figuran en su propio patrimonio y no en el de los individuos que la integran: es éste un principio ya conocido por los romanos, que lo impusieron por la ley Julia de Collegiis, con anterioridad a la cual se consideraba que los bienes pertenecían a los individuos sin perjuicio del uso común que éstos hubieren acordado ¹⁰⁹.

Por aplicación de la dualidad patrimonial comentada, los bienes inmuebles que adquiere la persona jurídica deben inscribirse a su nombre en el Registro de la Propiedad ^{109 bis}.

1125. 3) DISTINTA RESPONSABILIDAD.— De lo expuesto se sigue que en principio la actuación de la entidad compromete su propia responsabilidad y no la de los individuos humanos que con sus actos configuran la actividad de aquélla.

De aquí que como dice el art. 39 “ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación” no pudiéndose embargar los bienes de un gerente para satisfacer las obligaciones de la entidad ¹¹⁰. Pero esta separación de responsabilidades puede dejarse de lado si los miembros de la corporación se obligan en carácter de fiadores (conf. art. 39 “in fine”): es otra posibilidad que comprueba la inconfundible personalidad del ente y de sus miembros desde el momento que éstos pueden actuar en ese carácter.

El principio que comentamos suscita cuestiones muy delicadas referentes a la discriminación de cuáles actos de los individuos humanos que manejan la entidad, son los que comprometen la responsabilidad de la entidad misma, por los contratos realizados o por los hechos ilícitos obrados por aquéllos. Examinaremos esas cuestiones oportunamente (véase *infra*, núms. 1137 y ss. y núms. 1148 y ss.).

1126. 4) FUNGIBILIDAD DE LOS MIEMBROS.— No es indispensable para la existencia de la entidad la permanencia de los miembros originarios. Ciertamente la persona jurídica requiere, para ser, de la existencia de los seres individuales que le proporcionan el sustrato de su propia existencia, que no se mueve en un puro vacío sino que necesita un soporte humano adecuado. Pero si es indispensable para la existencia de la persona jurídica que algún ser humano se constituya en órgano suyo de actuación, no lo es en cambio que deba ser tal o cual individuo determinado y de ahí la posibilidad de que pueda variar la composición humana de quienes actúan por la entidad o benefician de ella, sin que se altere la posición jurídica de esta última.

¹⁰⁹ Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1219.

^{109 bis} Conf. Cám. Civ. Superintendencia, “J.A.”, t. 6, p. 41, y t. 10, p. 629.

¹¹⁰ Cám. Com., “J.A.”, t. 18, p. 1220.

Esto es lo que ha dejado aclarado el art. 38 que dice así: "*Será derecho implícito de las asociaciones con carácter de personas jurídicas, admitir nuevos miembros en lugar de los que hubieran fallecido, o dejado de serlo, con tal que no excedan el número determinado en sus estatutos*".

Aun cuando el precepto se refiere a las asociaciones, el principio es más general y se aplica, salvo en su parte final, a toda clase de personas jurídicas. Así el Estado, cuyos miembros son los habitantes en su territorio, y especialmente los ciudadanos, puede dictar las disposiciones pertinentes que reglamenten la admisión de nuevos individuos, con arreglo a las normas constitucionales. Igualmente la Iglesia con relación a sus fieles ¹¹¹.

1127. 5) DISCIPLINA INTERNA.— La posibilidad de relaciones jurídicas, de carácter interno, entre la entidad y sus miembros es otra derivación de la personalidad independiente de aquella con relación a estos. Trataremos del punto con referencia a las asociaciones y a las fundaciones, por los matices diferenciales que presenta según se trate de unas u otras entidades (véase *infra*, núms. 1226 y ss. y n° 1247).

II.— NOMBRE Y DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1127 bis. NOMBRE.— Como una consecuencia de la personalidad distinta de la entidad con respecto a sus miembros, surge la necesidad de su identificación bajo una denominación propia. Por esto se reconoce a las personas jurídicas, como atributo inherente a ellas, su nombre, que participa de la misma naturaleza jurídica que corresponde al nombre de las personas de existencia visible (véase *supra*, n° 399, 5): se trata, pues, de un derecho-deber de identidad.

Aun cuando los mismos particulares que suscitan a la vida la persona jurídica, son los que eligen el nombre de la entidad, no pueden hacer una elección que afecte los intereses legítimos de los demás. Por ello la Inspección General de Justicia (nombre que ahora tiene, por ley 22.315, la antigua Inspección de Justicia) que es la repartición administrativa que interviene en el trámite de la personería jurídica, no otorga la pertinente autorización legal a las entidades cuya denominación no se ajusta a las siguientes reglas: 1°) el nombre de la persona jurídica no ha de ser susceptible de confusión con el nombre de otra entidad ya existente; 2°) el nombre no ha de confundirse con el de alguna repartición oficial, por cuyo motivo está prohibido usar como elemento de la designación de la persona jurídica la palabra "nacional" ^{111 bis}; 3°) el nombre no será el de alguna persona visible aunque

¹¹¹ Conf. Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. II, n° 825, p. 463.

^{111 bis} Conf. decreto del P.E. del 23 de mayo de 1934, publicado en el *Boletín Oficial* del 1° de junio de 1934 y en "J.A.", t. 46, sec. leg., p. 39.

fuere miembro de la entidad, salvo que se agregare el aditamento “y Cía.” u otra adición proveniente del objeto o fines de la entidad.

En amparo de su nombre corresponde a las personas jurídicas las acciones de reclamación y de impugnación de nombre ^{111 bis 1}.

No es necesario precisar que lo dicho precedentemente se refiere al nombre civil, o atributo de la persona. Lo referente al nombre comercial se gobierna por otros principios que estudia el derecho mercantil.

1127 ter. DOMICILIO.— Como sujeto de derecho que es, la persona jurídica tiene un domicilio general fijado en el lugar indicado por sus estatutos o subsidiariamente en la sede de su dirección o administración. Se trata de un punto que hemos estudiado *supra*, n° 876 adonde remitimos.

Independientemente del domicilio general de la entidad, las sucursales de la casa matriz tienen un domicilio especial en el lugar del respectivo establecimiento “para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales” (conf. art. 90, inc. 4°). Remitimos a lo dicho *supra*, n° 914, sobre este particular.

III.— CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD

1128. CAPACIDAD DE DERECHO.— Para la realización de los fines que la persona jurídica se propone, ella goza de una capacidad que puede referirse tanto a los derechos patrimoniales cuanto a los extrapatrimoniales, si bien con relación a unos y otros carece la entidad de toda capacidad de adquirir derechos inseparables de la condición de ser humano, v.gr., el matrimonio, la filiación, la patria potestad, etc., todo lo cual es una imposición de la naturaleza de las cosas.

Cuando se habla de capacidad, tratándose de las personas jurídicas, se alude a la *capacidad de derecho*. La capacidad de hecho es un concepto que no conviene sino a las personas de existencia visible, pues no se puede predicar con respecto a las personas morales. En efecto tal capacidad de hecho, se plantea ante la posibilidad de sujetos que por alguna imperfección existente en ellos no están en situación de proveer por sí mismos al ejercicio de sus derechos ¹¹², y de ahí la restricción que la ley les impone en cuanto a ese ejercicio.

Ahora bien; con relación a las personas jurídicas no es posible concebir ese desdoblamiento entre la titularidad de los derechos y su ejercicio, porque desde su misma constitución cuenta con un dispositivo de actuación que permite a la enti-

^{111 bis 1} Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 686, p. 518; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 33, n° 1207, p. 457.

¹¹² Véase *supra*, núms. 564 y ss.

ad alternar en el mundo jurídico. Por consiguiente, conforme a su naturaleza, la persona jurídica por razón de su mismo carácter está dotada de dispositivos necesarios de actuación, que son incompatibles con toda eventual situación de imperfección o ineptitud para el manejo de sus derechos ¹¹³.

1129. PRINCIPIO DE CAPACIDAD.— Como las personas naturales, también las personas jurídicas están regidas en cuanto a su capacidad por el principio de libertad y amplitud. Así resulta del juego de los arts. 31 (segunda parte) y 35 del Código Civil, en cuanto el primero de esos preceptos declara que “*pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este Código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina*” el segundo agrega que “*pueden adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos*”.

Por tanto el problema de la capacidad de las personas jurídicas, debe ser resuelto en forma similar al de las personas de existencia visible (conf. arts. 52 y 53), en el sentido de que ellas pueden adquirir todos los derechos y ejercer los actos que no les sean prohibidos.

Pero, con relación a las personas jurídicas, ese principio general resulta modificado por la incidencia del principio de la *especialidad*, y por las *restricciones* impuestas por la ley o por la naturaleza de las cosas.

1130. 1) RESTRICCIONES IMPUESTAS POR EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD.— El principio de la especialidad indica que la capacidad de la persona jurídica sólo puede ejercerse en orden a los *finés de su institución*, que son aquellos que el Estado en su momento computó como conducentes al bien común, y en vista de los cuales, reconoció al ente como sujeto de derecho. Se comprende, entonces, que al margen de los fines de su institución carezca la persona jurídica de toda capacidad, porque en verdad carece también de personalidad.

Al principio de la especialidad se refiere el art. 35 del Código concebido así: “*Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido*”.

Pero es de notar que encuadrada la capacidad de la persona jurídica dentro del ámbito que emerge del principio de la especialidad —“para los fines de su institución”— ella se ejerce con amplitud respecto de toda clase de derechos, aun de

¹¹³ Véase *supra*, n° 1078, ap. b).

aquellos que no hubieren sido establecidos en el Código, con tal “que no les sean prohibidos”. Consiguientemente la alusión de este precepto a “los derechos que este Código establece” no importa negar la capacidad de la persona jurídica con respecto a otros derechos, pues ello sería hacer una indiscreta aplicación del principio interpretativo “qui dicit de uno negat de altero”. En verdad aquí el Código nada dice ni en favor ni en contra de otros derechos que pudiera adquirir la persona jurídica, los cuales deben ser conceptuados admisibles si caen dentro del principio de la especialidad, porque “para los fines de su institución” la entidad beneficia de la autonomía de su libertad para adquirir toda clase de derechos no prohibidos (conf. art. 19, Const. Nac. y arts. 1197, 1137, 1143 y 953 del Cód. Civ.).

1131.— En cuanto a la interpretación que ha de hacerse de cuál es la actividad autorizada por los fines de la institución, la doctrina ¹¹⁴ y la jurisprudencia concuerdan en el mantenimiento de un criterio amplio, habiéndose resuelto que es necesario apreciar con prudencial amplitud los fines de la entidad, en el sentido de que además de los actos jurídicos correspondientes a su objeto, también está capacitada para practicar los que por implicancia, sean requeridos para la mejor consecución de aquellos fines ¹¹⁵.

Por aplicación de este criterio debe considerarse que la persona jurídica está habilitada para encarar toda actividad más o menos relacionada con el fin de su institución, porque son las autoridades de aquélla las que deben elegir los medios adecuados para el logro de ese fin, y en orden a ese propósito practicar toda clase de actos jurídicos, v.gr., la adquisición de un inmueble para ensanche de una fábrica, aunque se tratara de una sociedad que no tuviese por objeto adquirir bienes inmuebles ¹¹⁶, o también la realización de actos jurídicos encaminados a la organización de centros culturales para el personal de una sociedad anónima, porque ello contribuye al bienestar de los empleados y obreros y redundará en un mayor rendimiento en la producción ¹¹⁷, o la concesión de préstamos al personal para la construcción de la vivienda propia.

Pero, en cambio, el principio de la especialidad impide que se desvirtúe el objeto para el cual se ha constituido la persona jurídica, v.gr., si se pretendiera convertir a una sociedad anónima constituida para explotar una mina en compañía de financiación y préstamos, o si quisiera una asociación cultural dedicarse a ejercer actos de comercio.

1132. 2) RESTRICCIONES IMPUESTAS POR LA LEY.— Aun encuadradas dentro del principio de la especialidad, las personas jurídicas ven res-

¹¹⁴ Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1229, p. 562; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 693, p. 522; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 838, p. 470.

¹¹⁵ Cám. Fed. Cap., “J.A.”, 1947-II, p. 453.

¹¹⁶ Cám. Civ. Superintendencia, “J.A.”, t. 10, p. 629.

¹¹⁷ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 693, p. 623.

tringida su capacidad para la adquisición o mantenimiento de ciertos derechos, por imperio de la ley que así lo dispone.

Es lo que ocurre, en nuestra legislación, con respecto al usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres personales que se constituyeren a favor de las personas jurídicas, derechos que no pueden perdurar más de 20 años (conf. arts. 2828, 2920, 2929, 2969, 2972 y 3004, Cód. Civ.), en tanto que tratándose de las personas visibles pueden prolongarse por un tiempo mucho mayor, hasta el término de la vida del titular.

En otros países, de ordinario por animosidad respecto de la Iglesia y sus institutos, se ha coartado la posibilidad de adquirir bienes raíces por parte de las personas jurídicas; así el Código chileno impide a las corporaciones conservar la posesión de bienes raíces, sin permiso especial de la legislatura (art. 556). Eran disposiciones adoptadas para impedir la acumulación de "mano muerta" que se consideraba antieconómica, y que tendían a cercenar el influjo de la Iglesia y sus órdenes o congregaciones religiosas ¹¹⁸.

En la actualidad todo ese régimen establecido a favor de los prejuicios anti-religiosos ha ido desapareciendo, siendo la tendencia general de la legislación favorable al amplio reconocimiento de la capacidad de las personas jurídicas ¹¹⁹.

Con todo, se discute todavía la conveniencia de dejar a las sociedades anónimas la posibilidad de adquirir bienes raíces, y en el seno de la Comisión reformadora de 1936, uno de sus miembros el Dr. Rodolfo Rivarola, auspició la idea tendiente a impedir el acaparamiento de tierras particulares en manos de sociedades de aquel tipo, la que podría lograrse convirtiendo luego de cierto tiempo el dominio de la sociedad en condominio susceptible de dividirse en forma de no obstaculizar la circulación de los bienes ¹²⁰. Pero la idea no prosperó por entenderse que podía afectar la economía general del país ¹²¹.

1133.— También se discutió por la Comisión reformadora de 1936, la posibilidad de cercenar la capacidad de adquirir bienes de los Estados extranjeros, y en este sentido Salvat y Lafaille propusieron que a continuación del actual art. 34 se agregara lo siguiente: "Sin embargo los estados extranjeros sólo podrán adquirir los inmuebles necesarios para instalar las respectivas embajadas o delegaciones". A ello se opuso Repetto, quien hizo notar que la restricción perjudicaría las buenas relaciones de cordialidad que se mantienen con

¹¹⁸ Comp. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1233, ps. 563-564.

¹¹⁹ Cód. Suizo, art. 53; Cód. alemán, arts. 21, 22 y 80; Cód. brasileño arts. 13 y ss.; Cód. español, art. 38; Cód. uruguayo, art. 17, párr. 1°. El Código colombiano que reproducía el Código chileno, fue modificado en este aspecto por la ley de 1887 que reconoció la plena capacidad de las personas jurídicas sin cortapisa alguna.

¹²⁰ Actas de la Comisión, t. I, p. 245. Discusión del art. 180, inc. 6°.

¹²¹ Ver nota anterior.

los países extranjeros. Postergada la consideración del asunto hasta obtener un informe que el Dr. Isidoro Ruiz Moreno había prometido a los proponentes, no volvió a ser considerado ¹²².

1134. 3) RESTRICCIONES PROVENIENTES DE LA NATURALEZA DE LAS COSAS.— Fuera de las restricciones de capacidad impuestas a las personas jurídicas por el principio de la especialidad y por determinación de la ley, quedan las que surgen de la sola naturaleza de las cosas, que imposibilita que aquéllas puedan ser titulares de derechos inseparables de la condición humana, tales como los de orden familiar ¹²³.

Savigny ampliaba exageradamente estas restricciones que las proyectaba para toda clase de derechos extrapatrimoniales ¹²⁴, a lo que llegaba en vista de su concepción de la persona jurídica como un sujeto del derecho de bienes creado artificialmente.

1135. PRINCIPALES DERECHOS PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.— Aun computando las restricciones puntualizadas en los números anteriores, queda a favor de la persona jurídica una esfera amplia e indefinida de actividad gobernada por el principio de la libertad ya explicado (véase *supra*, n° 1129). De ahí que cualquier acto no mentado por la ley puede ser válidamente efectuado por la entidad si está más o menos vinculado con el fin de su institución.

Entre los derechos de carácter patrimonial, de que pueden gozar las personas jurídicas, es dable mencionar principalmente, los siguientes:

1) la posesión de las cosas y la cuasi-posesión de los bienes (conf. arts. 41, 2360, 2393 y nota al art. 2400) ¹²⁵;

2) los demás derechos reales con la limitación expresada en cuanto a la duración del usufructo, uso, habitación y servidumbres personales;

¹²² Actas de la Comisión, t. I, p. 248. Discusión del art. 181.

¹²³ Conf. Michoud, L., *op. cit.*, t. II, n° 217; Salvat, R., *op. cit.*, n° 1226, p. 661. Por excepción ciertas personas jurídicas pueden ejercer la tutela sobre los menores que les han sido confiados (véase *infra*, n° 1136).

¹²⁴ Savigny, F. C. de, *Sistema de derecho romano actual*, 2ª ed., Madrid, t. II, párr. 85.

¹²⁵ Conf. Savigny, *op. cit.*, t. II, párr. 91 III; Lafaille, T., *Tratado de los derechos reales*, t. I, n° 160, p. 146; Ovejero, D., *Estudios de Derecho Civil*, Bs. As., 1935, ps. 38-58, y nota al art. 2400 Cód. Civil.

3) los derechos intelectuales en su significación patrimonial ¹²⁶, así como también las patentes de invención ¹²⁷ y las marcas de fábrica ¹²⁸;

4) los derechos creditorios, en general, sea que emanen de contratos, hechos lícitos u otras fuentes legítimas de obligaciones como el enriquecimiento sin causa ¹²⁹;

5) pueden prescribir a su favor y son también pasibles de prescripción, según lo establecido en el art. 3951;

¹²⁶ Pero creemos que las personas jurídicas carecen del derecho moral de autor, porque la paternidad intelectual de una obra es inseparable de la personalidad humana: conf. Mendilazarzu, E., *El derecho moral del autor*, "L.L.", t. 42, p. 6; Mouchet y Radaelli, *Derechos intelectuales sobre las obras artísticas y literarias*, Bs. As., 1948, t. III, p. 40. Comp. Satanowsky, I., *Puede una persona de existencia ideal ser autora de una obra cinematográfica?*, "J.A.", 1949-I, sec. doctr., ps. 68 y ss.; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 35, p. 314, n° 47; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1309, p. 117, texto nota 97, autores que no distinguen entre el derecho moral del autor y los derechos intelectuales, de carácter patrimonial, que son los contemplados, según nuestra opinión, por el art. 8° de la ley 11.723, que reconoce la propiedad de las obras anónimas pertenecientes a instituciones, corporaciones, o personas jurídicas, durante cincuenta años contados desde su publicación (reforma según el art. 1° del decreto-ley 12.063/57). Como el derecho moral del autor es lógicamente perpetuo, pues no obstante el transcurso del tiempo nadie está autorizado a alterar la composición de la obra, de aquí se infiere que la disposición no contempla el derecho moral de autor (sobre este véase *infra*, n° 1305). Borda distingue según que la obra sea o no el resultado de una creación personalísima, y atribuye el derecho moral de autor a la persona jurídica cuando la obra no tiene aquella característica, sino que proviene de la iniciativa, organización de la tarea, dirección, finalidad, etc., impuestas por la entidad. Nosotros pensamos que aun en esos casos, y establecida la paternidad intelectual de alguien sobre la obra o cierto aspecto de ella, habría que reconocer el derecho moral del autor a su favor independientemente de los derechos intelectuales de carácter patrimonial pertenecientes a la persona jurídica.

¹²⁷ Conf. Breuer Moreno, Pedro C., *Patentes de invención*, 1921, ps. 89-92. Busso observa que aun cuando la ley 111 no contiene norma expresa que confiera a las personas jurídicas la titularidad sobre patentes, tampoco hay nada que impida efectuar ese reconocimiento (*op. cit.*, t. I, art. 35, p. 314, n° 49).

¹²⁸ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, p. 315, n° 52; Breuer Moreno, P. C., *Tratado de marcas de fábricas*, Bs. As., 1937, núms. 169-170; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 691, p. 521.

¹²⁹ Conf. Corte Sup. Nac., "Fallos", t. 192, p. 153, y "J.A.", 1942-II, p. 321; *id.*, "Fallos", t. 181, p. 306, especialmente considerando 5° en la p. 325; *id.*, "Fallos", t. 181, p. 166; "J.A.", t. 53, p. 16 y "L.L.", t. 11, p. 331; *id.*, "Fallos", t. 180, p. 233, y "J.A.", t. 62, p. 26; *id.*, "Fallos", t. 179, p. 249, especialmente considerando 5°, p. 282 y "J.A.", t. 60, p. 367; *id.*, "Fallos", t. 174, p. 382, "J.A.", t. 53, p. 545, y "L.L.", t. 1, p. 736. Cám. Civ. 2°, "J.A.", t. 63, p. 177; Cám. Fed., "J.A.", t. 37, p. 592; Cám. Ap. Mendoza, "J.A.", t. 25, p. 764. Comp. Sup. Corte Bs. As., "J.A.", t. 58, p. 305, y "L.L.", t. 6, p. 401. En un caso de realización de obras de pavimentación al margen de toda regularidad administrativa se juzgó que ello importaba una inmoralidad que impedía al contratista el cobro de la obra, ni aun en la medida del enriquecimiento obtenido por la respectiva Municipalidad (Cám. Civ. 2°, "J.A.", 1942-III, p. 99, con nota discrepante de L. M. Rezzónico). Véase también Moyano, J. A., *Enriquecimiento sin causa*, "J.A.", t. 44, p. 838.

6) pueden recibir herencias y legados (conf. arts. 3621, 3734 y 3735).

1136. PRINCIPALES DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.— Entre tales derechos cabe mencionar los siguientes:

1) Ostentan los atributos inherentes a la personalidad, con excepción del estado que es peculiar de las personas visibles (véase *supra*, núms. 466 y ss.) y consiguientemente ejercen los derechos subjetivos que tienen por objeto esos mismos atributos, v.gr., derecho al nombre, etc.

2) Pueden ser comerciantes, por la forma de su constitución (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada) ¹³⁰.

3) Tienen entre los derechos de la personalidad, el derecho al honor que conviene igualmente a la naturaleza de las personas visibles o de existencia ideal. El Código Penal prevé que se pueda cometer los delitos de calumnias e injurias contra una asociación (art. 117), o sea contra una persona de existencia ideal en sentido lato, porque no hay motivo para efectuar distinción alguna al respecto. Por lo demás es unánime la opinión doctrinaria que auspicia la concesión de acciones civiles o penales a favor de las personas jurídicas, en defensa de su honor o buena fama ¹³¹.

4) No obstante carecer las personas jurídicas en general de derechos de familia, el art. 4° del Decreto-ley 5286/57, modificatorio del art. 8° de la ley 10.903, otorgó al Consejo Nacional de Protección de Menores (en la actualidad, la "Dirección General de la Minoridad y de la Familia", decreto 3687/69), en jurisdicción nacional, la tutela de todo menor confiado espontáneamente por sus padres, tutores y guardadores a un establecimiento de beneficencia privado o público. En jurisdicción provincial la tutela compete a la autoridad que se designe por quien corresponde ¹³².

¹³⁰ Ver Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 35, p. 312, n° 30.

¹³¹ Conf. Ramos, Juan P., *Delitos contra el honor*, 1939, ps. 53-68; Gómez, E., *Tratado de Derecho Penal*, 1939, t. II, ps. 276-277; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 35, p. 313, n° 35; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 690, ap. c), p. 520; Cám. Crim. y Corr., "J.A.", t. 33, p. 303. Contra: Cám. Crim. y Corr., "J.A.", t. 7, p. 537.

¹³² Se ha resuelto que cuando la persona que entrega el menor al establecimiento de beneficencia no es padre o tutor del mismo ni está autorizado para guardarlo, dicho establecimiento no adquiere la tutela (Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 27, p. 1201). Igualmente se ha considerado que el menor profeso en una orden o congregación religiosa no queda bajo la tutela de la entidad, sino que adquiere plena capacidad por extinción de la patria potestad en los términos del art. 306, inc. 2° Cód. Civ. (Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 73, p. 461).

5) Gozan de los derechos constitucionales de libertad de prensa, de libertad de asociación y de libertad de enseñanza ¹³³, porque esas garantías de la libertad individual para ser efectivas deben extenderse a los núcleos asociativos que fundan los individuos humanos.

6) Pueden crear una fundación ¹³⁴, pues no hay prohibición alguna al respecto.

7) Las asociaciones y fundaciones gozan de derechos disciplinarios respecto de terceros y en conformidad con sus estatutos ¹³⁵.

IV.— RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1137. NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD.— En general la responsabilidad consiste en la aptitud de alguien, de ser pasible de una sanción, y sanción es el comportamiento que se impone al infractor de un deber jurídico. Cuando este deber es propio del derecho civil, queda comprometida la responsabilidad civil del infractor; cuando la infracción está penada por el Código Penal, está en juego la responsabilidad penal del autor del hecho. Corrientemente un mismo hecho puede comprometer la responsabilidad civil y penal del agente, v.gr., el homicidio hace pasible al delincuente de la sanción represiva de carácter penal impuesta por los arts. 79 a 88 del Código Penal, que serán aplicables según las circunstancias del caso (responsabilidad penal); e igualmente lo obliga al resarcimiento de los daños y perjuicios que sufrieren los deudos de la víctima y a la reparación del agravio moral, que es la sanción que prevén los arts. 1066 y siguientes del Código Civil (responsabilidad civil).

Ahora bien; con relación a las personas jurídicas el problema de la responsabilidad se plantea en términos bastante diferentes a los que corresponden a la responsabilidad de las personas visibles.

Por lo pronto, la cuestión de la *responsabilidad penal* suscita graves dificultades, y aun cuando es asunto ajeno a nuestra disciplina, daremos una idea sumaria del mismo, más adelante (ver *infra*, núms. 1159-60).

Restringiéndonos a la *responsabilidad civil*, su régimen varía notablemente en función de la causa que la haya originado, distinguiéndose a este respecto la *res-*

¹³³ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 690, p. 521, aps. e) y f).

¹³⁴ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 690, p. 521, ap. g).

¹³⁵ Conf. Michoud, L., *op. cit.*, t. II, n° 214, p. 87; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 690, p. 520, ap. b).

ponsabilidad contractual de la *extracontractual*. La primera proviene principalmente del incumplimiento de un contrato celebrado por la persona jurídica; la segunda de la infracción de cualquier otro deber jurídico en que hubieren incurrido los individuos humanos que conforman con su actividad la de la propia persona jurídica (dirigentes) o que están bajo su dependencia (dependientes) y en especial los hechos ilícitos cometidos por ellos (delitos y cuasidelitos).

Trataremos de la responsabilidad contractual de esta clase de personas, y luego pasaremos a considerar su responsabilidad por los hechos ilícitos obrados por sus dirigentes o dependientes.

1138. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.— Con relación a esta clase de responsabilidad no hay dificultad alguna para su admisión. Los problemas pueden suscitarse respecto a la imputabilidad de los actos de los dirigentes de la persona jurídica a la misma entidad, lo que podrá variar según el fundamento que se atribuya a esa imputación. Pero en cambio, admitida por hipótesis la imputación, no es dudosa la consiguiente responsabilidad contractual de la persona jurídica en términos idénticos a como se plantea la misma responsabilidad de las personas de existencia visible.

Así lo expresa brevemente el art. 42: *“Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución en sus bienes”*.

Obsérvese que el precepto legal no formula distinción alguna, por lo que es dable concluir, salvo las modificaciones que resulten de la incidencia de otras disposiciones, que en principio es dable exigir a la persona jurídica la responsabilidad consiguiente a su actividad —la de sus dirigentes que se imputa a la entidad misma—. Por tanto si no cumple las obligaciones que tuviere contraídas es dable comportarse con relación a la persona jurídica del mismo modo a como podría obrarse respecto de cualquier deudor, pues aquí no se trata sino de la aplicación del derecho común.

1139. IMPUTABILIDAD DE LOS ACTOS DE LOS DIRIGENTES A LA PERSONA JURÍDICA.— Se vincula con la cuestión anterior, la de saber cuáles son los actos de los dirigentes de la persona jurídica, que comprometen la responsabilidad contractual de ésta en los términos que se acaban de ver.

Desde luego la actividad de la persona jurídica se desarrolla mediante la actuación de seres humanos que obran por ella y para ella, de tal manera que la gestión realizada por cuenta de la entidad le es imputada a la misma entidad. Pero, ¿cuáles son los principios que rigen esa imputación, o en otras palabras cuál es el criterio que permite discriminar los actos de los dirigentes de la persona jurídica para saber cuáles son los que se imputan a la entidad y consiguientemente compro-

meten su responsabilidad contractual, y cuáles otros no se imputan a la entidad y comprometen, si hubiere lugar a ella, la sola responsabilidad de los actuantes?

Este problema depende, en verdad, del punto de vista que se adopte acerca del fundamento en que se sustenta dicha imputación, tema que ha suscitado una larga polémica, no clausurada, entre quienes se atienen a la *teoría de la representación*, y quienes propician la *teoría del órgano*. Nos ocuparemos de esas explicaciones teóricas para estudiar posteriormente el sistema de nuestro Código.

1140. a) TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN.— Ésta es la explicación suministrada por los teóricos de la ficción. Conforme a su tesis las personas jurídicas carecen de voluntad por lo que deben ser asimiladas a las personas humanas también carentes de voluntad, como los niños de escasa edad o los locos. Por ello y para que puedan hacer valer su capacidad de derecho, la ley provee a unos y otros seres —los naturales carentes de voluntad por inmadurez o enfermedad mental y los ficticios por imposibilidad natural— de representantes legales, que actúan y obran en nombre de ellos; por tanto cuanto realicen esos representantes en los límites de su representación obliga y compromete a la persona representada, como en los supuestos ordinarios de mandato.

1141. b) TEORÍA DEL ÓRGANO.— Es sostenida por los partidarios de las doctrinas de la realidad, acerca de la naturaleza de las personas jurídicas.

Estos autores consideran que siendo estas personas entes reales que expresan su voluntad jurídica por medio de sus agentes, no hay un dualismo entre éstos y la entidad que permita oponer a ambos factores como polos opuestos de una relación jurídica, en el caso el mandato. No existe entre la entidad y sus dirigentes un vínculo contractual, sino una relación institucional, que proviene de la constitución y organización de la persona jurídica. Los administradores de ésta no están fuera sino dentro de ella, y ofician o actúan como órganos suyos.

1142.— Aun cuando se ha reprochado a la teoría del órgano ser “una concepción romántica desenvuelta mediante imágenes y comparaciones poéticas”¹³⁶, la verdad es que responde a la naturaleza institucional de la persona jurídica. Según nuestro criterio, siendo esta entidad un núcleo humano organizado de tal modo que cuenta con un dispositivo de poder y actuación que expresa y realiza la finalidad del núcleo, no encontramos objeción para que los seres humanos que sirven a la entidad y manejan ese dispositivo sean considerados, mientras ejercen esa función,

¹³⁶ La crítica es de Orgaz, en *Personas individuales*, p. 18, texto nota 27.

parte integrante de aquel núcleo, puesto que efectivamente lo son. Esta comprensión se muestra, en el orden práctico, útil para explicar por qué razón responde la entidad por la actuación de sus dirigentes u órganos, sea en el orden contractual o extracontractual, cuando ellos han obrado en función de tales.

Por el contrario, la teoría de la representación, si bien funciona satisfactoriamente con relación a los contratos, pues a su respecto no es dable imputar a la persona jurídica lo obrado en exceso de atribuciones por sus dirigentes que dejan de ser representantes u órganos de la entidad, según el criterio que se adopte, en la medida que se apartan de las normas que definen su función, en cambio, fracasa, por entero, cuando trata de explicar el problema de la responsabilidad de la entidad por los actos ilícitos que los dirigentes obren en el carácter de tales, llegando acerca de este punto a una solución negativa extremadamente injusta por el privilegio excepcional que viene a otorgar a la persona jurídica al eximirla de las consecuencias derivadas de la actividad nociva realizada por aquellos dirigentes ¹³⁷.

1143. NUESTRO SISTEMA LEGAL.— Está instrumentado principalmente por el art. 36 del Código, que dice así: *“Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios”*.

Salvo la frase, final, que importa un enrolamiento del codificador en la teoría de la representación, el precepto sienta un principio justo, enteramente defendible aun aceptando, como nosotros lo hacemos en pura doctrina, la teoría del órgano, puesto que el exceso obrado más allá de los límites de la función de órgano de la persona jurídica que desempeñan sus dirigentes, ya no es dable atribuirlo al ejercicio de la función en cuanto tal, desde que la excede. En otros términos, el órgano tiene señalado en las normas constitutivas de la persona jurídica la órbita de su funcionamiento, de manera que cuando la actividad de quien se desempeña en aquel carácter se desorbita, el exceso no es obra del órgano en cuanto tal, sino del individuo humano que ha determinado esa irregularidad que no puede ponerse a cargo de la entidad, que queda extraña a la desorbitación.

Con la parte final del artículo 36, en cambio, Vélez Sarsfield muestra una afiliación a la teoría de la representación, que surge de la denominación de “mandatarios” que se asigna a los dirigentes de la persona jurídica. Por lo demás conviene aclarar que ese efecto que recae sobre el representante, no se refiere a la obligación misma que se hubiere contraído, porque según el art. 1161 el contrato obrado por alguien en nombre de otro sin autorización de éste *“es de ningún valor y no obliga ni al que lo hizo”*. Pero ha de entenderse que si bien no lo obliga para efectuar la prestación prometida, puede así obligarlo al resarcimiento de los daños y perjui-

¹³⁷ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 528.

cios que sufre la otra parte por la frustración del negocio si ella “no conocía los poderes dados por el mandante” (art. 1933) ¹³⁸.

1144.— En suma, obrado algún acto a nombre de la persona jurídica con exceso de atribuciones, ello no se imputa a la entidad, sino al individuo humano que se ha desorbitado en su cometido. Pero éste nunca queda obligado a realizar lo prometido, sino eventualmente a resarcir los daños y perjuicios que sufriera la otra parte ¹³⁹.

1145.— Para apreciar cuándo hay o no desorbitación del representante hay que acudir a las normas constitutivas de la entidad, y en caso de silencio de las mismas se estará a las reglas del mandato. Así lo indica el art. 37, concebido en los siguientes términos: “Si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato”.

Consiguientemente, para saber cuáles son los poderes de los representantes de la persona jurídica, hay que consultar en primer término lo que indiquen los estatutos al respecto, y si nada dicen debe considerarse que aquéllos sólo están facultado para realizar “actos de administración” (conf. art. 1880). Sobre el concepto de los actos de administración, véase *infra*, n° 1452.

Finalmente toda duda sobre las facultades de los mandatarios, ha de resolverse en el sentido de la carencia de las atribuciones respectivas ¹⁴⁰.

¹³⁸ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, arts. 36-37, p. 328, n° 73; Salvat, R., *op. cit.*, n° 1259, ps. 567-568; Boda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 700, p. 526; Sup. Corte. Bs. As., “J.A.”, t. 46, p. 754. Enneccerus considera que el damnificado puede optar alternativamente por el cumplimiento del contrato o el resarcimiento de los daños y perjuicios (*Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, 1934, t. I, vol. 2°, párr. 170, p. 260, n° 2a), pero tal opción queda en nuestro derecho eliminada, pues el efecto del acto no recae sino en cabeza de la parte que interviene en el mismo —o sea la persona jurídica, pues quien obra por ella no es parte (véase *infra*, n° 1482)— y tal persona no queda comprometida por lo obrado al margen de las atribuciones conferidas al representante o dirigente.

¹³⁹ Tales actos se han reputado nulos (Corte Sup. Nac., “J.A.”, t. 23, p. 645; Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 72, p. 254; Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 63, p. 177) y también anulables (Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 65, p. 654). Para nosotros es un acto jurídico inexistente, pues no es acto de la persona jurídica ni es tampoco acto jurídico del representante que no ha pretendido hacer valer sus propios derechos: es simplemente un acto material de este último susceptible de comprometer su responsabilidad extracontractual a fin de indemnizar los daños y perjuicios que pudieren haber sufrido los terceros de buena fe. Por ello es que se ha decidido, con razón, que a la persona jurídica le basta con desconocer el acto, sin necesitar articular acción de nulidad alguna (Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, 1943-II, p. 294) con respecto a un acto al que ha sido ajena (Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 34, p. 94).

¹⁴⁰ Se ha resuelto que el mandato debe ser interpretado con carácter restrictivo (Cám. Civ. 2ª, “L.L.”, t. 4, p. 598; Cám. Ap. Mercedes, “J.A.”, t. 2, p. 542).

1146.— La ratificación que realizare la persona jurídica, por intermedio de sus órganos competentes, cubre toda imperfección que hubiere en lo obrado por sus anteriores representantes. Hay allí la aplicación corriente de los principios generales que funcionan indistintamente para toda clase de personas, visibles o de existencia ideal (conf. art. 1936, Cód. Civ.).

1147. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.— No obstante no resultar comprometida la persona jurídica por lo obrado por sus representantes en exceso de las atribuciones conferidas, queda sí obligada a restituir las adquisiciones recibidas por intermedio de aquéllos. Hay allí una directa aplicación del principio de derecho natural, según el cual no es legítimo retener el beneficio obtenido a expensas de otro sin causa que justifique el desplazamiento de los bienes.

La jurisprudencia ha hecho valer esta noción cuando declarándose la nulidad de lo obrado por funcionarios públicos, por razón de haberse extralimitado en su gestión, con todo se ha obligado al Estado o municipio a indemnizar a la contraparte, en la medida del beneficio recibido ¹⁴¹.

V.— RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS; JURISPRUDENCIA

1148. LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LA DOCTRINA.— Para los teóricos de la *ficción*, las personas jurídicas carecen de toda responsabilidad extracontractual, conclusión a la que llegan partiendo de la consideración de que siendo la responsabilidad la aptitud de alguien de ser pasible de una sanción, en el caso por los hechos ilícitos que cometa, no es posible imputar esa responsabilidad a las personas jurídicas, por tratarse de entes ficticios carentes de voluntad psíquica. Por lo demás se agrega, la persona jurídica es un ente de derecho sólo en el orden de su finalidad —principio de la especialidad—, de manera que estando la actividad ilícita fuera de esa órbita, todo lo que se haga en ese sentido le resulta extraño, comprometiendo sólo al agente humano que haya efectuado el entuerto. Finalmente, sin duda tal hecho ilícito excede el mandato conferido al mandatario, por lo que no cabe nunca imputarlo a la persona jurídica.

Estas consideraciones, lógicamente ceñidas a las premisas de las que parten aquellos autores, desembocan en una consecuencia completamente injusta, que se hizo gruesamente notoria con el advenimiento del maquinismo y la multiplicación de las sociedades anónimas en la actividad industrial y comercial: tales sujetos de derecho resultaban verdaderamente privilegiados, pues podían gozar de todas las ventajas de la actuación jurídica pero no quedaban, sin embargo, obligados por los perjuicios que sus agentes pudieran provocar.

¹⁴¹ Véase nota 129 de este capítulo.

Los teóricos *negadores de la personalidad* de las personas jurídicas no sostuvieron a ese respecto un criterio uniforme. Bekker no admitía la responsabilidad de las personas jurídicas, porque no puede responder quien no es ¹⁴².

Quienes como Ihering o Vareilles-Sommieres, en cambio, le imponían la responsabilidad, por motivos de equidad, entendían gravar con ella a los individuos que se han vinculado bajo la forma de la llamada persona jurídica ¹⁴³. En fin, Duguit venía a hacer funcionar esa responsabilidad haciendo jugar la idea del riesgo creado, por la cual independientemente de toda idea de personalidad aquello que había suscitado el riesgo del perjuicio debía repararlo ¹⁴⁴.

Para los teóricos de la *realidad*, hay responsabilidad de la persona jurídica porque ésta es un sustrato real cuya condición es igual en el orden jurídico a la de las personas naturales, requiriéndose para que tal responsabilidad esté comprometida que concurra: 1) la imputabilidad personal del hecho a quien obra como órgano de la persona jurídica, en razón de su culpa o dolo, salvo los supuestos de excepción en que la ley crea la responsabilidad sin falta subjetiva del agente y por la sola gravitación de otro motivo; 2) que el órgano obre en calidad de tal y en la esfera de su cometido ¹⁴⁵.

Nosotros consideramos que éste es el criterio adecuado, porque como se ha observado, la falta o imprudencia imputable al órgano de la persona jurídica que es el dispositivo personal por el cual se expresa la voluntad de la entidad, es desde el punto de vista jurídico un acto de la entidad misma que por ello ha de traer aparejada su propia responsabilidad ¹⁴⁶.

1149. LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.— En el sistema del Código de Vélez el régimen relativo a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas derivaba del armónico funcionamiento de los arts. 41, 42 y 43.

El primero de esos preceptos sienta el principio de la paridad jurídica existente entre todas las personas del derecho, sean de existencia ideal o visible, para “*intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales*”.

A renglón seguido el art. 42 del Código encara el aspecto pasivo, o contrapartida de aquella equiparación, y establece con carácter de principio general que “*las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles y puede hacerse ejecución en sus bienes*”. Entendemos que se trata

¹⁴² Bekker, citado por Dernburg, *Pandette* (trad. italiana), Firenze, 1906, t. I, n° 66, p. 191.

¹⁴³ Véase Windscheid, *Diritto dele Pandette* (trad. de Fadda y Bensa), Torino, 1902, t. I, n° 59.

¹⁴⁴ Duguit, L., *Tratado de derecho constitucional*, París, 1927, t. I, ps. 481 y ss.

¹⁴⁵ Michoud, L., *op. cit.*, t. II, n° 276.

¹⁴⁶ Hauriou, M., *Principes de droit public*, París, 1910, ps. 645 y ss.

de acciones civiles de toda laya, incluso resarcitorias de daños y perjuicios provocados por la actividad de dichas personas.

Finalmente venía el antiguo art. 43, que estaba así concebido: “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”.

Se trataba como se ve, de una excepción a la regla general de paridad jurídica sentada por los arts. 41 y 42. Pero ¿cuál era el contenido de esa excepción? A ese respecto, la doctrina no era pacífica, pudiéndose clasificar los siguientes criterios diferenciales: *a)* criterio clásico de irresponsabilidad total por hechos ilícitos; *b)* criterio amplio de responsabilidad plena salvo con respecto a delitos criminales; *c)* criterios intermedios; *d)* criterios derogatorios del art. 43. Daremos cuenta de esas opiniones, en forma sintética, y luego expondremos nuestra propia opinión ¹⁴⁷.

1150. *a)* CRITERIO CLÁSICO.— Según esta opinión sustentada por la Corte Suprema hasta el año 1921, y auspiciada por Segovia, Guastavino y Lafaille ¹⁴⁸, el art. 43, conforme a su sentido literal, excluía todo supuesto de responsabilidad proveniente de actos ilícitos, a cargo de las personas jurídicas. Para esta inteligencia, luego de haber sentado el codificador el principio general de responsabilidad en el art. 42, hizo excepción al mismo con respecto a los supuestos de delitos y cuasidelitos civiles.

Esta opinión que resulta de atribuir al codificador la adopción en todos sus términos de la teoría de la ficción, era en verdad impracticable por su notoria injusticia, ya que eximía a las personas jurídicas del resarcimiento de los daños que pudiesen causar sus dependientes, v.gr., en la vía pública por un accidente de tránsito. Para nosotros tal inteligencia del art. 43 chocaba con el principio de igualdad ante la ley, que garantiza la Constitución Nacional (art. 16), pues introducía una discriminación irrazonable entre las personas visibles y de existencia ideal con respecto a los daños provocados por sus dependientes.

En la época final de vigencia del antiguo art. 43 este criterio se estimaba superado y ya no era sostenido por autoridad alguna.

¹⁴⁷ Los desarrollos siguientes fueron realizados por el autor en su voto *in re* “La Rosario (Cía. de Seguros) c/Ministerio de Comunicaciones de la Nación”, publicado en “L.L.”, t. 93, p. 655, y en “J.A.”, 1959-VI, fallo n° 1610.

¹⁴⁸ Segovia, L., *op. cit.*, ed. 1933, t. I, p. 19, nota 8; Guastavino, *Notas al Código Civil*, t. I, arts. 42 y 43; Lafaille, H., *Curso de obligaciones*, t. II, n° 584, p. 335 y *Tratado de las obligaciones*, t. II, n° 1302, p. 405.

1151. *b) CRITERIO AMPLIO.*— Para una segunda opinión a la que había dado su mayor prestigio el doctor Arturo Barcía López, a través de una famosa tesis doctoral, y que también fue expuesta por los doctores Rómulo Etcheverry, Rodolfo Rivarola y Rómulo Etcheverry Boneo¹⁴⁹, el antiguo art. 43 sólo determinaba una exención de responsabilidad de las personas jurídicas respecto de los delitos criminales, pero dejaba subsistente esa responsabilidad con relación a los delitos y cuasidelitos civiles, por aplicación del art. 42.

¿Cómo se llegaba a esta conclusión aparentemente tan opuesta al texto del artículo que se interpretaba?

Fue el doctor Rodolfo Rivarola quien primeramente advirtió la diferencia textual entre el antiguo art. 43 y su fuente el art. 300 del *Esbozo* de Freitas. Allí donde el autor brasileño dice “sendo que”, que se puede traducir por “cuando”, Vélez puso “aunque”, pero, según esta teoría interpretativa, sin querer apartarse del régimen establecido por Freitas, a quien nuestro codificador dice haber seguido “a la letra” en la nota al título de la sección 1ª del libro 1º “in fine”. Todavía insinuaba Aguiar que pudo influir en la incorrecta traducción de “sendo que” por “aunque”, el hecho de que el Diccionario de la lengua castellana redactado por la Academia española, en el ejemplar de la 7ª edición conservado en la Biblioteca de la Universidad de Córdoba que pudo consultar Vélez Sarsfield por tener su firma auténtica, refiriéndose al vocablo “cuando” dice lo siguiente: “Modo adversativo y vale lo mismo que aunque”.

Con esta inteligencia la prohibición de ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, quedaba referida únicamente al supuesto de “delitos” —criminales, según la tesis— cometido por los miembros en común o por los administradores individualmente. Para todos los demás supuestos había lugar a responsabilidad, de acuerdo al principio general del art. 42.

De esta opinión participaban De Gásperi, Colombo, Cammarota, Acuña Anzorena y Rayces¹⁵⁰.

1152. *c) CRITERIOS INTERMEDIOS.*— En una posición intermedia se ubicaban Salvat, Llerena, Machado y Aguiar.

Para Salvat en este problema procedía distinguir la responsabilidad directa o por el hecho propio, de la responsabilidad indirecta proveniente del hecho ajeno, de los obreros y empleados. La persona jurídica no respondía en razón del hecho

¹⁴⁹ Barcía López, A., *Las personas jurídicas y sus responsabilidades por actos ilícitos*, Bs. As., 1922, ps. 421 y ss.; Rivarola, R., *Instituciones de Derecho Civil argentino*, t. I, n° 17, p. 35, n° 1; Etcheverry Boneo, R., *Curso de Parte General*, t. II, n° 425, p. 327.

¹⁵⁰ De Gásperi, L., *Tratado de las obligaciones*, ed. Depalma, 1946, t. II, párr. 1434, *in fine*, p. 656; Colombo, L., *Culpa aquiliana*, 2ª ed., n° 143 “in fine”, y n° 144, ps. 436-441, n° 145, p. 42; Cammarota, A., *Responsabilidad extracontractual*, t. II, n° 609, p. 614, nota 24; Acuña Anzorena, A., su nota en “J.A.”, t. 52, p. 428; Rayces, A., *Responsabilidad delictual de las personas jurídicas*, en nota al fallo ya citado en nota 147, publicado en “J.A.”, 1959-I, fallo n° 1610.

propio, que es el obrado por los miembros y administradores de la entidad, pero sí respondía por el hecho ajeno, es decir, por los daños causados por los individuos que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirven, o que tienen a su cuidado, según el art. 1113 del Código Civil ¹⁵¹.

Tal distinción entre el hecho ilícito propio y el hecho ilícito ajeno ha sido objetada como incompatible con nuestro régimen legal, puesto que —se dice— para caracterizar el hecho ilícito es un elemento indispensable la intención culpable o dolosa del agente (conf. arts. 1067, 1072, 1077 y 1109), calificación que no es dable predicar de la persona jurídica, la que en cuanto tal, no puede incurrir en esas fallas psicológicas ¹⁵².

Por su parte, Llerena y Machado, sin formular la distinción efectuada por Salvat, sostenían que las personas jurídicas respondían por los cuasidelitos pero no por los delitos ¹⁵³.

Semejante a la anterior es la postura de Aguiar, quien comenzaba por señalar que era el art. 42 el que determinaba el régimen básico referente a la responsabilidad de las personas jurídicas, siendo el antiguo art. 43 la excepción a aquella regla general ¹⁵⁴. Para fijar el ámbito de vigencia de esa excepción se atenía Aguiar al sentido que cobra el antiguo art. 43 a la luz de su inmediato antecedente, el art. 300 del *Esbozo* de Freitas, y concluía que sólo era irresponsable la persona jurídica respecto de los delitos criminales o civiles cometidos por sus administradores, por ser ésa la hipótesis prevista por aquella disposición (sustituyendo el “aunque” por el “cuando”, como correspondía), la que por constituir “una excepción a la regla consagrada por el art. 42, no se ha de aplicar ni por paridad de motivos, ni por causa alguna, a otros casos ni a otras personas que a los expresamente comprendidos en ella” ¹⁵⁵.

“La conclusión que se impone —según diciendo Aguiar— es que la persona jurídica, únicamente ‘no responde’ por los daños y perjuicios ocasionados por delitos de sus miembros o administradores, como tampoco por los generados por cuasidelitos de los mismos, cuando éstos revisten al mismo tiempo el carácter de delitos del derecho penal, ya que en los términos ‘crímenes’ y ‘delitos’ empleados por Savigny, estaban incluidos unos y otros” ¹⁵⁶.

¹⁵¹ Salvat, R., *op. cit.*, núms. 1253-1254, ps. 575-577.

¹⁵² Conf. Aguiar, H., *Hechos y actos jurídicos*, ed. 1950, t. III, n° 116, p. 140; Acuña Anzorena, A., *Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos de sus dependientes*, “J.A.”, t. 52, p. 428.

¹⁵³ Llerena, B., *op. cit.*, t. I, ps. 106 y ss., n° 8, p. 116, n° 2; Machado, J. O., *op. cit.*, quien en su obra *El Código Civil argentino interpretado por los tribunales de la República*, t. I, p. 44, nota 36 al art. 42 adhirió a este criterio pese a haberse expedido en forma poco clara en su anterior libro y más conocido *Exposición y comentario del Código Civil*, t. I, ps. 91 y ss.

¹⁵⁴ Aguiar, H., *op. cit.*, en nota 152, t. III, n° 118, ps. 144-145.

¹⁵⁵ Aguiar, H., *op. cit.*, t. III, n° 121, p. 155.

¹⁵⁶ Aguiar, H., *op. cit.*, n° 121 “in fine”, p. 156.

1153. d) CRITERIOS DEROGATORIOS DEL ANTIGUO ART. 43.— En esta línea interpretativa que prescindía lisa y llanamente de lo dispuesto en el art. 43 sin acordarle juego alguno dentro del ordenamiento, se ubicaban Spota y Borda.

Spota coincidía con varios autores ya citados en que el tenor del art. 43 del Código Civil había de ser comprendido según la significación de su fuente, el art. 300 del *Esbozo* de Freitas, como se desprende de los desarrollos que dedica al punto en su *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 34, n° 1363, ps. 284 a 286.

Pero entendía que aun así, la aludida disposición “debe recibir una interpretación correctora con las normas que reglan, en el propio Código Civil, la responsabilidad aquiliana por el hecho propio, como por hecho ajeno o daño derivado de las cosas (arts. 1109, 1112, 1113 y 1133). Para esto coadyuva la teoría del órgano en cuanto hemos de pensar que los actos de aquellos que estatutaria y legalmente obran ‘por’ la persona jurídica son actos ‘de’ la persona jurídica, se trate de actos jurídicos o de actos ilícitos, de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual, en cuanto hayan sido realizados en la esfera real o aparente de la incumbencia o aun en ocasión o con motivo del encargo dado” ¹⁵⁷.

Para Spota lo que importaba para excluir la responsabilidad de la persona jurídica era apreciar si el daño causado por el agente, representante o dependiente de ella, lo había sido mediante una actividad totalmente “separable” de la incumbencia o función de aquél, pues si así no hubiese sido la responsabilidad de la persona estaba siempre comprometida ¹⁵⁸.

A nosotros nos pareció el criterio de Spota muy interesante para establecer la actividad del dependiente, en general, que es dable imputar al principal, sea éste persona visible o ideal. Pero consideramos que para admitir la responsabilidad de la persona jurídica, en especial, había que dar otro paso más que se hiciera cargo de la conducta mentada por el antiguo art. 43 para saber cuál es el supuesto de exclusión de responsabilidad que allí se prevé, el que no podía ser referido, por la sola voluntad del intérprete, a los actos extraños a la incumbencia o función del causante del daño; pues es claro que con ese sentido se excluía una responsabilidad genérica del principal —fuere persona visible o ideal— pero no una responsabilidad específica de la persona jurídica, en cuanto tal. Llegar a esa conclusión, tan ajena a la significación del texto, valía tanto como borrarlo lisa y llanamente ^{158 bis}.

1154.— A esto último es a lo que llegaba sin ambages Borda, quien desestimaba la argumentación basada en una rectificación de la letra del art. 43 del Código Civil, entendiendo que ella era “especiosa y en verdad no resiste el menor aná-

¹⁵⁷ Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1363, p. 285.

¹⁵⁸ Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1401, p. 385, y especialmente núms. 1408 y ss., ps. 436 y ss. También en su nota en “J.A.”, 1956-III, p. 345 extractado en “J.A.”, 1959-IV, en nota al fallo n° 1610.

^{158 bis} Conf. con la crítica del texto a la posición de Spota: López Olaciregui, J. M., su anotación a Salvat, R., *Parte General*, *op. cit.*, t. I, n° 1257-A, p. 1000, XIII.

lisis crítico”¹⁵⁹. Según su punto de vista la intención del codificador estaba clara: quiso apartarse del antecedente de Freitas y “rechazó de plano la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, fuera por delitos o cuasidelitos”^{159 bis}.

Con todo, y aun asignándole al antiguo art. 43 la inteligencia que surge literalmente de sus términos, Borda no se resignaba a soportar una directiva “anacrónica e intolerable”¹⁶⁰. Decía que la “norma establece una solución que la experiencia jurídica ha demostrado ser injustísima e intolerable”¹⁶¹, e incompatible con lo dispuesto por los arts. 1113, 1124 y 1133, a cuyo respecto no se veía por qué razón habría de recaer la responsabilidad que establecen sobre las personas humanas y no sobre las jurídicas. “Dándole una aplicación general a estas normas los tribunales han concluido por prescindir del art. 43, aun en lo que atañe a los delitos. Este artículo debe tenerse por no escrito en nuestro derecho positivo: la jurisprudencia lo ha derogado”¹⁶².

1155. *e) NUESTRA OPINIÓN.*— Nosotros consideramos, en su momento, que la interpretación literal del antiguo art. 43 era inaceptable. En primer lugar, porque era inconstitucional al crear una discriminación irrazonable entre personas visibles y de existencia ideal en lo concerniente a la “responsabilidad refleja”. En segundo lugar, porque sería la regla excepcional (la del antiguo art. 43) contradictoria, por la latitud de esa comprensión, de la regla general (la del art. 42) e incongruente con ella. Finalmente, porque conduciría a resultados gravemente injustos, lo cual es bastante para apartar una interpretación legal, por diáfana que parezca, ya que como bien se ha dicho, “no es posible que el intérprete maneje los artículos del Código en estado de indiferencia por los resultados”¹⁶³.

Pero, sentado ese punto, no por ello había de eliminarse el texto así desinterpretado. La injusticia de la interpretación obligaba a apartar ésta, pero no al texto interpretado, al que había que comprender de manera que su significación fuese desde luego justa, pero además congruente con las otras disposiciones legales con las cuales estaba necesariamente ligado, para que fuere satisfecha esa apetencia de razón suficiente en que se apoya

¹⁵⁹ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 702, p. 481.

^{159 bis} Borda, G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁰ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 702, p. 480.

¹⁶¹ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 702, p. 482.

¹⁶² Borda, G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*, nota anterior.

¹⁶³ Fornieles, S., nota en “J.A.”, 1943-VI, sec. doctr., p. 12, n° 4, también extractada en “J.A.”, 1959-VI, en nota al fallo n° 1610; conf. Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 1°, n° 29, p. 78; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 190, p. 159 y n° 201, ps. 168-169. Comp. por el alcance exageradamente subjetivo que se da a la labor del intérprete, Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, núms. 231 y 232, ps. 126-127.

la Justicia: “El jurista —dice Renard— tiene dos misiones que cumplir. Primeramente habrá de preguntarse si la solución es justa, por lo mismo que el sabio se pregunta en primer lugar si es verdadera. Después de esto tiene la facultad y aun el deber de buscarle un lugar, y si no lo encuentra, lejos de incriminar a la solución, incriminará a la anaquelería y la enmendará” ¹⁶⁴.

Sin duda era conveniente sacar el antiguo art. 43 de un casillero inapropiado —el que surge de la letra de la disposición—, pero había que encontrarle el lugar adecuado, en el cual la regla que contiene pudiera funcionar apropiadamente. Al intérprete le está vedado el recurso de la derogación legal, que no ha de confundirse con el remedio heroico que resiste la aplicación del derecho injusto, porque por esta misma calidad deja de ser derecho, pasando a ser un no-derecho.

Pero no era ese el caso del antiguo art. 43 del Código Civil, que si bien con algún artificio podía quedar reducido a un ámbito limitado dentro del cual funcionaba satisfactoriamente, salvándose con ello al propio tiempo los fueros de la justicia y la integridad del orden legal.

Coincidimos con Rivarola, Barcía López, Aguiar, De Gásperi, Colombo y Spota en que el aludido texto legal había de plegarse al sentido literal del art. 300 del *Esbozo*, para que la norma que contiene no se desorbitara dando lugar a soluciones injustas. De ahí que donde decía “aunque” debía leerse “cuando”. Sin duda era una triste necesidad poner la mano en la misma fórmula de la ley, pero con todo era preferible imponerle ese leve retoque consistente en la sustitución de una palabra por otra usada por el autor “seguido a la letra” por el codificador, según éste confiesa en la nota inicial de este título, antes que subrogarse al legislador y decretar la abrogación de todo el precepto de cuya interpretación se trataba.

Aplicando ese criterio y restituyendo al antiguo art. 43 su significación adecuada, resultaba que la exclusión de responsabilidad de las personas jurídicas, allí mentada se refería a la sola hipótesis de delitos cometidos por “los miembros en común a sus administradores individualmente”, con relación a los cuales se predicaba una prohibición de hacer valer las respectivas “acciones criminales o civiles por indemnización de daños”, según se tratara de hacer efectiva una responsabilidad penal o civil.

Ahora bien: ¿cuáles eran los “delitos” mentados por el antiguo art. 43? En nuestra opinión eran los hechos que recibían esa denominación en el cuerpo legal que integraba el precepto cuyo esclarecimiento se buscaba o

¹⁶⁴ Renard, G., *Introducción filosófica al estudio del derecho*, t. II, “El derecho, la lógica y el buen sentido”, p. 170.

sea, “los actos ilícitos ejecutados a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro” (cfr. art. 1072, Cód. Civ.).

En suma, consideramos que subsistía la responsabilidad de la persona jurídica si se trataba de cualesquiera otros hechos que no fueran *delitos civiles* cometidos por los administradores de la entidad, tales como: cuasidelitos obrados por esos mismos administradores, aun cuando configurasen delitos criminales; daños causados por dependientes, que no fueran administradores o dirigentes de la entidad; daños provenientes de las cosas de que la entidad se sirviera, o que tuviera a su cuidado, o de propiedad de ella, o causados por animales suyos, etc.

1156.— En los precedentes desarrollados nos hemos referido siempre a la oposición entre delitos y cuasidelitos civiles, sin atender a que unos u otros pudieran configurar delitos criminales. Es que según nuestra opinión, esta última circunstancia era en principio irrelevante, en el régimen de la responsabilidad civil, que es independiente del referente a la responsabilidad penal (véase *infra*, n° 1434).

Es cierto que el art. 43 del Código Civil negaba acción criminal contra la persona jurídica por delitos cometidos por sus miembros o administradores: había allí una invasión de la materia propia del Código Penal, que es el cuerpo legal que debe definir, para mantener el principio de “exclusividad” característico de las codificaciones científicas, cuándo hay lugar a responsabilidad penal de las personas jurídicas y consiguientemente cuándo es viable la acción criminal pertinente.

Esa impropia regulación de la responsabilidad penal por intermedio del Código Civil era tan impropio del punto de vista técnico, como la que llegó a efectuar el Código Penal de la responsabilidad civil al imponer la solidaridad a todos los autores de un cuasidelito que configurase un delito criminal, en su art. 31 ¹⁶⁵.

1157. JURISPRUDENCIA.— Es muy interesante seguir la evolución de la jurisprudencia de los tribunales, y especialmente de la Corte Suprema, sobre esta materia, en la que los pronunciamientos del alto tribunal desde más de 40 años corroboraron la interpretación que hemos aceptado del antiguo art. 43.

¹⁶⁵ Sobre la responsabilidad no solidaria de los co-autores de un cuasidelito en el sistema del Código anterior a la ley 17.711 véase el voto del autor con adhesión del Dr. R. de Abelleyra *in re*: “Cámara de Pilippa c/Massardi”, publicado en “L.L.”, t. 93, p. 372, y especialmente nuestro voto disidente en el fallo plenario de la Cámara Civil, inserto en “L.L.”, t. 120, p. 774, “J.A.”, 1966-I, p. 131 y “E.D.”, t. 13, p. 145, al cual adhirió los Dres. M. Calatayud y R. de Abelleyra. Es claro que cuando el hecho había sido inculcado en sede penal la responsabilidad se convertía en solidaria por la deplorable incidencia del art. 31 del Código Penal en el sistema de la responsabilidad civil. Remitimos a lo dicho en aquel voto al respecto.

a) Hasta el año 1921, la Corte no admitió la responsabilidad civil de una persona jurídica por los hechos ilícitos obrados por sus dirigentes o dependientes ¹⁶⁶.

b) En el año mencionado, ese tribunal reconoció la responsabilidad de una persona jurídica dedicada a la actividad naviera, por los daños imputables a la culpa de sus empleados, sin hacer explícita invocación de los arts. 1109 y 1113 ¹⁶⁷. Con ello interpretó tácitamente que el antiguo art. 43 no impedía hacer efectiva la responsabilidad indirecta del principal por el hecho de sus dependientes.

c) En el caso “Devoto y Cía. c/Gobierno Nacional”, resuelto en el año 1933, se extendió aquella solución con relación al Estado. Aquí la Corte se refirió expresamente a la responsabilidad refleja o indirecta emergente de los arts. 1109 y 1113, por el hecho de los dependientes, pero no contempló la posible incidencia del antiguo art. 43, sin duda por entender acertadamente que este precepto no obstaba a la admisibilidad de aquella responsabilidad ¹⁶⁸.

d) En el año 1937, la Corte falló el caso “Quiding c/Gobierno Nacional”, referente a una demanda por daños y perjuicios provenientes de un accidente de tránsito provocado por un vehículo del Ministerio de Marina. Aun cuando la sentencia es sumamente breve, tiene importancia porque descarta la incidencia en el caso del antiguo art. 43, en virtud de no tratarse de un delito, y admite el reclamo por haber declarado el tribunal en los casos de “Fallos”, t. 111, p. 338 y t. 113, p. 111, el derecho de los particulares a reclamar indemnización en supuestos análogos ¹⁶⁹. Esta misma doctrina fue aplicada en varios fallos posteriores ¹⁷⁰.

e) En el célebre caso “F. C. Oeste c/Pcia. de Buenos Aires” ¹⁷¹ resuelto en el año 1938, se discutió y admitió la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios ocasionados por la expedición de un certificado erróneo del Registro de la Propiedad.

¹⁶⁶ La jurisprudencia en este sentido era abundantísima, v.gr.: C.S.N., “Fallos”, t. 29, p. 249; t. 52, p. 317; t. 78, p. 371; t. 90, p. 324; t. 95, ps. 33 y 190; t. 96, p. 39; t. 99, p. 139; t. 133, p. 14; t. 118, ps. 278 y 402; t. 124, p. 316; t. 130, p. 62; etcétera.

¹⁶⁷ C.S.N., en “J.A.”, t. 7, p. 513.

¹⁶⁸ C.S.N., “Fallos”, t. 169, p. 111, y “J.A.”, t. 43, p. 417, con nota discrepante de Bielsa por haberse resuelto conforme a las reglas de derecho privado.

¹⁶⁹ C.S.N., “J.A.”, t. 58, p. 20. Es de notar que al extractarse este caso en la nota que obra al pie de fallo n° 1610 en “J.A.”, 1959-VI, se dice que “la Corte consideró que por no tratarse de un delito o cuasidelito, no era de aplicación el art. 43, Cód. Civ.”, pero en verdad, la Corte sólo dijo “que tampoco se trata de un delito, para que sea aplicable el art. 43, Cód. Civ.”. Por cierto el hecho configuraba un cuasidelito.

¹⁷⁰ Así en “Fallos”, t. 182, p. 210 “J.A.”, t. 64, p. 310; *id.*, t. 210, ps. 265 y 766; *id.*, t. 211, p. 1199; *id.*, t. 210, ps. 1103 y 1199.

¹⁷¹ C.S.N., “Fallos”, t. 182, p. 5 (“J.A.”, t. 64, p. 6, con nota de Bielsa; “L.L.”, t. 12, p. 123, con nota de Spota).

El tribunal entendió que el Estado había obrado no como persona jurídica sino como poder público, por lo que dejó de lado el antiguo art. 43 y aplicó los arts. 625 y 630 y asimismo los arts. 1112 y 1113, siempre del Código Civil.

La misma doctrina aplicó la Corte en otras sentencias que consideraron la hipótesis de certificaciones erróneas expedidas por los registros inmobiliarios: "Saslavsky c/Prov. de Córdoba" ¹⁷²; "Dupré c/Pcia. de Buenos Aires" ¹⁷³; "Pérez Ortiz c/Pcia. de Salta" ¹⁷⁴; "Banco de Galicia c/Prov. de Bs. As." ¹⁷⁵; "Butevand y Cía. c/Prov. de Buenos Aires" ¹⁷⁶.

f) La especie precisa del daño culposo causado por un dependiente del Estado, obrado durante el desempeño de las funciones encomendadas, ha sido invariablemente decidida por la Corte, desde 25 años atrás admitiendo la responsabilidad del principal, de acuerdo a los arts. 1109 y 1113 del Código Civil: así en los juicios "Weiss c/Gobierno Nacional" ¹⁷⁷; "Albertini c/Gobierno Nacional" ¹⁷⁸; "Industriales Unidos c/Prov. de Buenos Aires" ¹⁷⁹; "Alfaya c/Prov. de San Juan" ¹⁸⁰; "Belleza c/Gobierno Nacional" ¹⁸¹, y varios casos más que examinaremos en los apartados siguientes.

g) En el caso "Etchegaray y otros c/Gobierno de la Nación" se responsabilizó civilmente al Estado por la muerte de un fugitivo causada por un agente de policía "con motivo del ejercicio de su autoridad y en el desempeño de sus funciones" ¹⁸².

Iguales principios mantenidos en "Iwaczyczsyn c/Prov. de Buenos Aires" ¹⁸³; "Susan c/Prov. de Santa Fe" ¹⁸⁴, y "Valcárcel c/Gobierno Nacional" ¹⁸⁵.

h) En el caso "Rabanillo c/Gobierno Nacional" tuvo oportunidad la Corte de considerar la responsabilidad del principal —en el caso, el Estado— por el hecho de sus dependientes y estableció que para que estuviera comprometida el dependiente debía obrar en el ejercicio de su función o con motivo de su desempeño, no

¹⁷² C.S.N., "Fallos", t. 190, p. 465 ("J.A.", t. 75, p. 812; "L.L.", t. 24, p. 290).

¹⁷³ C.S.N., "J.A.", 1942-II, p. 760, con nota de J. I. Lezana; "L.L.", t. 26, p. 691.

¹⁷⁴ C.S.N., "Fallos", t. 205, p. 365 ("L.L.", t. 43, p. 733).

¹⁷⁵ C.S.N., "Fallos", t. 211, p. 342 ("J.A.", 1948-II, p. 700; "L.L.", t. 51, p. 332).

¹⁷⁶ C.S.N., "Fallos", t. 210, p. 346 ("L.L.", t. 50, p. 281; "J.A.", 1948-I, p. 718).

¹⁷⁷ C.S.N., "J.A.", t. 76, p. 963 y "L.L.", t. 25, p. 580.

¹⁷⁸ C.S.N., "J.A.", t. 76, p. 1012.

¹⁷⁹ C.S.N., "J.A.", 1942-I, p. 255, y "L.L.", t. 25, p. 196.

¹⁸⁰ C.S.N., "L.L.", t. 27, p. 859, y "J.A.", 1942-III, p. 571.

¹⁸¹ C.S.N., "Fallos", t. 196, p. 10 ("L.L.", t. 31, p. 336, y "J.A.", 1943-III, p. 62).

¹⁸² C.S.N., "Fallos", t. 190, p. 457 ("J.A.", t. 75, p. 983, con nota de Spota; "L.L.", t. 24, p. 82, con nota de Bielsa).

¹⁸³ C.S.N., "L.L.", t. 31, p. 823, y "J.A.", 1943-III, p. 604, con nota de Spota.

¹⁸⁴ C.S.N., "J.A.", 1946-III, p. 560, y "L.L.", t. 44, p. 775.

¹⁸⁵ C.S.N., "L.L.", t. 42, p. 457.

bastando que el acto ilícito se hubiese efectuado por el agente sólo con ocasión de sus tareas ¹⁸⁶.

i) Desde entonces la Corte ha resuelto varios casos en los cuales se puso en tela de juicio la responsabilidad de las personas jurídicas —en especial del Estado— por hechos culposos de sus dependientes, en todos los cuales se pronunció por la admisión de esa responsabilidad ¹⁸⁷.

Pero es de notar que en todos esos casos se trató de cuasidelitos o de delitos civiles obrados por empleados u obreros de la persona jurídica, por lo que no se puede saber cuál habría sido la conclusión del tribunal si se hubiese discutido acerca de delitos civiles o cuasidelitos realizados por los administradores de la entidad pretendidamente responsable, que era de quienes se ocupaba, en verdad, el antiguo art. 43 del Código Civil.

Por nuestra parte, aprobamos esta jurisprudencia de la Corte que nunca llegó a admitir la responsabilidad de las personas jurídicas por los daños causados por delitos civiles o cuasidelitos realizados por los administradores de la entidad, o sea, por las personas que concurren con su voluntad a determinar la actividad que habrá de imputarse a aquélla.

Y según ya hemos expresado en el n° 1155, no mediaba objeción para que los cuasidelitos de los administradores comprometieran la responsabilidad de la persona jurídica administrada, pero sí la había para que se siguiera esa consecuencia tratándose de delitos civiles, por la ineludible vigencia del antiguo art. 43 que eliminaba la responsabilidad de la entidad en ese supuesto.

1158.— La jurisprudencia de los tribunales civiles de la Capital Federal mantuvo iguales principios a los sustentados por la Corte Suprema ¹⁸⁸.

¹⁸⁶ C.S.N., "Fallos", t. 203, p. 30 ("J.A.", 1946-I, p. 68, y "L.L.", t. 43, p. 891, con nota de Spota, A. G., quien critica la distinción introducida por el tribunal entre lo obrado por el dependiente en el ejercicio de su función o con motivo de su desempeño y lo obrado con ocasión de sus tareas. (Ver también de este autor, *Tratado...*, t. I, vol. 34, n° 1413, ps. 448 y ss.). Sin embargo, era una distinción apropiada.

¹⁸⁷ C.S.N., "L.L.", t. 42, p. 403, y "J.A.", 1946-II, p. 369; *id.*, "Fallos", t. 208, p. 343 ("L.L.", t. 48, p. 73); *id.*, "L.L.", t. 52, p. 645; *id.*, "J.A.", 1948-II, p. 99, y "L.L.", t. 50, p. 609; *id.*, "Fallos", t. 210, p. 445; *id.*, "L.L.", t. 52, p. 135; *id.*, "Fallos", t. 216, p. 632; *id.*, t. 224, p. 699; *id.*, t. 227, p. 736; *id.*, "L.L.", t. 89, p. 394; Conf. Cám. Fed. Cap., "L.L.", t. 100, p. 486; *id.*, *id.*, t. 82, p. 463; Cám. 2° La Plata, "J.A.", 1944-II, p. 588; *id.*, Sala II, "L.L.", t. 102, p. 467.

¹⁸⁸ Cám. Civ., Sala "B", "L.L.", t. 83, p. 185; *id.*, Sala "A", "L.L.", t. 89, p. 189; *id.*, Sala "D", "L.L.", t. 91, p. 620; *id.*, Sala "A", "L.L.", t. 93, p. 655 y "J.A.", 1959-VI, fallo n° 1610, donde el autor ya consignó sus ideas al respecto, las que contaron con la adhesión del doctor Rodolfo de Abelleyra. Es de notar que para este camarista el antiguo art. 43 debía ser interpretado en el sentido explicado en el texto, aun cuando se mantuviese la redacción del precepto. (Véase su voto en "L.L.", t. 93, p. 662). En cambio el doctor Borda sostuvo, en disidencia, su ya explicada opinión (véase *supra*, n° 1154).

1158 bis. LA LEY 17.711 Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.— En los números 1149 - 1158 hemos expuesto toda la elaboración doctrinaria y jurisprudencial que se había efectuado en nuestro país para adecuar los términos del antiguo art. 43 a una significación justa. Esa disconformidad literal existente entre el texto legal y la comprensión doctrinaria y jurisprudencial, a que hemos aludido, imponía la modificación del art. 43 del Código Civil, que el legislador de 1968 encaró aunque en su cometido fue mucho más allá de la conclusión a que había llegado, pacíficamente, la doctrina.

Según el nuevo art. 43, primera parte, “*las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones*”.

La fórmula “en ejercicio o con ocasión de sus funciones”, ahora empleada, no puede aprobarse. Ella es impropia y excesiva: *impropia*, porque la mención del ejercicio sobra, por quedar siempre comprendido en la alusión a la ocasión de la función, de modo que con decir esto, ya se dice todo; y *excesiva*, porque la responsabilidad del comitente no tiene razón de ser sino en el “ejercicio” del respectivo cometido, o sea, en tanto y cuanto el agente obra en el ámbito de la incumbencia, criterio que es el adecuado para definir la responsabilidad del principal por los hechos obrados por sus dependientes que pueden constituir un engranaje anónimo de la maquinaria de la empresa ^{188 bis}, y con mayor razón lo es cuando se lo aplica a quienes conforman con su actividad la de la entidad que dirigen o administran. El obrar de éstos sólo puede ser imputado a esa entidad cuando es practicado “en el ejercicio de la función”, pues sólo entonces el agente actúa como “órgano” de la persona jurídica, no cuando obra sólo “con ocasión” de esa función, supuesto éste en que carece de razón suficiente la imputación del daño a la entidad. Con el criterio ahora sancionado la persona jurídica, sociedad civil (arg. nuevo art. 33, segunda parte, inc. 2º) o simple asociación civil o

^{188 bis} Véase nuestro voto con adhesión del doctor de Abelleyra en el juicio “Albarellos de Lange c/Dorignac”, publicado en “L.L.”, t. 112, p. 378. Es de recordar cuál era la fórmula que empleaba el Anteproyecto de Código Civil de 1954 para caracterizar la responsabilidad del principal por los actos del dependiente. A ese respecto, el art. 1082 de ese Anteproyecto estaba concebido así: “Quienquiera responde por el acto ilícito imputable a su dependiente efectuado en el desempeño de la incumbencia asignada”. En la nota respectiva señalábamos que esa responsabilidad era inexcusable conforme al criterio sentado por Aguiar, Barcia López y Galli, con lo cual nos apartábamos de la comprensión que de este asunto habían efectuado Bibiloni y la Comisión Reformadora de 1936 quienes admitieron la posible excusa de responsabilidad. Para fundar la inexcusabilidad de responsabilidad nos remitimos a lo que hemos expresado en nuestro trabajo titulado “El derecho no es una física de las acciones humanas”, publicado en “L.L.”, t. 107, p. 1015.

religiosa (igual arg. y nuevo art. 46), responderá por los daños ocasionados en accidentes “in itinere” provocados por sus dirigentes o administradores.

Nada justifica semejante latitud en la responsabilidad de las personas jurídicas, o de las personas de existencia ideal propiamente dichas, incluso simples asociaciones civiles o religiosas. No era ése, por cierto, el criterio que mantuvieron los proyectos anteriores de reforma del Código Civil ^{188 bis 1}.

1158 ter. RESPONSABILIDAD INDIRECTA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.— Según el nuevo art. 43, segunda parte, las personas jurídicas “*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»*”.

Esto significa que la responsabilidad refleja o indirecta de las personas jurídicas es idéntica a la de las personas de existencia visible, todas las cuales quedan regidas por los principios comunes a ellas que establece el nuevo art. 1113 del Código Civil.

^{188bis1} Bibiloni reproducía incomprensiblemente la redacción del art. 43 y a renglón seguido abría la responsabilidad de las personas jurídicas “por los hechos de sus representantes y empleados, ejecutados en ejercicio de sus funciones o tareas, realizando actos del resorte directo de la persona jurídica” (art. 163, segunda redacción). La Comisión de 1936 eliminó con acierto el viejo art. 43 y lo sustituyó por una norma precisa y equilibrada: “Las personas jurídicas responden del daño que sus representantes o agentes ocasionen a terceros, por hechos o actos realizados en el ejercicio de sus funciones, que obliguen al resarcimiento” (art. 81 del Proyecto de 1936). En fin, el Anteproyecto de 1954 mantuvo en tener esta fórmula sustituyendo el concepto de *daños ocasionados* por el de *daños causados*, que es lo correcto para evitar que se pueda entender que el hecho que sea causa ocasional de un daño, pueda abrir la responsabilidad del autor de ese hecho. El art. 105, primera parte, del Anteproyecto de 1954 dice: “Las personas jurídicas responden del daño que sus representantes o agentes causen a terceros por hechos realizados en el ejercicio de sus funciones, que obliguen al resarcimiento”. Igual concepto sobre la responsabilidad por el daño causado en el ejercicio de la función sienta el art. 93 del Anteproyecto De Gásperi del año 1954, para la República del Paraguay. Todo ello, muestra que la innovación de la ley 17.711, relativa a la responsabilidad por daños causados “con ocasión de la función”, se aparta de los anteriores proyectos de reforma, en nuestra opinión, con escaso acierto.

Sobre la irrelevancia jurídica de la “causa ocasional” en la teoría de la responsabilidad civil, véase nuestro voto en el fallo plenario de la Cám. Civil, dictada en la causa “Brezca de Levy c/Gas del Estado”, publicado en “J.A.”, 1966, p. 131, o “L.L.”, t. 120, p. 774, o “E.D.”, t. 13, p. 145; también el capítulo “Relación de causalidad” de nuestro *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, ps. 335 y ss., especialmente nota 13.

VI.— CUESTIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL. LEYES ESPECIALES

1159. LA CUESTIÓN ES AJENA AL DERECHO CIVIL.— El asunto referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es extraño al derecho civil, pues por definición corresponde al derecho penal regular todo lo relativo a aquella especie de responsabilidad.

Sin duda, el punto de vista clásico, expresado especialmente por Savigny, era contrario a la admisión de esa responsabilidad que se suponía sólo existente en el ser humano por corresponder a la aptitud moral de controlar las propias acciones para que ellas no se erijan en promotoras del mal ajeno. Por lo demás, se decía, la responsabilidad penal gira en torno al principio de identidad del delincuente y el condenado, al que no es posible atenerse si se trata de las personas jurídicas, que no pueden ser castigadas por faltas moralmente imputables a otros sujetos de derecho, los que han obrado sólo como representantes o dependientes de la entidad.

La doctrina moderna ha ensayado la refutación de varias de esas consideraciones y especialmente la última, señalando que si bien sólo el individuo humano es pasible de una pena privativa de libertad, con todo hay otras sanciones, como la pena de multa, el retiro de personería jurídica o la caducidad de concesiones de Estado, que pueden convenir a las personas jurídicas ¹⁸⁹.

1160.— Borda sostiene con amplitud la responsabilidad penal de las personas jurídicas y especialmente discute la afirmación según la cual esas entidades no podrían cometer delitos. Entiende que para muchos negocios son los testaferros ideales, por la posibilidad de disimular cuál de los dirigentes o accionistas —si se trata de una sociedad anónima— ha decidido la comisión del delito penal que ha ejecutado el empleado. “Castigar al empleado que ha sido instrumento del delito y ha cumplido instrucciones, es dejar intacto el problema; reprimir a los accionistas de los cuales han partido aquéllas es generalmente imposible, porque siendo acciones al portador, su tenedor es siempre indeterminado; no queda sino castigar a la entidad y con esta solución se llega al verdadero meollo del problema”. De ahí, según esa opinión, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea posible, justa y a veces indispensable ¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 707, p. 534; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 859, p. 479; Aftalión, E. R., *Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, “L.L.”, t. 37, p. 281; del mismo autor, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus directores*, en “J.A.”, 1958-IV, p. 542; Chichizola, M. I., *La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal*, en “L.L.”, t. 109, p. 682.

¹⁹⁰ Borda, G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*, nota anterior.

Fuera de esa responsabilidad se deja solamente al Estado y sus desprendimientos personalizados, porque se considera inconcebible que un órgano del Estado cometa un delito contra el mismo Estado ¹⁹¹.

1161. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL.— La responsabilidad penal de las personas jurídicas aparece ampliamente reconocida en el art. 42 del Proyecto de Código Penal elevado por el P.E. al Congreso en el año 1951 ¹⁹². El precepto aludido dice así: “Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los sujetos de derecho, con excepción de las personas jurídicas de existencia necesaria”.

1162. LEYES ESPECIALES.— Si bien la responsabilidad penal de las personas jurídicas está, en forma general, negada por el art. 43 del Código Civil, el Congreso ha sancionado diversas leyes que contemplan expresamente tal responsabilidad. Así ocurre con la ley de ferrocarriles 2872 (arts. 92 y 93) y su decreto reglamentario (art. 112); con la ley 817 sobre inmigración y colonización (art. 41); con la ley sobre Ordenanzas de Aduana (art. 1028); con la ley 3708 sobre defensa agrícola; con la ley 5125 que impone multas por ciertas omisiones, a las sociedades anónimas; con la ley 12.830 sobre represión del agio, que extiende las sanciones de multa y clausura de local a las personas de existencia ideal (arts. 4°, 6°, 9° y 10); con la ley 12.906 de represión de monopolios, que prescribe para las personas de existencia ideal incursas en los hechos que incrimina, penas de multa y retiro de la personería jurídica (arts. 3°, inc. 2° a), 4° y 7°, incs. a) y b)).

La Corte Suprema ha hecho efectiva en diversos pronunciamientos la mencionada responsabilidad legal, de orden penal, de las personas jurídicas ¹⁹³.

§ 4. Personas jurídicas privadas; requisitos. Comienzo de su existencia; la autorización del Estado. Los estatutos: su naturaleza; su forma. Fin de la existencia de las personas jurídicas: diversas causas. Atribuciones del Poder Ejecutivo. Destino del patrimonio. Personas jurídicas constituidas fuera del país.

1163. PLAN A SEGUIR.— Consideraremos en el presente párrafo el régimen jurídico aplicable a las personas jurídicas privadas, o sea las que el legislador denomina “personas jurídicas de carácter privado”. Trataremos en primer lugar de su nacimiento como sujetos de derecho, para seguir con lo relativo a la vida de la

¹⁹¹ C.S.N., “L.L.”, t. 37, p. 281. Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 707, p. 535.

¹⁹² Este proyecto fue preparado por el Instituto de Derecho Penal dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, bajo la dirección del doctor Isidoro de Benedetti y la subdirección del doctor Carlos Victorica Soneyra.

¹⁹³ Conf. C.S.N., “L.L.”, t. 40, p. 449 y 453; *fd.*, *fd.*, t. 57, p. 280 y t. 16, p. 1013; *fd.*, “Fallos”, t. 184, p. 417; etc.

entidad y finalmente tratar de la extinción de ella, estudio que se enfocará respecto de las personas constituidas en el país, sin omitir una referencia a la misma clase de personas que se constituyeren en el extranjero.

I.— PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS; REQUISITOS

1164. REQUISITOS DE LA PERSONALIDAD.— Para que las corporaciones y fundaciones puedan actuar en el carácter de personas jurídicas es indispensable que ellas reúnan ciertos requisitos de fondo y de forma.

Los requisitos de fondo son: 1) finalidad de bien común; 2) patrimonio propio; 3) dispositivo de actuación.

Los requisitos de forma son: 1) un acto constitutivo emanado de los particulares; 2) un acto de reconocimiento estatal.

Nos referimos a todos estos requisitos de existencia de los sujetos de derecho, en calidad de “personas jurídicas”.

1165. A) REQUISITOS DE FONDO.— El nuevo art. 33, segunda parte, inc. 1º establece que revisten el carácter de personas jurídicas de carácter privado: “1º *Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar*”.

Esas exigencias ya estaban contenidas en el antiguo art. 33, inc. 5º. Nos referimos a ellas.

1166. a) FINALIDAD DE BIEN COMÚN.— Este rasgo, que en nuestro derecho aparece como característico de todas las personas jurídicas privadas, en el *Esbozo* de Freitas estaba referido exclusivamente a las fundaciones (art. 276, inc. 1º). Ferrara ha discutido que este elemento sea indispensable y se pronuncia negativamente, pues según él hasta hay fundaciones carentes de esa finalidad como las fundaciones de familia reconocidas como sujetos de derecho¹⁹⁴. De ahí que propugne que sólo ha de exigirse que la finalidad de las personas jurídicas sea como la de cualquier otra actividad, lícita y posible¹⁹⁵.

En otro sentido piensa Borda que es el fin de bien común lo que justifica la existencia jurídica de estas entidades y obliga a reconocerles el carácter de sujetos

¹⁹⁴ Ferrara, F., *op. cit.*, n° 82, especialmente, p. 414.

¹⁹⁵ Ferrara, F., *op. cit.*, n° 82, ps. 411-414 y también n° 77, p. 372.

de derecho. “La palabra licitud, en este caso, es un término neutro, inexpressivo, que no penetra en la esencia del concepto de persona jurídica” ¹⁹⁶.

Coincidimos con estas reflexiones, pues si el bien común está ausente del objetivo perseguido por la entidad no se justifica que se le reconozca la plenitud de la capacidad jurídica, ya que basta a los interesados acudir a otras formas de constitución de sujetos de derechos librados exclusivamente a la iniciativa privada —v.gr., sociedades civiles o comerciales— sin que sea menester distraer al Estado en el reconocimiento especial de la personalidad jurídica de la entidad. Esto último sólo se explica si por la magnitud de intereses en juego —caso de las sociedades anónimas— conviene el ejercicio de algún control inicial en resguardo de los intereses generales, y de ahí que proceda el reconocimiento de las sociedades anónimas como personas jurídicas cuando su actividad no sea enteramente egoísta sino concurrente al bien de la comunidad.

1166 bis.— Para nosotros —véase *supra*, núms. 25-26— el bien común es el propio de la comunidad, o sea, el que pertenece a los individuos como miembros de la comunidad. Como dice Aristóteles, bien es lo que los seres apetecen; es decir, lo que colma una necesidad o aspiración del sujeto. Por tanto “bien común” es aquello que satisface la necesidad de todos, que hace a la felicidad no de éste o aquél, sino a la felicidad de todos y cada uno, en cuanto integrantes de la sociedad humana ^{196 bis}.

Con relación a la existencia de las personas jurídicas, ella hace al bien común cuando la actividad de la entidad concurre al bien de todos. En el sentido en que está usada la expresión en el art. 33 del Código Civil no es indispensable que la actividad de la entidad que aspira a la plena personalidad jurídica sea enteramente altruista o desinteresada, pero no ha de ser exclusivamente egoísta. Aun cuando se busque el lucro de quienes han hecho nacer la persona jurídica —como ocurre con los accionistas de las sociedades anónimas— la actividad del ente ha de concurrir a la obtención del bien común para que les pueda otorgar aquel carácter. Pero si ningún beneficio general resultara de la actividad de la entidad, entonces no se justificaría su reconocimiento como “persona jurídica” ¹⁹⁷.

1166 ter.— Páez anuncia los siguientes caracteres del “bien común”:

¹⁹⁶ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 635, ap. b), p. 482.

^{196bis} Conf. Sup. Corte Salta, “L.L.”, t. 67, p. 328.

¹⁹⁷ En función del criterio expresado, el P.E. denegó personería a una asociación de broadcasters, porque sólo beneficiaba a los componentes de la entidad (caso citado por Páez, J. L., *El derecho de las asociaciones*, Bs. As., 1940, n° 235, p. 505), pero es de notar que allí una buena doctrina fue mal aplicada, porque aun cuando una sociedad gremial persiga su propio bien, del ejercicio disciplinado del derecho de asociación resulta el bien común, por el orden justo que promueve.

a) *generalidad*, en cuanto no se trata del bien que es común a los componentes del núcleo, sino del bien de la comunidad general, del bien público;

b) *flexibilidad*, en cuanto el bien común no sería un concepto rígido sino circunstancial, susceptible de variación según los casos ¹⁹⁸.

c) *interés público*, en cuanto el bien común coincide con el interés general ¹⁹⁹.

1167. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.— La noción del “bien común” ha dado lugar a una interesante jurisprudencia administrativa, en virtud de la cual se ha considerado que no hace al bien común la práctica del espiritismo ²⁰⁰, ni el repudio de la organización social existente en el país ²⁰¹, ni el desarrollo de la beneficencia fuera del país ²⁰² ni, en fin, las actividades de la masonería ²⁰³, por lo que se ha denegado la personería jurídica a las entidades que se proponían el logro de tales finalidades.

1168. b) PATRIMONIO PROPIO.— La existencia de patrimonio es un presupuesto indispensable para que la entidad pueda acceder a la personalidad jurídica, desde que el patrimonio es un elemento inseparable de la personalidad como atributo de ella (véase *infra*, n° 1288).

A esta exigencia se refiere el art. 33, segunda parte, inc. 1°, cuando exige como un requisito de la persona jurídica la posesión de un patrimonio propio. El Código agrega que la entidad ha de tener capacidad, por sus estatutos, de adquirir bienes, lo que viene a constituir una redundancia, pues mal podría la entidad ser titular de un patrimonio si careciera de esa capacidad. Finalmente, el Código exige que la entidad no subsista exclusivamente de asignaciones del Estado, pues si así ocurriera no se trataría de una persona jurídica privada sino de un desprendimiento estatal personalizado.

En Freitas, fuente del antiguo art. 33, bastaba que las fundaciones —se trataba de un requisito exigible exclusivamente para esa clase de entidades— no subsistieran “sólo con lo que perciban del Estado” (*Esbozo*, art. 276, inc. 1°). Entre nosotros se interpretaba del mismo modo que quedaba excluida la absoluta dependencia económica del Estado pero no la posibilidad de subvenciones que con

¹⁹⁸ Conf. Páez, J. L., *El derecho de las asociaciones*, Bs. As., 1940, n° 235, ps. 506-507.

¹⁹⁹ Conf. Páez, J. L., *op. cit.*, n° 235, p. 507.

²⁰⁰ Decreto del P.E.N. del 13 de octubre de 1933.

²⁰¹ Decreto del P.E.N., n° 116.137 del 8 de octubre de 1937.

²⁰² Decreto del P.E.N., n° 4354 del 16 de mayo de 1938.

²⁰³ Decreto del P.E.N., del 22 de agosto de 1907. Pero en otras oportunidades no se ha hecho esta objeción (decreto del P.E.N., del 13 de diciembre de 1906).

otros ingresos, concurrieran a formar el caudal de la entidad ²⁰⁴. Es lo que ha venido a reiterar la ley 17.711.

Obsérvese que no se exige la posesión actual de bienes, siendo suficiente la previsión del modo por el cual puedan entrar, en el futuro, los bienes al patrimonio de la entidad. Por lo demás, no desaparece el patrimonio por el hecho, tal vez transitorio, de una carencia actual de bienes.

1169. *c) DISPOSITIVO DE GOBIERNO DE LA ENTIDAD.*— Los cuerpos morales no existen si no tienen constituido un dispositivo referente a su gobierno, pues no es concebible que se pueda seleccionar los medios apropiados para el logro del fin de la entidad si ésta no cuenta con una cabeza o administración que provea a ello. Por esto es que todos los teóricos de la realidad en sus disquisiciones sobre la naturaleza jurídica de esta clase de entidades, computan, como un ingrediente de la misma, la existencia de este elemento que Michoud identifica con la organización capaz de desplegar una voluntad colectiva (véase *supra*, n° 1074), o lo que para los propugnadores de la teoría de la institución consiste en un “poder” al servicio de la idea institucional (véase *supra*, n° 1078, *b*).

Para nosotros se trata de un *dispositivo del gobierno* de la entidad, por entero indispensable en las previsiones estatutarias para que aquélla pueda ser reconocida en el carácter de persona jurídica.

Es cierto que no hay disposición expresa del Código que contemple la exigencia de este presupuesto de fondo de la personalidad. Pero se infiere tácitamente de diversas disposiciones: 1) por lo pronto el art. 35 que prevé la actuación de la persona jurídica “*por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido*”; 2) pero además el art. 36 imputa a la persona jurídica los actos de sus representantes “*que no excedan los límites de su ministerio*”; 3) en fin, el art. 37 consigna como primera fuente de las atribuciones de sus representantes, lo que estuviere “*designado en los respectivos estatutos*”.

De todo ello se sigue la necesidad de que la persona jurídica tenga instituido en su misma constitución el “ministerio”, “oficio” o “función” de quienes habrán de actuar en su nombre y por cuenta suya: por tanto es indispensable la existencia de ese “dispositivo” de poder o actuación, que por su origen se identifica con la misma constitución de la entidad —estatutos—, para que el núcleo humano de que se trata pueda ser reconocido en el carácter de “persona jurídica”.

204 Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1195, p. 544; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 635, ap. c), p. 482.

1170. B) REQUISITOS DE FORMA.— Son los que se refieren a los modos por los cuales se manifiesta la existencia de la entidad en el carácter de “persona jurídica”. Tales requisitos son, como ya hemos dicho, un acto constitutivo de carácter privado y un acto estatal de reconocimiento de la personalidad.

1171. a) ACTO JURÍDICO CONSTITUTIVO.— Para que la entidad pueda recibir el reconocimiento de su personalidad por un acto estatal, es indispensable un trámite previo que entre nosotros y en el orden nacional se cumple ante la Inspección General de Justicia dependiente del Ministerio de Justicia. Ese trámite administrativo se inicia con un pedido de los particulares interesados en la gestión de la personería y aun antes por medio de un acto jurídico que vincula a esos interesados en el propósito de constituir la persona jurídica: es el acto jurídico constitutivo de la entidad que si se tratara de una asociación se llama “acto conjunto” ²⁰⁵ o “acto fundacional” si se refiere a una fundación ²⁰⁶, pero que en uno y otro caso contiene un proyecto de estatuto o carta que habrá de regir en lo futuro la vida de la persona jurídica.

Tal acto jurídico constitutivo es de la mayor importancia, no sólo en cuanto rige desde ya a los interesados con relación a las obligaciones que ellos hubiesen asumido, sino también porque el ulterior reconocimiento estatal de la persona jurídica se hará con efecto retroactivo a la fecha de ese acto constitutivo (véase *infra*, núms. 1180-81), que se identifica así con el nacimiento efectivo del nuevo sujeto de derecho ²⁰⁷.

1172. b) RECONOCIMIENTO ESTATAL.— El proceso de constitución de la persona jurídica que se inicia con el acto jurídico constitutivo, culmina

²⁰⁵ Acto conjunto o colectivo lo ha denominado Spota (*op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1368, p. 301). Ferrara lo llama “acto colectivo”, con toda la doctrina alemana que cita en su obra *Teoría de las personas jurídicas*, ed. Madrid, 1929, n° 106, p. 724 y nota 4, como así también Von Tuhr (*Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil alemán*, ed. Depalma, 1946, vol. 12, p. 137, texto nota 5), según quien “lo característico del acto colectivo se hallaría también en las declaraciones de voluntad que lo integran. Se imagina la constitución no como un cambio de declaraciones concordes entre las partes, sino como una suma de declaraciones unilaterales paralelas, que todo constituyente no emitiría frente a los demás, sino junto con ellos” (Von Tuhr, A., *op. cit.*, loc. cit., p. 138, texto notas 6 y 7).

²⁰⁶ Así lo llama Spota (*op. cit.*, t. I, vol. 34, núms. 1533 y ss., ps. 798 y ss.).

²⁰⁷ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, núms. 676 y ss., ps. 511 y ss.; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1345, ps. 221 y ss.; Acuña Anzorena, A., su nota en “J.A.”, t. 73, p. 629.

con el acto administrativo de reconocimiento de la personalidad, del cual trataremos en el apartado siguiente (véase *infra*, núms. 1174 y ss.).

1173. C) REQUISITOS ESPECIALES.— Hasta ahora hemos tratado de los requisitos generales de la personalidad jurídica. Pero en algunos supuestos es indispensable llenar algunos requisitos adicionales que se imponen ya por razón de la forma peculiar que adopta la entidad —así las sociedades anónimas deben cumplir las exigencias de los arts. 163 y ss. de la ley de sociedades; las sociedades cooperativas deben satisfacer los recaudos de la ley especial 20.337—, ya por razón de la actividad a desarrollar, como ocurre con los bancos que deben cumplir las prescripciones de constitución de la ley 12.962, y las asociaciones profesionales las indicadas por la ley 22.105. A este respecto es de notar que esta ley confiere a la asociación más representativa del gremio de que se trate y luego de llenados los recaudos exigibles, la personería gremial, la que a su vez lleva aparejado el carácter de persona jurídica (art. 28). Por tanto fuera de la vía indicada por el art. 45 del Código Civil hay otra vía de acceso a la plena personalidad jurídica que es la indicada por la aludida ley de asociaciones profesionales.

II.— COMIENZO DE LA EXISTENCIA; LA AUTORIZACIÓN DEL ESTADO

1174. PRINCIPIO LEGAL.— Acerca del momento inicial de las personas jurídicas, el nuevo art. 45, parte primera, estatuye: *“Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa”*.

El precepto transcrito, que reproduce el antiguo art. 45 inspirado casi a la letra en el art. 305 del *Esbozo* de Freitas, no expresa la verdadera realidad jurídica. En efecto, pareciera que la persona jurídica surge “ex-nihilo” del acto oficial de autorización, y pareciera también que la existencia de ese sujeto de derecho nace el mismo día de ese reconocimiento. Pero ambas aseveraciones son inexactas.

Por lo pronto, no es exacto que el acto administrativo haga surgir de la nada a la persona jurídica. Por el contrario, tal acto no hace sino culminar un proceso formativo que se inicia con el acto jurídico constitutivo —de carácter privado— y consiguientemente la persona jurídica no adviene al mundo del derecho por la sola fuerza del Estado, como lo entendían los teóricos de la ficción, sino que aún ateniéndonos exclusivamente a la “forma” de la constitución y sin considerar la “materia” de la misma, ella resulta de la conjunción de la voluntad particular expresada en el acto jurídico constitutivo, y de la voluntad estatal que se concreta en el respectivo acto de autorización. Todavía si comparamos la importancia relativa de

una y otra intervención, se advierte la mayor significación que corresponde asignar a la voluntad particular que decide discrecionalmente la iniciación del proceso de formación de la entidad; en cambio la voluntad oficial carece de esa facultad de iniciativa puesto que no puede funcionar en el vacío sino a solicitud de los interesados en la formación de la persona jurídica, y como luego veremos (*infra*, n° 1179) no puede denegar discrecionalmente el otorgamiento de la personalidad, salvo que se trate de la apreciación de la finalidad de bien común que la entidad se proponga alcanzar.

En cuanto al momento inicial de la existencia de la persona jurídica tampoco es exacto que coincida, como dice el artículo, con la fecha del acto administrativo de aprobación de la entidad, pues como hemos de ver —*infra*, n° 1181— tal aprobación remonta sus efectos al día de la efectiva constitución del ente.

1175. APROBACIÓN RELIGIOSA.— Tratándose de instituciones de carácter religioso, interviene asimismo la autoridad eclesiástica para dar su aprobación sin la cual la entidad no adquiere el carácter de “persona jurídica”. Así lo hace ver el art. 45 en su parte final al contemplar la “*confirmación de los prelados en la parte religiosa*” como un recaudo que hace a la existencia de la entidad en aquel carácter.

Los “prelados” aquí aludidos son los Obispos que invisten la autoridad de la Iglesia en cada diócesis bajo la subordinación del Papa ²⁰⁸.

Por derecho canónico, según el canon 100, párrafo 1°, estas entidades adquieren personalidad “ya por prescripción del derecho, ya por concesión especial del Superior eclesiástico competente”, agregando los profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca que anotan la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, en nota, que “solamente pueden constituir personas morales eclesiásticas los Superiores que tienen jurisdicción episcopal o cuasiepiscopal” ²⁰⁹. Por su parte apunta Caviglioli, “el obispo debe consultar a la Sede Apostólica antes de erigir las congregaciones religiosas” ²¹⁰.

1176. LA AUTORIZACIÓN DEL ESTADO: CONTROVERSIA SOBRE SU CARÁCTER.— Ciñéndonos, por ahora, al requisito formal de la autorización estatal, cabe discurrir sobre su carácter o *naturaleza jurídica*.

Acerca de este punto se suscita una controversia entre los autores que confieren a la autorización estatal *valor constitutivo* y aquellos otros que le acuerdan mero valor *declarativo*.

²⁰⁸ La doctrina es unánime: Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 617, p. 507; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 871, p. 485; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 45, p. 379, n° 24; Salvat, R., *op. cit.*, n° 1271, 2°, p. 585.

²⁰⁹ Código Canónico, edición citada, nota al canon 100, p. 43.

²¹⁰ Caviglioli, J., *Derecho Canónico*, ed. Madrid, 1946, t. I, p. 231, texto nota 14.

1176 bis.— *a)* Entre los primeros se alinean los teóricos de la ficción y especialmente Savigny. Es claro que si se tiene de la persona jurídica la concepción de que es un ser ficticio creado “ex-nihilo” por obra del Estado, se impone acordar al acto administrativo por el cual se confiere la personalidad, el valor de una constitución inicial y definitiva ²¹¹.

Entre los modernos, Ferrara mantiene este punto de vista. No porque adhiera a la teoría de la ficción, sino porque en la constitución de la persona jurídica hace intervenir las ideas de materia y forma, la materia o sustancia que ponen los interesados y la forma que, según él, brinda el Estado. “La personalidad es una forma jurídica, no un ente en sí. Es una forma de regulación, un procedimiento de unificación, la forma legal que ciertos fenómenos de asociación y de organización social reciben del Derecho objetivo. La persona jurídica no es una cosa, sino un modo de ser de las cosas... La personalidad es un sello jurídico que viene de fuera a sobreponerse a estos fenómenos de asociación y ordenación social” ²¹². Se comprende que en función de estos conceptos se atribuya a la autorización estatal un valor constitutivo.

1176 ter.— *b)* Para otros autores, en cambio, afiliados a la teoría de la realidad, el acto de la aprobación estatal tiene un valor declarativo de que el ente reúne los elementos indispensables para existir en el mundo del derecho.

Entre nosotros, Barcía López ha expuesto esta comprensión que consideramos acertada. Los elementos de la persona jurídica son provistos por los particulares limitándose el Estado a verificar y declarar su existencia. “Cuando se dice que el reconocimiento del Estado tiene el valor de crear un nuevo sujeto se desvalorizan los elementos sustanciales del cuerpo moral para dar importancia al elemento formal y extrínseco” ²¹³.

1177. ES UN RECONOCIMIENTO.— Para nosotros este es el punto de vista adecuado. La persona jurídica es una entidad social “reconocida por el derecho. Tiene elementos materiales que proveen los particulares y elementos formales que proveen concurrentemente el Estado y los particulares en una conjunción de actividades cuya parte principal incumbe a éstos (véase *supra*, núms. 1170-1172 y 1174). Desde luego no es despreciable la intervención del Estado en esa conjunción cooperativa, pues de ella depende que la entidad acceda a la plena personalidad jurídica, pero el sentido de la aprobación estatal es el de mera verificación de los elementos de hecho

²¹¹ Savigny, F. C., de *op. cit.*, t. II, párr. 89, ps. 80-82.

²¹² Ferrara, F., *op. cit.*, n° 69, p. 342.

²¹³ Barcía López, A., su nota en “J.A.”, t. 53, p. 829. Conf. De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Madrid, trad. 4ª ed. italiana, vol. 1º, p. 447.

que obligan a conceder tal personalidad, con arreglo al ordenamiento jurídico ²¹⁴.

1178. PODER PÚBLICO QUE CONFIERE LA AUTORIZACIÓN ESTATAL.— Como hemos visto, el art. 45 prevé que la autorización del Estado pueda darla “*la ley o el gobierno*”, o lo que es lo mismo el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo. De ordinario la personería jurídica es otorgada mediante decreto dictado por este Poder luego del trámite seguido al efecto ante la Inspección General de Justicia (arts. 3º y 4º, ley 22.315). Pero nada se opone, desde luego, a que el propio Congreso de la Nación, en la jurisdicción de ésta, y las legislaturas locales, dentro de cada provincia, confieran la personería mediante una ley en sentido formal (no en sentido material, véase *supra*, nº 48).

Tratándose de órdenes religiosas que hubiesen entrado al país con posterioridad a la sanción de la Constitución Nacional, o que ingresaren en el futuro, la personería jurídica debe ser otorgada por ley del Congreso, según el art. 67, inc. 20, de la Constitución de 1860. Pero no rige esa exigencia si se trata de “congregaciones religiosas” y no de órdenes religiosas (véase *supra*, núms. 1104-1005).

1179. QUID DEL RECURSO JUDICIAL CON ANTERIORIDAD A LA LEY 17.711.— Interesante es la cuestión de saber si era viable un recurso judicial contra el decreto del P.E. denegatorio de la autorización del Estado para funcionar una entidad en el carácter de persona jurídica, lo que ha venido a autorizar la ley 17.711.

Aparentemente, la solución debería ser negativa en función del principio de separación y equilibrio de los poderes públicos que veda a uno de ellos enjuiciar los actos del otro. Por tanto, si está encomendado al P.E. la concesión de personería jurídica, el modo como ese Poder ejerce sus atribuciones, acordando o negando la personería, no podría ser materia de revisión por parte del Poder Judicial.

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia nacional han hecho una interesante distinción al respecto. Desde luego, aquella consideración es de aplicación rigurosa cuando se trata de *facultades discrecionales* de uno u otro Poder, pero no cuando se han puesto en movimiento *atribuciones regladas jurídicamente*. Según ese criterio no era viable la revisión judicial de lo que hubiese entendido el P.E. por “finalidad de bien común” de la entidad que aspira a recibir la personería jurídica, pero sí era factible la revisión cuando se denegaba el pedido por no concurrir los demás requisitos legales de constitución, si los interesados acreditaren haber cum-

²¹⁴ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, nº 672, p. 508.

plido la ley a ese respecto, v.gr., si se adujera que no corresponde otorgar la personería jurídica por no estar suscripto el 20% del capital de una sociedad anónima (conf. antiguo art. 318, inc. 2º, Cód. Com.) y se demostrase que fue suscripto ese porcentaje ²¹⁵.

En el caso “Standard Oil Co. c/Gobierno de la Nación” la Corte dijo “que en principio, no es función del Poder Judicial el examen y juzgamiento de los decretos del P.E.... Pero cuando... lleguen a producir una lesión a derechos individuales o atenten contra las garantías acordadas por la Constitución o 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 (‘Fallos’, t. 185, p. 158)” ²¹⁶.

Spota entiende que sin perjuicio de reconocer en el ejercicio de atribuciones del P.E. en la materia de la concesión de personería jurídica “un ámbito de discrecionalidad técnica-administrativa, aún así, corresponde el remedio jurisdiccional contra toda desviación de poder, violación de la ley o patente irregularidad administrativa” ²¹⁷, punto de vista que compartimos.

1179 bis. RATIFICACIÓN DEL RECURSO JUDICIAL POR LA LEY 17.711.— La ley 17.711 ha corroborado la elaboración doctrinaria referente a la posibilidad de impugnar las resoluciones administrativas no arregladas a derecho que se dictaren denegando el pedido de personería jurídica.

La enseñanza expuesta en el n° 1179 aparece confirmada por el nuevo art. 45, segunda parte, que textualmente dice así: “*Las decisiones administrativas en esta materia podrán ser revocadas judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o arbitrariedad*”.

Esto significa que se admite la vía jurisdiccional para impugnar las resoluciones administrativas, cuando ellas padezcan de los vicios de “ilegitimidad” o “arbitrariedad”.

Por “ilegitimidad” ha de entenderse lo contrario al ordenamiento jurídico. Supone, por consiguiente, que las facultades del poder administrador estuvieran regladas y que en la especie el funcionario que invistiera la autoridad de aplicación, se hubiese apartado de la directiva legal. Tal decisión sería ilegítima y podría ser revocada por el Poder Judicial en razón de no ser arreglada a derecho.

En cuanto al vicio de “arbitrariedad”, consiste en la calidad de ser contraria la decisión adoptada a la justicia o a la razón y fundarse sólo en la voluntad o el capricho del funcionario que la hubiere dictado.

²¹⁵ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 674, p. 509; Arauz Castez, M., *op. cit.*, t. I, n° 874, p. 486.

²¹⁶ C.S.N., “J.A.”, 1946-I, p. 712.

²¹⁷ Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1350, ps. 241-242.

El texto no define, y desde luego tenía que abstenerse de hacerlo, cuál es el tribunal competente para entender en este tipo de impugnaciones. En la Capital Federal, tratándose de decisiones de la Inspección General de Justicia, “son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, cuando se refieran a comerciantes o sociedades comerciales. Cuando dichas resoluciones o las del Ministerio de Justicia de la Nación, se refieran a asociaciones civiles y fundaciones, serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal” (art. 16, ley 22.315).

“El recurso deberá interponerse fundado ante la Inspección General de Justicia, o el Ministerio de Justicia de la Nación, dentro de los quince (15) días de notificada la resolución” (art. 17).

1180. EFECTOS DE LA AUTORIZACIÓN ESTATAL: DESDE CUÁNDO SE PRODUCEN.— Es importante establecer cuál es el *momento inicial* de la entidad en el carácter de persona jurídica, acerca de lo cual se han emitido dos opiniones distintas:

a) Para una primera opinión, sustentada por Llerena, Machado y Salvat, cabe distinguir según el tipo de la persona jurídica. Apoyándose en una interpretación literal del art. 47 del Código Civil, entienden esos autores que este precepto al determinar el efecto retroactivo de la autorización “*al tiempo en que se verificó la fundación*” se refiere exclusivamente a los establecimientos de utilidad pública, o sea a las fundaciones, pero no a las demás personas jurídicas —corporaciones o asociaciones— las cuales nacen “*desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno*” (conf. art. 45)²¹⁸.

b) Para otra opinión —Segovia, Spota, Borda, Arauz Castex— no cuadra hacer distinción alguna, y en todo supuesto la autorización estatal remonta sus efectos al momento de la efectiva fundación de la entidad (acto constitutivo). Para llegar a esa conclusión se arguye con la carencia de toda razonabilidad para hacer la discriminación que no estaría impuesta por la letra del art. 47, pues si bien el precepto sólo habla de “establecimientos” no procede hacer mayor cuestión por ello pues en otras oportunidades sólo menciona a las “corporaciones” sin dudarse de que se refiere a toda clase de personas jurídicas, v.gr., arts. 48 y 50²¹⁹.

Spota advierte que no hay tal efecto retroactivo de la autorización estatal, sino constitución de la persona jurídica, de cualquier clase que sea, subordinada a la condición suspensiva de obtener la personería judicial: de ahí que cumplida la

²¹⁸ Llerena, B., *op. cit.*, t. I, ps. 122-123; Machado, J. O., *op. cit.*, t. I, p. 103; Salvat, R., *op. cit.*, núms. 1274-1275, ps. 585-586.

²¹⁹ Conf. Segovia, L., *op. cit.*, t. I, p. 21, nota ‘10; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1345, ps. 221 y ss.; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 679, p. 513; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 870, p. 484.

condición ella actúa conforme a su índole, retroactivamente por aplicación del art. 543, Código Civil ²²⁰.

Para los autores mencionados su tesis tiene la ventaja de cubrir todo lo obrado por los dirigentes de la entidad, en nombre de ésta, aun con anterioridad a la obtención de la personería jurídica, pues la práctica indica que es habitual que la entidad comience a funcionar en los hechos, inmediatamente del acto privado constitutivo, sin esperar a la formalidad del decreto que habrá de reconocerla en su carácter de persona jurídica. Si por el contrario, se niega eficacia retroactiva a la autorización estatal salvo que se trate de fundaciones, se priva a las corporaciones o asociaciones que se benefician con la anterior gestión desplegada por los dirigentes de la entidad no obstante que ellos han manejado el capital aportado para dar vida a ésta.

1181. NUESTRA OPINIÓN.— Nosotros participamos de la segunda opinión expresada, esto es, de la que entiende que no corresponde hacer distinción alguna, entre fundaciones y corporaciones, de modo que con respecto a unas y otras la autorización retrotrae sus efectos al momento de la constitución de la entidad por el acto privado que le dio, en los hechos, nacimiento. Es cierto que la interpretación más ceñida a la letra de los arts. 45 y 47 sugiere la distinción efectuada por Llerena, Machado y Salvat. Pero estamos persuadidos de que la inteligencia literal de los preceptos legales es argumento bastante pobre para fijar en función de ello su significado: lo importante no es la letra de la ley sino la razón de la ley, y cuando falta todo fundamento para sostener una discriminación que sólo se basa en una letra carente de razonabilidad, mejor es no atender a ella y usar discretamente de la analogía para proyectar el mismo régimen con respecto a todos los que se encuentran en paridad de situación según la naturaleza de las cosas, en este caso las corporaciones y las fundaciones. Por lo demás el argumento de analogía es tanto más aplicable en la especie desde que los arts. 1806 y 3735 prevén que se pueda hacer una donación o un legado a una corporación carente de personalidad jurídica, “con el fin de fundarlas y requerir después la competente autorización”; puesto que si entonces se admite la eficacia del acto que no caduca por falta de beneficiario es porque se considera que la autorización estatal ha operado retroactivamente también con relación a esas corporaciones.

1182. JURISPRUDENCIA.— Las decisiones de los tribunales no han hecho distinción entre las fundaciones y las corporaciones a este respecto. Por ello se ha juzgado que la asociación que obtiene personería jurídica es continuadora de la misma entidad existente con anterioridad y tiene los mismos derechos, por lo que puede exigir a una comisión de asociados la escrituración de un inmueble adquirido para ella ²²¹. Igualmente se la ha hecho responsable de las deudas contraídas

²²⁰ Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 34, n° 1345, ps. 223-224. Este argumento también es expuesto por Arauz Castex, *op. cit.*, n° 869, p. 483.

²²¹ Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 34, p. 875.

por la entidad con anterioridad a la obtención de la personería jurídica ²²² y en fin se ha estimado que la liberalidad hecha a una simple asociación carente de personería jurídica es válida quedando sujeta a la condición de que aquella obtenga la personalidad de esa especie ²²³, lo que significa reconocer el funcionamiento retroactivo de la autorización estatal. También se ha aceptado que la capacidad de la Academia de Medicina quedó establecida por el decreto del P.E. del 13 de febrero de 1925, con efecto retroactivo a su fundación ^{223 bis}.

1183. SITUACIÓN DE LA ENTIDAD EN CASO DE DENEGATORIA DE LA PERSONERÍA JURÍDICA.— Puede ocurrir que el Estado niegue la autorización para que la entidad actúe como persona jurídica, y en tal caso es dable preguntar en qué situación queda lo obrado con anterioridad por los dirigentes y cuál será la futura condición de aquella.

A esto responde la generalidad de la doctrina desconociendo en esa actividad la existencia de un sujeto de derecho diverso de los individuos actuantes, y por tanto imputando a éstos todo lo obrado por ellos: de ese modo si se trata de una liberalidad hecha a la entidad, el acto queda sin efecto por frustración de la condición prevista y a la que estaba subordinado (conf. arts. 1806 y 3735) y en cuanto a los demás actos se entenderán realizados por las personas actuantes y comprometidas sólo ellas frente a terceros ²²⁴.

Nosotros tenemos acerca de esto una opinión diferente, y creemos que cabe hacer la distinción entre *futuras fundaciones* y *futuras asociaciones*. Desde luego si se trataba de una *fundación* en trámite de constitución, fallando la aprobación estatal, todo lo actuado queda sin eficacia alguna por cuanto los actos jurídicos efectuados son inexistentes por falta de sujeto que responda por ellos, ya que los gestores de la posible fundación no han obrado en nombre ni por cuenta de ellos mismos: sería una hipótesis que cae en el ámbito de aplicación del art. 1161 según el cual “*el contrato (y por analogía todo acto) celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo*”, solución tanto más terminante en la hipótesis de la fundación frustrada, por fallar entonces la misma existencia de la persona por cuenta de la cual se había obrado.

Pero otra cosa ocurre, si se trata de una asociación en trance de constitución como persona jurídica pues entonces aun cuando falle la existencia de aquella por la denegatoria de la autorización estatal, ello no impide que la entidad haya existido hasta ese momento, y pueda seguir subsistiendo más adelante, como simple asociación de las contempladas en el art. 46. Tales entidades como luego explica-

²²² Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 68, p. 467; íd., íd., t. 36, p. 654.

²²³ Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 68, p. 467; íd., íd., t. 36, p. 654.

^{223bis} Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 57, p. 206.

²²⁴ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 677, p. 511; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 870, p. 484.

remos —véase *infra*, n° 1254 b— son sujetos de derecho distintos de sus miembros, aunque no son de los que nuestro Código denomina “personas jurídicas”: son personas de existencia ideal, propiamente dichas, que gozan de una capacidad jurídica bastante menor a la de las personas jurídicas, y carecen especialmente de la aptitud de recibir donaciones (conf. art. 1806) y beneficios “mortis causa” por vía de institución de heredero o legatario (conf. art. 3735).

En suma, pensamos que la denegatoria de la autorización estatal no influye sobre la actividad anterior de la entidad que deberá ser considerada como lo que en verdad era, una “simple asociación”, carácter en el que podrá seguir viviendo en el futuro, pese a aquella denegatoria ²²⁵.

III.— LOS ESTATUTOS: SU NATURALEZA, SU REFORMA

1184. NOCIÓN.— Se da el nombre de “estatutos” al conjunto de disposiciones referentes a cada persona jurídica que consignan su nombre, domicilio y capacidad, fin de su institución, derechos y deberes de sus miembros y organismos directivos, formación e inversión de su patrimonio y destino de los bienes en caso de extinción de la entidad. Los “estatutos” constituyen la carta fundamental de la institución y suministran las normas que rigen la vida de la entidad particular de que tratan, en conexión con el derecho objetivo general aplicable a todas las personas jurídicas de la misma categoría.

1185. ORIGEN.— En cuanto a su origen los “estatutos” emanan conjuntamente de la voluntad de los particulares, interesados en la erección de la persona jurídica, y de la voluntad del Estado que los aprueba.

Inicialmente provienen los estatutos de la voluntad de los particulares que los han elaborado en el acto jurídico de carácter privado constitutivo de la entidad.

1185 bis. ESTATUTO Y ACTO CONSTITUTIVO O CONTRATO SOCIAL.— Conceptualmente no se confunden los estatutos con el acto constitutivo de una fundación o contrato social relativo a una asociación o sociedad, pues hay entre ellos la misma relación que media entre la parte y el todo. El acto constitutivo es más amplio pues de ordinario contiene otras previsiones ajenas a los estatutos como la elección de autoridades o los compromisos de suscripción del capital de la entidad, u otras resoluciones igualmente circunstanciales; pero los “estatutos” integran el acto constitutivo en cuanto reciben ese nombre todas las disposiciones que se adoptan

²²⁵ Conf. Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 31, n° 614, p. 94, quien sigue en esto la opinión de Messineo expuesta en el *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. I, párr. 20, núms. 15-17, ps. 177-181.

genéricamente para regir la vida futura de la institución y que por ello mismo no agotan su virtualidad en la consecución de un objetivo concreto determinado. En suma los “estatutos” integran el acto jurídico constitutivo y condensan todo cuanto tiene éste de durable y de estructura normativa.

Por lo demás no depende exclusivamente de los fundadores de la persona jurídica la elevación de los “estatutos” a su carácter propio de tales, sino que para ello se requiere la indispensable cooperación del Estado que los aprueba, con lo cual adquieren los estatutos efectiva vigencia: hasta entonces no eran nada más que un proyecto y después de la aprobación estatal pasan a ser la ley básica inmediata de la institución.

1186. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ESTATUTOS.— Acerca de este punto se han dado dos explicaciones diferentes.

a) Para el punto de vista clásico los estatutos configuraban una especie del género contrato, que se celebraba por los miembros originarios y se renovaba en la forma de contrato de adhesión, con motivo de la incorporación de nuevos miembros que daban su conformidad al contrato inicial mediante su ingreso.

Pero esta explicación no es satisfactoria porque media entre el contrato y los estatutos de una persona jurídica diferencias sustanciales. Por lo pronto la idea del contrato no es aplicable a los “estatutos” de una fundación, que requieren una explicación que no puede ser dada sobre la base del contrato por ausencia de partes diferentes que puedan concurrir a su formación: el fenómeno de la fundación sólo deja ver la presencia de una sola voluntad, la del fundador, que no tiene con quién convenir los estatutos de la futura fundación.

Pero aun con relación a las corporaciones, la doctrina moderna advierte que sus estatutos exceden el marco propio del contrato, anotándose las siguientes diferencias esenciales: 1) en el contrato las partes contratantes reglan sus propios derechos, en tanto que los estatutos reglan derechos ajenos a las personas que los sancionan; 2) el contrato sólo puede modificarse por vía de “distracto”, o sea, por la voluntad contraria de todos los contratantes, mientras que los estatutos pueden modificarse por el modo indicado en ellos, y si nada dicen por voluntad mayoritaria de los miembros ²²⁶; 3) el contrato resulta de una tensión de voluntades contrapuestas cada una de las cuales espera obtener un beneficio exclusivo, mientras que en los estatutos resalta una voluntad colectiva que responde a una finalidad común y no individual; 4) el contrato tiene una vida efímera, destinada a desaparecer con la extinción de las obligaciones que ha creado, en tanto que los estatutos están llamados por su propia función a perdurar indefinidamente; 5) los estatutos tienen estructura normativa en cuanto su aplicabilidad es general y abstracta, mientras que el contrato carece, en nuestra opinión, de esa estructura, pues su contenido es concreto y se agota su virtualidad en la realización de los hechos previstos por los con-

²²⁶ Von Tuhr, A., *op. cit.*, t. 12, p. 169, párr. 35.

tratantes: lo típico de la norma es su vigencia indefinida con respecto a quienes indeterminadamente se encuentren en una situación determinada (véase *supra*, n° 47, punto 5°).

b) Por fuerza de las consideraciones precedentes, la doctrina ha abandonado la postura clásica sobre la naturaleza de los estatutos. Nosotros vemos en éstos una norma jurídica secundaria, en cuanto participando de la índole de la norma por su función y estructura, proviene inicialmente de la voluntad particular y es elevada al rango normativo por la autoridad pública competente ²²⁷.

En suma los “estatutos” constituyen una ley en sentido material, que tiene la particularidad de originarse en la voluntad de los particulares siendo finalmente sancionada por la autoridad estatal. Es una ley de raíz privada.

1187. APROBACIÓN POR LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA.— Como hemos visto es la aprobación por parte de la autoridad estatal, lo que confiere a los estatutos su carácter de ley fundamental de la persona jurídica; de ahí la importancia trascendental para la vida de la entidad que reviste ese acto.

De ordinario la aprobación de los estatutos es efectuada por resolución de la Inspección General de Justicia, repartición dependiente del Ministerio de Justicia que examina el proyecto de los estatutos elaborados por los interesados y decide al respecto (conf. art. 10, ley 22.315). Si la Inspección General de Justicia desaprobare los estatutos proyectados, su decisión es pasible de recurso judicial de los interesados (conf. art. 16 de dicha ley, véase *supra*, n° 1179 bis).

1188. IMPUGNABILIDAD JUDICIAL DE LOS ESTATUTOS.— No obstante la aprobación estatal, los estatutos pueden ser impugnados en cuanto a su validez, ante los tribunales de justicia, ya por su contradicción con la Constitución Nacional (vicio de inconstitucionalidad), ya por ser contrarios a alguna ley (vicio de ilegalidad) ya por resultar contrarios a la equidad (vicio de iniquidad). Son las fallas internas de que pueden adolecer cualesquiera leyes en sentido material, y que también pueden presentarse en los estatutos que participan de esa naturaleza (véase *supra*, n° 54 “in fine”).

Cuando se declara a los estatutos incursos en esos vicios, queda sin valor el aspecto discutido solamente, subsistiendo la eficacia de la parte restante que no se ha impugnado. Por lo demás la decisión que se dicte hace cosa juzgada sólo con relación a la causa en la que se ha declarado esa invalidez, pero es claro que indirectamente ello obliga a suspender la eficacia de los estatutos en ese aspecto, frente

²²⁷ Conf. Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 876, ap. c), p. 487.

a todos, por la probable renovación de la cuestión ante los tribunales de justicia, que significará mayores erogaciones para la entidad.

En numerosos casos los tribunales han juzgado de la validez de los estatutos aprobados por el P.E., y se han pronunciado negativamente: así tratándose de las normas estatutarias que imponen a los miembros la renuncia a toda acción judicial con respecto a las decisiones adoptadas por la entidad, las que se han considerado lesivas de la garantía constitucional de la defensa en juicio ²²⁸.

1189. POSIBILIDAD DE REFORMA DE LOS ESTATUTOS.— La reforma de los estatutos está sujeta a reglas semejantes a las que gobiernan su creación original, y por tanto ha de provenir de una decisión de la entidad —no ya de los particulares que erigieron la persona jurídica, pues por la independencia de la personalidad del ente ya nada tienen que ver con esto—, adoptada de conformidad a lo que indican los propios estatutos, en cuanto a la convocatoria, quórum y mayoría requerida, y finalmente aprobada por la autoridad estatal.

Para el supuesto improbable de que los estatutos no previeren su eventual modificación ulterior, se considera que puede hacerse en asamblea general de asociados por el voto de la mayoría absoluta de ellos. Pero si la modificación se refiere al objeto principal de la entidad, como esto importa tanto como constituir una nueva entidad, la doctrina exige la unanimidad de los miembros para que la reforma sea válida ²²⁹.

Por lo demás, pensamos con Arauz Castex, que toda reforma parcial de los estatutos impuesta por el voto de la mayoría de los asociados, cuando ello no está previsto en el estatuto originario, da a los disidentes el derecho de secesión, vale decir la facultad de apartarse de la entidad retirando los aportes efectuados ²³⁰. Si, en cambio, la reforma se adopta en función del trámite señalado al efecto en los propios estatutos, entonces el asociado disidente carece del derecho de secesión a menos que le fuera otorgado por los mismos estatutos, conclusión que se apoya en el conocimiento anticipado que tenía el asociado de la posibilidad de la reforma, luego cumplida.

Desde luego, en cualquier caso, la reforma estatutaria para entrar en vigor, necesita la aprobación de la autoridad estatal competente. No se trata de una simple

²²⁸ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", 1941-II, p. 353, y "L.L.", t. 26, p. 202. Con anterioridad se había admitido la validez de cláusulas de esa índole: Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. II, p. 59; íd., "Gac. del Foro", t. 12, p. 49.

²²⁹ Conf. Ferrara, F., *op. cit.*, n° 133, p. 882; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 682, p. 516; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 878, p. 488. Según Páez, J. L., *op. cit.*, n° 59, la modificación de los estatutos no puede hacerse por simple mayoría, salvo que así estuviese previsto en los propios estatutos.

²³⁰ Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 878, p. 488 "in fine".

homologación, en función de la verificación del cumplimiento de las formalidades requeridas, sino de un examen de fondo que la autoridad realiza con plena jurisdicción, en virtud de tratarse de la modificación de un presupuesto que condicionaba el anterior otorgamiento de la personería jurídica, con arreglo a lo dispuesto en el art. 45 del Código Civil.

1190. QUID DE LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE UNA FUNDACIÓN.— La reforma de los estatutos de una fundación, presenta matices propios, que explican su tratamiento por separado.

La reforma, en este supuesto, en principio sólo era viable con anterioridad a la ley 17.711 si ella había sido contemplada en los mismos estatutos que se deseara reformar, y de conformidad al trámite respectivo, pero en ausencia de previsión al respecto ya no era posible proceder a la reforma, lo que marcaba una diferencia importante en comparación con el régimen de las corporaciones. Como bien se ha dicho, la diferencia se explicaba porque mientras las corporaciones cuentan con órganos *soberanos* de gobierno, compuestos por las mismas personas que brindan a la entidad el sustrato material portador de la personalidad, las fundaciones sólo disponen de órganos *servientes* de la voluntad del fundador que no podrían alterar conforme a sus propias miras la finalidad de aquél. Más aún, ni siquiera el propio fundador estaría autorizado para proveer a esa reforma —salvo reserva especial en los estatutos originarios— por la personalidad independiente que habría adquirido la fundación y con respecto a la cual el fundador sería un extraño ²³¹.

Por consiguiente, si se hacía necesaria la reforma de los estatutos de una fundación y ello no estaba previsto en los mismos estatutos, sólo era factible hacerlo por vía de una sanción legislativa al respecto ²³².

1191.— La conclusión expuesta estaba impuesta por la ausencia de previsiones legales que permitieran la adopción de otro criterio pero se mostraba como sumamente inconveniente, porque sólo cuando se tratase de alguna fundación de gran interés público se habría de concentrar en ella la atención del Poder Legislativo para introducir en su régimen las modificaciones estatutarias apropiadas al mejor cumplimiento de la finalidad de la entidad. En cambio las fundaciones de menor significación social y económica pasaban desapercibidas y podían arrastrar una vida tal vez sólo nominal por la imposibilidad de realizar las reformas de su régimen que pudieran restituir a la institución una vitalidad perdida.

Por ello, tanto en la legislación comparada, como en los proyectos de reforma del Código Civil se han propuesto diversos temperamentos que permiten superar aquella dificultad. Recientemente la ley 17.711 ha puesto remedio a ella.

²³¹ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 683, p. 517.

²³² Conf. Borda, *op. cit.*, *loc. cit.*, nota anterior.

a) Por lo pronto, el Código italiano de 1942, que sobre tantas cuestiones ha evidenciado el fino sentido jurídico de sus redactores, prevé que cuando la finalidad de la fundación ya se hubiese agotado, o resultara imposible o de escasa utilidad, la autoridad gubernativa en lugar de declarar su extinción puede proveer a la transformación de la fundación, alejándose lo menos posible de la voluntad del fundador (art. 28). Los códigos alemán (art. 87), suizo (art. 87) y peruano (art. 69) siguen un criterio semejante.

b) Diversamente el Código brasileño, admite en general la posibilidad de reformar los estatutos de una fundación, con tal que la modificación sea aconsejada por la mayoría absoluta de quienes son competentes para administrar y representar a la entidad; que ella no contrarie el fin de la fundación; y que sea aprobada por la autoridad competente (art. 28).

c) Entre nosotros, el Proyecto de 1936 prevé que “los estatutos de las fundaciones, y aun el objetivo de ellas, podrán ser modificados por el juez del domicilio, a instancia de la dirección, cuando fuere manifiestamente imposible conservar los bienes o realizar los fines propuestos” (art. 98). En nuestra opinión es preferible el criterio de Bibiloni que hacía intervenir en ese efecto no a la autoridad judicial sino a la autoridad administrativa, lo que es más congruente con la competencia acordada a ésta para efectuar el reconocimiento de la personalidad de la entidad: no se explica que sea el Poder administrador quien juzgue inicialmente sobre la posibilidad de alcanzar la finalidad propuesta por el fundador y conservar los bienes de la entidad, pero no quien remedie la dificultad planteada cuando se hace manifiestamente imposible el logro de ambos objetivos ²³³.

d) Lo expuesto precedentemente llevó al autor de esta obra a proponer en el Anteproyecto de 1954 la siguiente redacción, que sigue la orientación que imprimió al asunto Bibiloni y se atiene principalmente a la inspiración del Código italiano: “Art. 118: Cuando la finalidad de la fundación se hubiese cumplido, tornado imposible o de escasa utilidad o el patrimonio resultase insuficiente, el Poder Ejecutivo si no resolviese la extinción de la entidad, podrá transformarla mediante la adopción de las medidas adecuadas, que se ajustarán en cuanto fuere posible a la voluntad del fundador. No se admitirá la transformación cuando los hechos que pudiesen dar lugar a ella, hubiesen sido considerados en el acto constitutivo como causa de extinción de la persona jurídica y de transmisión de sus bienes a terceras personas. Las disposiciones de este artículo y del anterior (se refiere a la vigilancia y contralor de la autoridad administrativa sobre la fundación) no serán aplicables a las fundaciones de familia, ni a las fundaciones eclesiásticas”. “Art. 119: No obstante cualquier cláusula del acto constitutivo, el Poder Ejecutivo podrá autorizar a

²³³ Conf. Anteproyecto Bibiloni, art. 220, primera redacción; art. 198, segunda redacción.

los administradores de la fundación, para enajenar los bienes de ésta, si fuere manifiestamente imposible su conservación, o el logro de los fines propuestos, con tal de aplicar el producido de la enajenación al objeto designado en los estatutos”.

La prohibición de intervenir cuando se trata de fundaciones de familia y eclesiásticas se inspira en la legislación suiza y tiende a disipar los temores que suscitaría la posibilidad de una injerencia abusiva del Estado con respecto a ellas ²³⁴.

Las fundaciones de familia constituyen una novedad introducida en la legislación suiza, que Rossel define como “personas morales que persiguen fines de utilidad tan particular (socorros o subsidios a parientes, bolsas de estudios, etc.), que desde el momento que estos fines son lícitos, se puede renunciar a toda injerencia de la autoridad en su administración” ²³⁵. Su inclusión en nuestro derecho fue auspiciada por el doctor Enrique V. Galli, en el Instituto Argentino de Estudios Legislativos ²³⁶.

En cuanto a las fundaciones eclesiásticas, dice Rossel “son aquellas erigidas con un fin eclesiástico, en favor de una iglesia, de una comunidad religiosa, o del clero de cierta confesión, como las fundaciones que establecen pensiones en beneficio de sacerdotes jubilados, las fundaciones tendientes a asegurar el mantenimiento de un templo o capilla, las fundaciones destinadas al sostenimiento de jóvenes que sigan el sacerdocio y otras semejantes. Pero no serían fundaciones eclesiásticas las que son simplemente administradas por una parroquia, o por el clero, o bajo la vigilancia del clero y que persiguen fines de beneficencia o de utilidad general (hospital, escuela, hospicio). Es su fin el que las caracteriza y no su dirección” ²³⁷.

1191 bis. LEY 17.711: REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE LA FUNDACIÓN.— La ley 17.711 ha corroborado la enseñanza recogida en los dos números precedentes. El nuevo art. 45 tercera parte dice textualmente: “*En el supuesto de fundaciones cuyos estatutos no prevean el procedimiento para su reforma, podrá el Poder Ejecutivo disponer su modificación para hacer posible el cumplimiento del fin de la entidad. En este caso los órganos de gobierno de la fundación podrán interponer los recursos mencionados en el párrafo anterior*”.

La disposición de referencia es sumamente interesante. Ella distingue según que los estatutos de la fundación contemplen o no la posibilidad de su reforma. En el primer caso habrá que seguir la vía estatutaria marcada. En el segundo caso, el Poder Ejecutivo queda autorizado para introducir las

²³⁴ Conf. Rossel, V., *Manuel de Droit Civil suisse*, 2ª ed., t. I, n° 275.

²³⁵ Conf. Rossel, V., *op. cit.*, n° 273, p. 180.

²³⁶ Véase Instituto Argentino de Estudios Legislativos, Proyecto de reforma del Código Civil, Actas de la Sección de Derecho Civil, Libro I, p. 102, punto 1º, y p. 104, punto 1º.

²³⁷ Rossel, V., *op. cit.*, t. I, n° 275.

modificaciones en el estatuto que sean apropiadas para hacer posible el cumplimiento del fin de la entidad.

Para esta última hipótesis, y a fin de controlar la actividad de la autoridad administrativa en el desempeño de una función trascendente, la ley prevé un recurso jurisdiccional ante el Poder Judicial que pueden entablar los órganos de gobierno de la fundación. Entendemos que el contralor del Poder Judicial está dirigido a la apreciación de la congruencia del fin de la entidad con las modificaciones estatutarias introducidas por la autoridad administrativa. En caso de duda, el criterio de esta autoridad debe ser respetado.

1191 ter. LEY DE FUNDACIONES 19.836.— Acerca de la materia que estudiamos la Ley de Fundaciones 19.836, que rige desde el 4 de octubre de 1972, establece en su art. 29: *“Salvo disposición contraria del estatuto, las reformas del mismo requerirán por lo menos el voto favorable de la mayoría de los miembros del consejo de administración y de los dos tercios en los supuestos de modificación del objeto, fusión con entidades similares y disolución. La modificación del objeto sólo procede cuando el establecido por el fundador hubiera llegado a ser de cumplimiento imposible”*.

Toda reforma estatutaria debe ser aprobada por la autoridad administrativa de control (conf. art. 34, ley 19.836), que según sabemos es la Inspección General de Personas Jurídicas, en la Capital Federal.

Con la sanción de la ley 19.836 la iniciativa de la reforma de los estatutos ha pasado al consejo de administración. Empero, la autoridad administrativa de control retiene esa facultad si ella fija *“el nuevo objeto de la fundación cuando el establecido por el fundador hubiera llegado a ser de cumplimiento imposible”* (art. 36, inc. a) y si dispone *“la fusión o coordinación de actividades de dos o más fundaciones”* (art. 36, inc. b de la ley citada). En esos supuestos cabe un recurso que se *“sustanciará por vía sumaria ante el tribunal de apelación con competencia en lo civil”* (art. 37, ley 19.836) y que pueden deducir los órganos de la fundación.

1192. REGLAMENTOS INTERNOS.— Frecuentemente las personas jurídicas establecen reglamentos internos tendientes a la más ordenada realización de sus propios fines.

Tales reglamentos, similares a los que adopta cualquier empresa particular individual, no participan de la naturaleza de los estatutos, y consiguientemente no requieren la aprobación de la autoridad estatal²³⁸, cuando son de simple organización interna (conf. art. 10, inc. k], ley 22.315).

²³⁸ Comp. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 685, ps. 517-518; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 879, p. 489.

Son aplicables a los miembros de la entidad, en la medida que sean autorizados por los estatutos o correspondan al poder disciplinario de la entidad, y a los terceros por la aceptación voluntaria que éstos hicieran de tales reglamentos por vía de contrato de adhesión.

IV.— EXTINCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: DIVERSAS CAUSAS. ATRIBUCIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

1193. RETIRO DE LA PERSONERÍA JURÍDICA.— Así como el nacimiento de la persona jurídica, en ese carácter, se marca con la decisión de la autoridad administrativa que le otorga esa personería, igualmente la vida de la entidad termina por el acto contrario del mismo poder, que se concreta en el retiro de dicha personería, atribución que en el orden nacional compete al Ministro de Justicia (conf. art. 10, inc. j], ley 22.315). Pero este acto no puede ser arbitrario o absolutamente discrecional sino que debe fundarse en la concurrencia de alguna causa legítima que justifique la adopción de tan grave medida.

El Código Civil enuncia en los arts. 48 y 49 algunas de las causales que pueden dar lugar a la extinción de la persona jurídica. La doctrina de los autores completa la enunciación, y discute acerca de la aplicación de todas esas causales a las sociedades anónimas que están sujetas en cuanto a su formación al proceso indicado en el Código de Comercio. Nos ocuparemos de esos puntos seguidamente.

1194. DIVERSAS CAUSAS DE EXTINCIÓN.— A este respecto dice el nuevo art. 48: *“Termina la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización expresa estatal para funcionar: 1°) Por su disolución en virtud de la decisión de sus miembros aprobada por la autoridad competente; 2°) Por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos, o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos; 3°) Por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas.*

“La decisión administrativa sobre retiro de la personería o intervención a la entidad, dará lugar a los recursos previstos en el art. 45. El juez podrá disponer la suspensión provisional de los efectos de la resolución recurrida”.

Comparando el nuevo texto legal con el antiguo art. 48 se observan las siguientes diferencias: 1°) en el exordio ahora se agrega que acá se contemplan los modos de terminación de la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización estatal para funcionar, a diferencia del texto precedente que sólo se refería a las corporaciones con carácter de personas jurídicas, pese a lo cual se men-

cionaban situaciones y causas comunes a toda clase de personas jurídicas; 2°) en el inciso 1° se ha sustituido la referencia al gobierno por la autoridad competente, que es lo correcto porque un organismo administrativo no inviste el carácter de la autoridad reservada al Poder Ejecutivo a quien se identifica con la expresión gobierno; 3°) en cuanto a la posible revisión de la decisión administrativa que ahora prevé la última parte del art. 48, véase *infra*, n° 1200 bis.

Todavía la doctrina de los autores completa esta enunciación de causas de extinción, agregando el *agotamiento de la finalidad* perseguida por la institución y la *expiración del plazo* de duración de la entidad que se hubiera previsto en los estatutos.

1195.— Es menester observar que el nuevo texto enuncia algunas causas de extinción comunes a las personas jurídicas privadas de cualquier tipo y otras sólo referentes a las asociaciones.

1196. CAUSAS DE EXTINCIÓN COMUNES A LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES.— Las causales de extinción *comunes* a cualesquiera personas jurídicas privadas son: a) la *imposibilidad* del cumplimiento de los estatutos (art. 48, inc. 2°, Cód. Civ. y art. 370, inc. 4°, Cód. Com.); b) la *conclusión de los bienes* destinados al sostenimiento de la entidad (art. 48, inc. 3°, Cód. Civ.); c) el *agotamiento de la finalidad perseguida*; d) la *expiración del plazo* de duración previsto en los estatutos.

Las causales mencionadas no dan lugar a dificultad alguna. En virtud de ellas se ha decretado el retiro de la personería de una entidad que había caído en concurso civil, ya que la insolvencia que era el presupuesto de la declaración de concurso demostraba la conclusión de los bienes contemplados en el art. 48, inc. 3°, del Código Civil²³⁹. Asimismo se ha decidido que procede el retiro de la personalidad jurídica cuando la existencia del ente resulta perjudicial o inútil, como ocurre cuando ha desaparecido el objeto de su constitución²⁴⁰.

Es de observar que sólo la expiración del plazo previsto, configura una causal que opera de pleno derecho, pues las demás requieren un pronunciamiento que verifique la concurrencia de los presupuestos que determinan la extinción de la persona jurídica; de ahí que esta extinción no funcione sino a través del acto administrativo que realiza esa verificación. Pero como se ha expresado, en estos casos el pronunciamiento de la autoridad que retira la personería jurídica tiene un alcance meramente declarativo y no constitutivo²⁴¹.

²³⁹ Decreto del P.E. de la Pcia. de Córdoba, del 31 de marzo de 1939, publicado en "J.A.", t. 66, sec. leg., p. 29.

²⁴⁰ S.C. Tucumán, "J.A.", 1945-III, p. 262.

²⁴¹ Con. Busso, E., *op. cit.*, t. I, p. 395, arts. 48-49, n° 26.

En cuanto a la posible impugnación judicial de la resolución dictada por la autoridad administrativa a este respecto, véase *infra*, n° 1200.

1197. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LAS ASOCIACIONES.— Se refieren a la *decisión* de los miembros y a la *sanción* con que se pueda castigar la actuación de la entidad.

a) Según el Código la *decisión de los miembros* es presupuesto adecuado para el retiro de la personería jurídica que pueda determinar la autoridad competente aprobando esa determinación (conf. art. 48, inc. 1°).

Se ha criticado la necesidad de la aprobación por dicha autoridad de la deliberación de los miembros en el sentido de disolver la entidad, pues como no es dable imponer la subsistencia de ella en contra de la voluntad de quienes la integran, se entiende que bastaría una determinación legítimamente tomada de acuerdo con los estatutos y comunicada a la autoridad competente ²⁴². Es el sistema alemán del “acuerdo de propia disolución” ²⁴³.

Nosotros pensamos que el sistema del Código se justifica por la conveniencia de que un pronunciamiento de la autoridad verifique si la deliberación de los miembros se ha ajustado a las disposiciones de los estatutos en materia del cumplimiento de las formalidades requeridas para adoptar tan grave decisión (convocatoria, quórum, mayoría exigida, etc.) que podría redundar en desmedro de los derechos de los asociados disconformes. Es cierto que éstos podrían acudir a la justicia para obtener la nulidad de la deliberación disolutiva que no se hubiese conformado a las prescripciones estatutarias pero como es recurrible ante la justicia el pronunciamiento administrativo dictado en uno u otro sentido —véase *infra*, n° 1200—, no se ve la ventaja que reportaría la eliminación de la previa instancia administrativa establecida por el Código, la que tendría la ventaja de precisar por intermedio de los organismos apropiados de contralor las circunstancias concretas en que se hubiese celebrado la deliberación de los miembros.

Señala Busso que el pronunciamiento de la autoridad administrativa que aprueba la deliberación de los miembros tiene un alcance constitutivo de la extinción de la persona jurídica ²⁴⁴.

b) También procede el retiro de la persona jurídica de la entidad, por vía de sanción, cuando la autoridad actuando unilateralmente, reprime de esa manera la actuación ilegítima de la persona jurídica si ésta abusa de su reconocimiento como sujeto de derecho, ya transgrediendo las “condiciones o cláusulas de la autorización legal”, ya realizando actividades incompatibles con “los intereses públicos” (conf. nuevo art. 48, inc. 3°). Es un supuesto peculiar de abuso del derecho, como

²⁴² Así Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 711, p. 537.

²⁴³ Enneccerus, *op. cit.*, t. I, vol. 1°, párr. 106, p. 502; Cód. alemán, art. 41.

²⁴⁴ Busso, E., *op. cit.*, t. I, arts. 48-49, p. 395, n° 26.

lo muestran los propios términos usados por el codificador, que es reprimido con la sanción del retiro de la personería jurídica.

En este caso la decisión del Ministro de Justicia que es la autoridad competente para adoptarla (conf. art. 10, inc. j), ley 22.315) no es susceptible de recurso judicial alguno porque su admisión significaría romper el equilibrio de los poderes del Estado en cuanto se haría prevalecer el criterio del Poder Judicial sobre el del Poder administrador, en una materia no reglada jurídicamente, porque ninguna ley determina en qué consiste el abuso de la persona jurídica y cuándo ésta entra en conflicto con los intereses públicos: de ahí que se trate de una apreciación discrecional del Poder Ejecutivo que en cuanto a la oportunidad y acierto del ejercicio de sus funciones no está sujeta al contralor de los otros poderes de gobierno de la sociedad (véase *infra*, n° 1200).

1198. LA MUERTE DE LOS MIEMBROS DE LA ENTIDAD.— Como señala el art. 49, *“No termina la existencia de las personas jurídicas por el fallecimiento de sus miembros, aunque sea en número tal que quedaran reducidas a no poder cumplir el fin de su institución. Corresponde al Gobierno, si los estatutos no lo hubiesen previsto, declarar disuelta la corporación, o determinar el modo cómo debe hacerse su renovación”*.

Por tanto, la muerte de los miembros integrantes de una corporación no constituye una causa específica de extinción de la persona jurídica, pero puede llegar a serlo si ella se traduce en la imposibilidad de cumplir los estatutos, lo que es materia de consideración de la autoridad pública competente, según se ha visto (*supra*, n° 1196).

Como observa Salvat la situación que provoca la muerte de los miembros de una corporación, en número tal que ello pueda obstar al cumplimiento del fin de la misma, debe ser resuelta en función de las respectivas previsiones contenidas en los estatutos. Si éstos prevén el caso debe estarse a lo que decidan, pero si nada dijera la autoridad administrativa debe intervenir ya para disolver la corporación retirándole la personería jurídica por imposibilidad de cumplir los estatutos, en el caso el fin de la institución (conf. art. 48, inc. 2°) ya para determinar el modo de la renovación de la entidad a fin de restituirla a un número conveniente de miembros. Esto último es imperioso cuando la corporación ha perdido tal número de miembros que los restantes no pueden deliberar válidamente, pues si subsistiera un número suficiente para sesionar lógico es dejar a ellos que usen las facultades que le confiere el art. 38 del Código para admitir miembros y regularizar así el desenvolvimiento de la entidad ²⁴⁵.

²⁴⁵ Salvat, R., *op. cit.*, n° 1295, p. 596; conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 716, p. 538.

1198 bis. SILAS CAUSALES DE EXTINCIÓN EXAMINADAS ALCANZAN A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.— Desde el punto de vista de su estructura las sociedades anónimas participan del género de las corporaciones, diferenciándose de las corporaciones civiles por el fin lucrativo de aquellas que se opone al fin desinteresado de estas últimas. De ahí que se haya discutido si las causales de extinción de las personas jurídicas privadas, en general, o de las asociaciones en particular, se aplican también a las sociedades anónimas.

a) Según la opinión de Salvat y de Cámara, las disposiciones que hemos estudiado no se aplicaban a las sociedades anónimas las que tenían un régimen propio de disolución establecido en los arts. 369 a 371 del Código de Comercio ²⁴⁶, ahora derogados por la ley 19.550.

b) Para otra opinión, seguida por la doctrina dominante y, adoptada por la jurisprudencia judicial y administrativa, a la que nosotros adherimos, las disposiciones estudiadas regían también a las sociedades anónimas. Ello no implicaba desconocer la vigencia de los recordados artículos del Código de Comercio, pero era menester recordar que subsidiariamente en cuanto a lo no previsto por ellos se aplicaba el Código Civil, en virtud de lo dispuesto en el art. I del título preliminar de aquel Código. Consiguientemente, no teniendo las sociedades anónimas nada en particular que obligue a la exclusión de las disposiciones referentes al género de entidades a que ellas pertenecen, y faltando el precepto legal que prohíba en el caso la aplicación subsidiaria del Código Civil, debía concluirse que esto último era procedente ²⁴⁷.

La conclusión expuesta tenía excepcional importancia, ya que por aplicación de las previsiones generales del Código Civil, era posible por vía de sanción disponer la cancelación de la personería jurídica de una sociedad anónima cuya actuación estuviese en pugna con los intereses públicos (conf. art. 48, inc. 2º, Cód. Civ.), no obstante no existir previsión equivalente en el articulado mercantil ²⁴⁸.

1198 ter. LEY DE SOCIEDADES 19.550.— Esta ley, publicada el 25 de abril de 1972 y que entró a regir el 22 de octubre del mismo año, ubica el problema re-

²⁴⁶ Salvat, R., *op. cit.*, n° 1282, ap. 2º, p. 591; Cámara, H., *Disolución de la sociedad anónima por retiro de la autorización gubernativa*, "Rev. Jurídica de Córdoba", enero-marzo 1949, ps. 125 y ss.

²⁴⁷ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 718, p. 539; Busso, E., *op. cit.*, t. I, arts. 48-49, p. 393, n° 9; Segovia, L., *Código de Comercio*, t. I, n° 1366, p. 423 y n° 1156, p. 362; Malagarriga, C., *Código de Comercio comentado*, t. 2, p. 302; Fernández, R. M., *Código de Comercio comentado*, t. I, vol. 2º, p. 513; Sup. Corte Tucumán, "L.L.", t. 39, p. 242; decreto del P.E.N. 9997/48, de disolución de las sociedades anónimas del grupo Bemberg (*Boletín Oficial*, 9 de abril de 1948). Pero se ha decidido que las reglas de disolución de las sociedades anónimas no se aplican a las corporaciones civiles. Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 36, p. 532 y "Gac. del Foro", t. 95, p. 303.

²⁴⁸ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 718 "in fine", p. 539.

señado en el número anterior en términos diferentes. En efecto, lo relativo a la personería de las sociedades anónimas ya no se gobierna por el sistema de concesión estatal, sino por el sistema normativo de constitución: los interesados constituyen la sociedad anónima por escritura pública o instrumento privado y presentan la documentación a la autoridad de contralor —en la Capital Federal la Inspección General de Personas Jurídicas— para que ésta verifique el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales. “Conformada la constitución, el expediente pasará al juez de registro, quien dispondrá la inscripción si la juzgara procedente” (art. 167, cláusula 2ª ley 19.550). Contra las decisiones denegatorias de la autoridad administrativa o del juez de registro hay un recurso judicial (conf. art. 169 de dicha ley).

En cuanto a la terminación de la entidad ya no se habla de retiro de la personería jurídica, sino de la disolución de aquella que puede gestionar, ante la justicia, la autoridad administrativa en los casos que la ley prevé (conf. art. 303, inc. 3º de la ley 19.550). Ha desaparecido, pues, el criterio discrecional de esta autoridad con respecto a las sociedades anónimas.

1199. AUTORIDAD A LA QUE INCUMBE EL RETIRO DE LA PERSONERÍA JURÍDICA.— Así como el reconocimiento de la personería jurídica depende de un acto administrativo emanado de la autoridad competente para ello —el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo—, igualmente el retiro o cancelación de esa personería es función propia del mismo poder que ha intervenido en el nacimiento de la entidad. Es lo que expresa el art. 48 al señalar que ello puede ocurrir ya por “virtud de la ley”, ya por decisión administrativa (conf. nuevo art. 48 parte final), o sea, decreto del Poder Ejecutivo o resolución ministerial (conf. decreto 2801/66 e implícitamente art. 10, inc.j], ley 22.315).

Se ha observado que el Código no resuelve al decir que procede la disolución “en virtud de la ley” cuál es el poder al que incumbe el acto de cancelación de la personería, pues aquella frase no indica la necesidad de que sea inexcusablemente la autoridad legislativa, sino que la medida se funde en los presupuestos contemplados por la ley cuando no ha sido solicitada previamente por los mismos integrantes de la corporación ²⁴⁹. De ahí que quepa hacer aplicación de las reglas de lógica jurídica que permite sentar el principio de que incumbe decretar la extinción de la persona jurídica a la autoridad competente para proveer al reconocimiento de su personalidad ²⁵⁰.

Barcía López ha sustentado una opinión diferente. Para este autor incumbe al Poder Judicial apreciar definitivamente si la persona jurídica ha incurrido en las causales de extinción que se le puedan imputar, puesto que en “nuestra organiza-

²⁴⁹ Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1289, p. 593.

²⁵⁰ Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1289, p. 594.

ción constitucional le corresponde semejante función, en el orden de las relaciones privadas, de carácter civil y comercial, como son las que se encuentran afectadas por el fin de la existencia de tales sujetos (corporaciones o sociedades anónimas) equiparadas bajo este aspecto a las personas visibles” ²⁵¹.

Entendemos que al sentar el principio de que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo son los órganos estatales competentes para retirar la personería jurídica, no se impide que el Poder Judicial actúe en su función específica de amparar el derecho de los particulares, lo cual puede concretarse por la eventual revisión de lo obrado por aquellos otros poderes. De esto nos ocuparemos seguidamente.

1200. REVISIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE CANCELA LA PERSONERÍA JURÍDICA.— La doctrina de los autores considera que es viable discutir la legitimidad del acto administrativo que cancela el otorgamiento de la personalidad jurídica, cuando la decisión se funda en la existencia de hechos a los que objetivamente la ley erige como causales de extinción de esa personalidad, pero en cambio reputa inadmisibles la revisión cuando la autoridad administrativa ha hecho uso de facultades discrecionales a ese respecto ²⁵².

Esa distinción se basa en la de *facultades regladas jurídicamente* y *facultades discrecionales*. Si se trata de las primeras, lo obrado en función de ellas no escapa al contralor de legitimidad que incumbe a los tribunales de justicia, para apreciar si los actos administrativos son válidos. Pero, en cambio, si la autoridad administrativa funda la decisión objetada en facultades discrecionales ya la revisión no es posible, porque ello equivaldría a sustituir el criterio de un Poder estatal, en cuanto a la oportunidad y acierto en el ejercicio de sus atribuciones, por el de otro Poder con el consiguiente quebranto del justo equilibrio que debe reinar entre los distintos departamentos de gobierno para asegurar una buena organización social y respetar el orden constitucional.

Por lo demás ha observado Borda que, a veces, las causales de extinción no son susceptibles de ser valoradas por los jueces, como ocurre cuando se dispone la disolución de la entidad por ser ello necesario o conveniente a los intereses públicos. “Sólo el Ejecutivo, que es el poder administrador, puede juzgar si las actividades de una persona jurídica son o no contrarias a los intereses públicos. ¿De qué medio podrían valerse los jueces para poder apreciar si una sociedad anónima interfiere o no en la política económica nacional, si sus actividades son o no contrarias al desenvolvimiento comercial o industrial del país? El Poder Judicial carece de los organismos técnicos indispensables para apreciar los complejíssimos fenó-

²⁵¹ Barcía López, A., su nota en “J.A.”, t. 43, p. 831, n° 11.

²⁵² Con. Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 884, ps. 491-492; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 719, ps. 540-541.

menos contemporáneos; por lo demás es inadmisibile que los jueces puedan interferir con la acción del Ejecutivo, que tiene sobre sí la responsabilidad de la conducción de la economía nacional. Los jueces sólo pueden apreciar si las actividades de una persona jurídica se ajustan o no a sus estatutos; pero es muy posible que aun ajustándose a ellos, sus actividades resulten contrarias a los intereses públicos ya sea por un cambio en las circunstancias imperantes en el momento en que los estatutos fueron aprobados, ya sea porque los administradores se han ingeniado para desarrollar actividades perjudiciales a los intereses públicos sin salirse de los límites de aquellas normas”²⁵³.

En suma, procede impugnar judicialmente el acto administrativo de cancelación de la personería jurídica cuando la autoridad ha ejercido facultades regladas jurídicamente, lo que ocurre cuando funda su decisión en la existencia de hechos a los que, objetivamente, la ley atribuye la virtualidad de provocar aquella medida. Y entonces la revisión judicial es factible si se acredita que tales hechos no reunían los caracteres legales apropiados para dar lugar a esa consecuencia, v.gr., cuando se demuestra la posibilidad de dar cumplimiento a los estatutos (conf. art. 48, inc. 2°, cláusula 2°), o la subsistencia de bienes (conf. art. 48, inc. 3°), o la posibilidad de alcanzar todavía el fin de la institución, o se acreditan las fallas que pudo tener la deliberación de los miembros aprobada por la autoridad competente, por la que se dispuso la disolución de la corporación (conf. art. 48, inc. 1°).

Pero la revisión judicial no es aceptable cuando la autoridad administrativa ha hecho valer *facultades discrecionales* que no están regladas jurídicamente: es el caso de la sanción de retiro de la personería jurídica, por haber transgredido la entidad las condiciones o cláusulas de la autorización legal, o por ser su disolución “necesaria o conveniente a los intereses públicos” (conf. art. 48, inc. 2°).

Finalmente, consideramos que sería viable la revisión judicial, cuando no obstante tratarse de facultades discrecionales, apareciera su ejercicio como *evidentemente abusivo*, pues de otra manera le bastaría al Poder administrador invocar sus facultades discrecionales para eximirse de todo contralor de legitimidad en su actuación. No se trata, naturalmente, de eso, ni de que pueda, so pretexto de ejercer atribuciones propias, eludir la eventual revisión en función de los notorios motivos que hubiesen originado la medida discutida. Pero, en cambio, si razonablemente es dable pensar que el acto de cancelación de la personería se basa en facultades discrecionales de la autoridad administrativa, esto es suficiente para excluir la intervención del Poder Judicial que sería incompetente para conocer en el caso.

1200 bis. LEY 17.711: REVISIÓN JUDICIAL DE LA CANCELACIÓN DE LA PERSONERÍA JURÍDICA.— La ley 17.711 ha confirmado la enseñanza expuesta en el n° 1200. Así resulta de la parte final agregada al art. 48 que dice así: “La decisión administrativa sobre retiro de la personería o interven-

²⁵³ Borda, G. A., t. I, n° 720, p. 542.

ción a la entidad dará lugar a los recursos previstos en el art. 45. El juez podrá disponer la suspensión provisional de los efectos de la resolución recurrida". Como el recurso se abre en las condiciones expresadas en el art. 45, esta vía procede por tacha de *ilegitimidad* o de *arbitrariedad*. Remitimos, pues, a lo que hemos dicho a ese respecto, *supra*, en el n° 1179 bis.

Finalmente, es de notar que el juez está facultado para disponer una medida de no innovar que suspende el cumplimiento de la decisión administrativa que ha sido recurrida ante él. Asimismo, puede recabarse la *intervención* de la entidad sin cuestionarse su personería.

1201. JURISPRUDENCIA.— La jurisprudencia de los tribunales y en especial de la Corte Suprema, corrobora las conclusiones sentadas en el n° 1200 y que han quedado cristalizadas en la ley 17.711.

En un antiguo fallo la Corte declaró la ilegalidad de un decreto del Poder Ejecutivo de la provincia de San Juan, que había extinguido la personalidad de la Sociedad de Beneficencia de San Juan por no haberse ajustado a la forma y razones legales, por el cual se había privado a una entidad de sus bienes violando con ello los arts. 13 y 17 de la Constitución Nacional ²⁵⁴ En otro fallo aclaró el tribunal la frase usada en el ya referido —“no puede extinguir sino en la forma y por las razones de derecho...”— en el sentido de que ella significaba que el Poder Ejecutivo sólo podía retirar una personería jurídica en los casos de los arts. 48 y 49 del Código Civil, sin perjuicio de las acciones judiciales de los particulares que se creyeran perjudicados por esa medida ²⁵⁵.

Esto significa admitir una amplia revisión judicial de lo obrado en este sentido por el Poder administrador, pero luego ha venido la rectificación en el caso que ya hemos citado (ver *supra*, n° 1179) “Standard Oil c/Gobierno de la Nación”, en el cual se declaró que “el acto por el cual el Poder Ejecutivo niega su autorización a una sociedad anónima fundado en que reputa su existencia contraria al interés público, con explícita enunciación de las razones que deciden su juicio, no es judicialmente revisible” ²⁵⁶, criterio igualmente aplicable al supuesto de retiro de la personería por idénticas motivaciones.

En igual sentido se expidió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ²⁵⁷.

Después de la sanción de la ley 19.550, esta jurisprudencia carece de aplicación con respecto a las sociedades anónimas (*supra*, n° 1198 ter). Es que tratándose de intereses privados se ha considerado que bastaba el juego de los principios generales, art. 953, Código Civil, y arts. 18, 19 y 20, ley 19.550.

²⁵⁴ C.S.N., “Fallos”, t. 11, p. 139.

²⁵⁵ C.S.N., “Fallos”, t. 125, p. 168. Conf. *id.*, *id.*, t. 119, p. 364.

²⁵⁶ C.S.N., “J.A.”, 1946-I, p. 712.

²⁵⁷ Sup. Corte Bs. As., “J.A.”, t. 43, p. 827, con nota de Barcía López.

1202. EFECTOS DEL RETIRO DE PERSONERÍA JURÍDICA.— El efecto inmediato del retiro de la personería jurídica es provocar la extinción del sujeto de derecho que la ostentaba.

A este respecto no sería aceptable la opinión que admitiera la subsistencia de la corporación disuelta, no en calidad de persona jurídica sino de simple asociación carente de ese carácter ²⁵⁸.

Según nuestro criterio la llamada simple asociación es también un sujeto de derecho de capacidad más restringida en comparación con las personas jurídicas. Es dable optar por la forma de personalidad de las “personas jurídicas” que importa la plena capacidad jurídica, o por las formas de personalidad de las “simples asociaciones” que tienen capacidad menor. La existencia de unos y otros sujetos de derecho es por entero independiente, de manera que la extinción de la primera forma da lugar a las consecuencias normales de toda extinción, con la consiguiente liquidación de bienes, pago de deudas y destino del remanente de bienes de acuerdo a las previsiones estatutarias o en su defecto, computación de los bienes como vacantes, sin que los miembros de la entidad disuelta puedan al margen de los estatutos disponer de otra manera, así fuere por la opción extemporánea de constituir una “mera asociación”. Naturalmente que ellos pueden constituir, antes o después, una “simple asociación” con tal que su objeto sea lícito, y dispongan del modo como habrán de reunir el capital social, pero para esto no podrán contar con el remanente de los bienes de la extinguida persona jurídica, pues tales bienes tienen un destino señalado por los estatutos o la ley, que no puede ser cambiado por los ex miembros de la entidad disuelta que son personas jurídicamente distintas de ella y que carecen de toda atribución sobre su patrimonio, salvo lo que pudieren establecer los respectivos estatutos.

V.— DESTINO DEL PATRIMONIO

1203. CONSECUENCIA DE LA EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.— Producida la extinción de la persona jurídica es indispensable fijar la suerte de su patrimonio como así también de las relaciones jurídicas que estuviesen pendientes.

De ello se ocupa el art. 50 que dice así: “Disuelta o acabada una asociación con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que a ella pertenecían, tendrán el destino previsto en sus estatutos; y si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como va-

²⁵⁸ Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1282, 1°, ps. 590-591; Busso, E., *op. cit.*, t. I, arts. 48-49, p. 398, n° 43; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 721, p. 543; Páez, J. L., *El derecho de las asociaciones*, n° 234, p. 499; Cám. Civ. 1°, Jur. Trib. Nac., p. 121; *id.*, *id.*, año 1914, p. 190.

cantes y aplicados a los objetos que disponga el cuerpo legislativo, salvo todo perjuicio a tercero y a los miembros existentes de la corporación”.

De lo expuesto en el artículo transcrito surge que la extinción de la persona jurídica da lugar a un proceso patrimonial señalado por los siguientes pasos: 1) liquidación de los bienes o sea reducción de los bienes a dinero efectivo u otra calidad análoga que permita la adjudicación de los mismos a quienes corresponda; 2) pago de las deudas de la persona jurídica; 3) aplicación del remanente de los bienes al destino final que sea procedente.

Es de observar que no obstante referirse la disposición legal sólo a las corporaciones, su régimen se consideró aplicable también a las fundaciones por analogía de situación ²⁵⁹.

La Ley de Fundaciones 19.836 ha decidido este asunto mediante el art. 30 que dice: *“En caso de disolución el remanente de los bienes deberá destinarse a una entidad de carácter público o a una persona de carácter privado de bien común, sin fines de lucro y domiciliada en la República, salvo cuando se trate de fundaciones extranjeras. Las decisiones que se adopten en lo referente al traspaso del remanente de los bienes requerirán la previa aprobación de la autoridad administrativa de control”.*

Esto significa que a falta de previsión en los estatutos sobre el destino de los bienes de la fundación, ello puede ser materia de decisión de las propias autoridades, con arreglo al criterio legal y con aprobación del Estado. Hay así, una variante de importancia, en comparación con lo que ocurre si se trata de asociaciones.

1204. LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO.— Decretada la extinción de la corporación o fundación cesa la personalidad de ésta y con ella la investidura que correspondía a sus organismos directivos ²⁶⁰.

Con todo, como es indispensable proceder a la liquidación del patrimonio de la entidad, se considera que la función de aquellos organismos se prolonga, al solo efecto de esa liquidación, por el tiempo necesario para que los bienes sean liquidados. Esta es una imposición de las circunstancias que obliga a admitir una prolongación de la personalidad de la entidad ya extinguida, a ese solo efecto ²⁶¹. Es corriente que en ese supuesto, como ocurre en los previstos por los arts. 1777 y ss.

²⁵⁹ Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 282, 3°, p. 591; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 50, p. 399, n° 3.

²⁶⁰ Cám. Civ. 2°, “J.A.”, t. 52, p. 530.

²⁶¹ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 722; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 50, p. 400, núms. 8 y ss.; Gorostiaga, N., *Consecuencias de la extinción de las personas jurídicas*, “Rev. Fac. de Derecho”, Bs. As., 1932, t. 10, ps. 20 y ss.; Ferrara, F., *op. cit.*, n° 138, ps. 903 y ss. Contra: Cám. Civ. 2°, “J.A.”, t. 52, p. 530.

del Código de Comercio, sea identificada la masa en liquidación por el nombre de la extinguida persona jurídica, con el aditamento “en liquidación”.

Según nuestra opinión, durante el período de la liquidación no se está en presencia de la actuación de un sujeto de derecho, sino de la realización de una masa de bienes que pertenecen a “uno o varios titulares, a veces ciertos, a veces momentáneamente indeterminados” ²⁶².

1205. PAGO DE DEUDAS.—Practicada la liquidación del patrimonio de la extinta persona jurídica, el producido de la misma debe aplicarse al pago de las deudas de aquélla, como se infiere del art. 50 que en su parte final obliga a desinteresar a todo tercero que tuviere algún derecho de índole patrimonial a cargo de la ex persona jurídica.

Dentro de este concepto cabe también la satisfacción de las prestaciones que correspondieren a obligaciones exigibles, como escrituración de inmuebles o entrega de cosas existentes en el patrimonio del deudor. En cuanto a las obligaciones pendientes de plazo, se harán exigibles por decaimiento del plazo (arg. art. 572) si la ex persona jurídica fuera la deudora.

1206. DESTINO FINAL DE LOS BIENES DE LAS ASOCIACIONES.—El remanente del producido de los bienes que ha arrojado la liquidación de ellos, luego de satisfecha las deudas de la extinguida asociación, debe aplicarse al destino previsto en los estatutos de aquélla o en su defecto al “objeto que disponga el cuerpo legislativo”. Se trata de dos directivas, una de las cuales está subordinada a la otra.

En primer término se atiende a las prescripciones estatutarias porque ellas constituyen la ley fundamental de la entidad ²⁶³ con virtualidad bastante para regir no sólo lo referente a la vida de ella sino también con respecto a su muerte o extinción ²⁶⁴.

Subsidiariamente, si los estatutos nada dijeren los bienes se reputan vacantes y en esa calidad son entregados al organismo estatal correspondiente (conf. art. 2342, inc. 3°, Cód. Civ.). Según entendemos no corresponde adjudicar tales bienes al Consejo Nacional de Educación porque la afectación prevista en el art. 44, inc. 10, de la ley 1420 contempla “los bienes que por falta de herederos correspondiesen al fisco nacional en la Capital, colonias y territorios nacionales”, situación ajena a las que presenta la extinción de una persona jurídica ²⁶⁵.

²⁶² Orgaz, A., *Personas individuales*, p. 24, texto nota 38.

²⁶³ Salvat, R., *op. cit.*, n° 1296, ap. a), p. 596.

²⁶⁴ Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 50, p. 401, n° 14.

²⁶⁵ Comp. Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 888, p. 494.

1207. REINTEGRO A LOS MIEMBROS DE LA ENTIDAD EXTINGUIDA.— Según el art. 50 ya transcripto, la aplicación del remanente de los bienes de la extinta persona jurídica se hará al objeto designado por la ley, luego de salvado “*todo perjuicio a tercero y a los miembros existentes de la corporación*”.

De aquí pareciera reconocerse un derecho de dichos miembros a ser reintegrados de lo que hubieren puesto para formar el capital de la entidad.

Generalmente se distingue entre las entidades con fin lucrativo y las de finalidad altruista o desinteresada. Si se trata de las primeras el remanente de bienes ha de distribuirse entre los socios en proporción a sus respectivos aportes y cubiertos éstos “el excedente se distribuirá en proporción a la participación de cada socio en las ganancias” (art. 109 de la ley de sociedades 19.550): por tanto no hay posibilidad de que resulten bienes vacantes, ya que los bienes de esa clase de entidades que sean disueltas pertenecen a los socios. En cambio si las corporaciones persiguen fines altruistas, sus bienes se reputan vacantes sin posibilidad de reintegro alguno a favor de sus asociados, por la independencia de personalidad de éstos en comparación con la de la entidad ²⁶⁶.

Nosotros pensamos, respecto de este último punto, que en ausencia de otra disposición estatutaria que fijase el destino de los bienes de otra manera, correspondería reintegrar “a los miembros existentes de la corporación” el aporte con que cada uno hubiese concurrido a formar el capital de la entidad, reputándose vacante el saldo de bienes que quedase. De ese modo se da cumplimiento a la directiva del art. 50 que quiere dejar a “*salvo todo perjuicio a tercero y a los miembros existentes de la corporación*”, pues si así no fuere esta mención no tendría explicación alguna.

Con esta inteligencia siempre subsiste clara diferencia entre las corporaciones de fines egoístas o desinteresados, pues mientras las primeras no dan lugar al régimen del art. 50, otra cosa ocurre con las corporaciones que persiguen fines altruistas, las que caen bajo la vigencia del art. 50 y en consecuencia dan lugar a una final adjudicación de bienes vacantes, luego de desinteresado todo tercero y de devueltos a “los miembros existentes” los fondos que hubiesen puesto en el capital de la corporación ²⁶⁷.

VI.— PERSONAS JURÍDICAS CONSTITUIDAS FUERA DEL PAÍS

1208.— En los desarrollos anteriores sólo hemos tomado en cuenta para explicar su constitución, capacidad y extinción a las personas jurídicas constituidas

²⁶⁶ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 50, p. 403, núms. 32-35; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 723, b), p. 544; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 887, p. 494; Salvat, R., *op. cit.*, n° 1298, p. 597.

²⁶⁷ Conf. Machado, J. O., *op. cit.*, t. I, ps. 111-112; Lafaille, H., *Apuntes de Derecho Civil*, tomados por Busso y Morixe, t. I, p. 236, nota 2.

en nuestro país. Cuadra ahora decir una palabra con relación a las personas constituidas en el extranjero, de cuyo régimen trata con la intensidad que corresponde, el derecho internacional público y el derecho internacional privado.

1209. REGLA GENERAL.— A este respecto el art. 34 del Código Civil, dice: “*Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, los establecimientos, corporaciones o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior*”.

Siguiendo las líneas fundamentales de este precepto enunciaremos muy sintéticamente los principios aplicables a esa clase de personas, distinguiendo entre ellas las personas públicas y las privadas.

1210. PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS.— Son aquellas a las que se reconoce existencia extraterritorial, según los principios del derecho internacional público. Tales son, según el art. 34, los Estados extranjeros, las provincias o municipios existentes en ellos, y los establecimientos públicos o entidades autárquicas desprendidas de esos Estados, y dotados de personalidad jurídica conforme al ordenamiento jurídico de origen.

Estas personas no requieren para su reconocimiento de un acto administrativo expreso sino que queda involucrado en el mantenimiento de relaciones diplomáticas de nuestro país con el Estado soberano extranjero del cual dependan todas esas otras personas que en cierto modo son desprendimientos suyos ^{267 bis}.

En cuanto a la *capacidad* la ley no hace distingo alguno de modo que se impone reconocerles una amplia aptitud para adquirir derechos que no les están prohibidos a las personas de su índole.

Al tiempo de discutirse el Proyecto de 1936 se consideró la posibilidad de restringir la capacidad de los Estados extranjeros para adquirir bienes raíces en nuestro país, pero la tentativa de la que hemos dado cuenta *supra*, n° 1133, no prosperó.

1211. PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS.— Con respecto a su reconocimiento como personas jurídicas, está subordinado al cumplimiento de los mismos requisitos explicados para las personas nacionales de esa misma categoría (véase *supra*, núms. 1164-1172).

Desde luego para que proceda la autorización estatal a su respecto es indispensable que tales entidades desplieguen una actividad permanente en el país.

Pero si se limitan a una actividad aislada, como la presentación en una licitación pública para optar a la adjudicación de una obra del mismo carácter, no necesitan el reconocimiento de nuestras autoridades bastando la justificación de que

^{267bis} Conf. Cám. Civ. 1ª, “L.L.”, t. 19, p. 50 y “J.A.”, t. 71, p. 400.

son reputadas como sujetos de derecho en el país de origen y siempre que éste mantenga con el nuestro relaciones diplomáticas ²⁶⁸.

Las *personas jurídicas comerciales* están sujetas a un régimen diferente. Aun para actuar con carácter permanente, las sociedades constituidas en un país que mantenga con el nuestro relaciones diplomáticas, no necesitan recabar autorización expresa de nuestras autoridades, siendo suficiente la justificación de los recaudos indicados en el art. 118 de la ley de sociedades 19.550.

Las *compañías de seguros* no gozan de las franquicias mencionadas, debiendo recabar en todos los casos la pertinente autorización de nuestras autoridades (art. 2° de la ley 20.091).

En cuanto a la determinación de la *nacionalidad* de las personas jurídicas privadas se les atribuye la del país de su constitución ²⁶⁹.

VII.— LEGISLACIÓN COMPARADA. PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

1212.— Finalizaremos este párrafo dando alguna noticia sobre la legislación de las personas jurídicas que prevalece en los países extranjeros acerca de los tópicos estudiados. Luego procederemos del mismo modo con respecto a los proyectos de reforma del Código Civil.

1213. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Acerca de la constitución de las personas jurídicas se observan tres sistemas diferentes: el de la autorización estatal, el de la inscripción en los registros pertinentes, y el de la libertad de constitución.

a) El primero de esos sistemas es similar al de nuestra propia legislación con escasas variantes, y prevalece en España, Italia, Portugal y Holanda ²⁷⁰.

b) El segundo es el más difundido: la personería jurídica se obtiene por inscripción, en un registro público llevado al efecto, de la documentación referente a

²⁶⁸ Conf. Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 881, ps. 489-490; Borda, G. A., t. I, n° 642 bis, p. 487; Romero del Prado, E., *Manual de derecho internacional privado*, Bs. As., 1944, t. I, n° 48, ps. 940 y ss.; Cám. Civ. 1°, "J.A.", t. 34, p. 183; Cám. Civ. 2°, "Gac. del Foro", t. 64, p. 36; íd., "J.A.", t. 18, p. 1110 y t. 10, p. 175. Por nuestra parte hemos puntualizado que se trata de personas jurídicas constituidas en país extranjero que mantienen relaciones diplomáticas con el nuestro, porque el fundamento de la exención acordada con motivo de algún acto aislado reside en el reconocimiento de la personalidad del país de origen, efectuado mediante el mantenimiento de relaciones diplomáticas con el mismo.

²⁶⁹ C.S.N., "Fallos", t. 102, p. 168; íd., íd., t. 132, p. 225, y "J.A.", t. 5, p. 196; íd., "J.A.", t. 38, p. 34; íd., íd., t. 40, p. 14; t. 43, p. 27; t. 47, p. 394 y t. 76, p. 6.

²⁷⁰ Cód. italiano, art. 12; Cód. portugués, art. 158; decreto del Gobierno Español del 25 de enero de 1941, art. 1°; Ley holandesa del 22 de abril de 1855.

la constitución de la entidad. Este es el sistema seguido por los códigos sudamericanos más recientes como el venezolano (art. 19), peruano (art. 42) y el brasileño (art. 18), si bien este último lo exceptúa tratándose de compañías de seguros, montepíos o cajas económicas (art. 20) y fundaciones (art. 27), para requerir a su respecto la autorización estatal.

El Código Civil suizo sigue este sistema, con relación a las asociaciones de finalidad económica (art. 52).

El Código alemán, aparentemente lo deja de lado como principio general, pues requiere la aprobación del Estado para las asociaciones con fines económicos en general (art. 22), pero en la práctica esa directiva está cubierta por excepciones: las sociedades anónimas, las comanditas por acciones, las de responsabilidad limitada, obtienen personalidad jurídica sin necesidad de autorización estatal y por su sola inscripción en el Registro correspondiente. Por eso, afirma Enneccerus, que quienes desean asociarse con fines económicos siempre pueden encontrar la forma de eludir la necesidad de la autorización oficial previa ²⁷¹.

Finalmente, en Francia, luego de la ley del 1° de abril de 1901 sólo las fundaciones —establecimiento de utilidad pública— requieren la autorización del Estado para ser personas jurídicas. Las asociaciones la obtienen por la simple declaración ante la prefectura del departamento o subprefectura del lugar donde la entidad tenga su sede social (arts. 2° y 5° de la ley citada). Las sociedades de socorros mutuos y los sindicatos profesionales por el cumplimiento de los requisitos indicados en el Título 1° del Libro II del Código del Trabajo ²⁷².

c) El último sistema elimina para el nacimiento de las personas jurídicas no sólo la autorización estatal, sino hasta la misma necesidad del registro. Es lo que ocurre en Bélgica, cuya ley de asociaciones de 1921 (art. 3°) confiere la personalidad a las entidades que publiquen sus estatutos en el Monitor. En Suiza se aplica ese sistema para las asociaciones desde que “expresen en sus estatutos la voluntad de organizarse corporativamente” (art. 60, Cód. Civ.).

1214. LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.— Sintetizamos seguidamente lo relativo a la constitución y extinción de las personas jurídicas, en los proyectos nacionales de reforma del Código Civil.

a) El *Anteproyecto Bibiloni* mantuvo el sistema de constitución de las personas jurídicas mediante autorización estatal, propio del Código Civil (art. 188, primera redacción; art. 167, segunda redacción). En cuanto a la extinción de las mismas reprodujo las causales mencionadas en el art. 48 del Código, agregando como causal nueva “la declaración judicial de insolvencia” (art. 204, primera redacción; art. 183, segunda redacción). Finalmente, supliendo la laguna del Código que omi-

²⁷¹ Enneccerus, *op. cit.*, t. I, vol. 1°, p. 460.

²⁷² Savatier, R., *Cours de Droit Civil*, 2ª ed., 1947, t. I, n° 584, p. 292

te lo referente a la extinción de las fundaciones, dispuso que “las fundaciones se extinguen por las causas que producen la disolución de las corporaciones” (art. 219, primera redacción; art. 197, segunda redacción).

b) El *Proyecto de 1936* se atiene en lo fundamental a las directivas precedentes, con la diferencia importante de crear un recurso de apelación ante el Superior Tribunal competente en función del domicilio de la entidad, contra el decreto del Poder Ejecutivo que retire la personería jurídica por el abuso o transgresión de las cláusulas del reconocimiento, o imposibilidad de cumplir los estatutos (art. 90, inc. 3°).

c) El *Anteproyecto de 1954* sigue en lo fundamental a los proyectos mencionados. Elimina el recurso judicial contra el retiro de la personería jurídica, volviendo así al sistema de Bibiloni que no lo preveía, por considerar repugnante al equilibrio de los poderes establecidos en la Constitución Nacional tal revisión por el Poder Judicial de una decisión de otro Poder adoptada en el ejercicio de facultades propias no regladas jurídicamente (véase *supra*, n° 1200). Elimina también la nueva causal de extinción creada por los proyectos anteriores, consistente en “la declaración judicial de insolvencia”, porque esa novedad privaría a las corporaciones y fundaciones de la posibilidad de resolver la situación por la celebración de un concordato con los acreedores, lo que importaría para ellas una irritante desigualdad en comparación con las sociedades anónimas que pueden hacer uso de ese derecho. Finalmente, también se excluye la insuficiencia de bienes para lograr el fin de la institución, como causa de extinción que pueda funcionar de pleno derecho, tal como parece serlo por la mención separada que hace de ella y sin referencia a medida alguna de la autoridad, tanto el art. 48, inc. 3° del Código, como el art. 204, inc. 3°, del Anteproyecto Bibiloni (art. 183, inc. 3°, de la segunda redacción) y el art. 90, inc. 4° del Proyecto de 1936.

Según nuestro punto de vista la insuficiencia de bienes —y la insolvencia es un estado particular de aquella situación— es sólo un presupuesto que es dable computar por la autoridad administrativa para retirar la personería jurídica, si no se advierte otro modo de restituir a la entidad la posibilidad patrimonial de lograr sus fines.

§ 5. Personas jurídicas privadas en particular: a) Corporaciones ó asociaciones. Concepto e importancia. Órganos de gobierno. Derechos y deberes recíprocos entre la corporación y sus miembros. El poder disciplinario y su contralor judicial; b) Fundaciones. Concepto. Órganos administrativos y beneficiarios.

I.— PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS EN PARTICULAR

1215. TIPOS ESTRUCTURALES DIFERENTES.— Hasta ahora hemos estudiado a las personas jurídicas privadas en general, es decir, tratamos el régimen común a toda clase de personas de esa índole —la índole jurídica privada—. En los desarrollos siguientes encaramos las diferencias que pueden presentar tales personas en función de su diversa estructura, porque las personas jurídicas privadas pueden presentarse bajo dos estructuras diferentes: la estructura tipo “asociación” y la estructura tipo “fundación”.

En una síntesis muy sumaria, estos dos tipos aparecen, la asociación como un ente que recibe su vida de la actividad de los miembros que la componen, en tanto que la fundación se presenta como un dispositivo humano de gobierno de bienes puesto al servicio de una finalidad altruista independiente de las personas que crean la entidad. Mientras en la asociación, ésta recibe su ser del sustrato que le brindan los asociados que realizan a través del ente una finalidad común a todos ellos, la fundación persigue una finalidad extraña a la de las personas que la han originado.

El antiguo art. 33, inc. 5°, del Código Civil realizaba una desordenada enunciación de entidades que responden a uno y otro tipo de persona jurídica privada, y que era posible clasificar en una u otra categoría, si bien algunas de las entidades citadas pueden organizarse, alternativamente, bajo la forma de “corporación” o de “fundación”. La ley 17.711 ha puesto en orden el asunto.

Son “asociaciones” las comunidades religiosas, las sociedades anónimas y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que reúnan los demás requisitos propios de las personas jurídicas (véase *supra*, n° 1165).

Son “fundaciones”: los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios.

Pueden revestir la forma de “asociación” o de “fundación” los colegios y universidades. Esto último ocurre cuando los profesores no forman parte de la entidad sino que son empleados suyos: es el caso de muchas universidades norteamericanas creadas en virtud de una donación o legado, que se organizan según los módulos indicados por el fundador, y contratan profesores para llenar los fines propuestos. En cambio los colegios y universidades, son “asociaciones” cuando

varios profesores se unen para impartir organizadamente la enseñanza, eligen las autoridades de la entidad como delegados de la asamblea de asociados, y proveen con sus aportes el capital de la entidad.

1216. COMPARACIÓN.— Entre las asociaciones y las fundaciones pueden observarse las siguientes diferencias:

1) Las asociaciones tienen miembros o socios que reciben el beneficio de la actividad de la entidad; las fundaciones carecen de miembros, sólo tienen administradores y beneficiarios de la entidad que son extraños a ella.

2) El estatuto de la asociación se origina en la voluntad de sus miembros que pueden modificarlo de conformidad a las previsiones contenidas en el mismo; el estatuto de la fundación se origina en la voluntad del fundador, que es persona ajena a la entidad misma. Por tanto la fundación no puede cambiar su propio estatuto, que tiene una rigidez incomparablemente mayor. Sin embargo, este aspecto ha sido modificado convenientemente por la ley de fundaciones 19.836 (véase *supra*, n° 1191 ter).

3) El fin de la asociación se realiza en el seno de la misma, pues tiende al beneficio de los propios asociados; el fin de la fundación es externo a la entidad, pues tiende al beneficio de terceros ajenos a ella.

4) De ahí se sigue que los socios de una asociación tienen derecho a exigir de la entidad la prestación de los servicios y beneficios previstos en los estatutos; contrariamente los beneficiarios de una fundación carecen de ese derecho, y sólo la autoridad pública por intermedio de sus organismos de fiscalización y contralor puede rectificar las desviaciones de los estatutos en que hayan incurrido los administradores de la entidad.

II.— a) ASOCIACIONES. CONCEPTO E IMPORTANCIA

1217. CONCEPTO.— La asociación ha sido definida por Enneccerus como “una unión estable de una pluralidad de personas, independiente en su existencia del cambio de miembros, que tiene una constitución corporativa y un nombre colectivo, cuyos bienes son administrados por los mismos miembros. La asociación tiene por lo tanto miembros y administración propia”²⁷³⁻²⁷⁴.

²⁷³⁻²⁷⁴ Enneccerus, *op. cit.*, t. I, vol. 1°, párr. 97, p. 442.

Según la denominación clásica las asociaciones eran las “universitates personarum” que se distinguían de las “universitates rerum” en las que prevalecía el elemento patrimonial, como acontecía en lo que ahora se llama “fundación”.

Para Enneccerus la principal diferencia que separa a las asociaciones de las fundaciones finca en que las primeras son autónomas, es decir son movidas en su actividad por una voluntad propia, mientras que las últimas son heterónomas, puesto que actúan en virtud de la voluntad del fundador, que es extraño a ellas ²⁷⁵

Según Michoud, la distinción radica en esto: en la asociación el interés y la voluntad residen en sus miembros, hay pues convergencia de interés y voluntad; en la fundación hay divergencia de interés y voluntad, puesto que la voluntad emana del fundador y el interés está provisto por los beneficiarios de la obra ²⁷⁶.

Ferrara indica las siguientes notas distintivas: 1) La corporación está constituida por un núcleo de interesados, mientras la fundación carece de ese núcleo interno: los interesados o beneficiarios están fuera del ente; 2) La corporación actúa o realiza un fin propio, la fundación realiza un interés ajeno, ya que su finalidad le viene de afuera, de la orden del fundador; 3) El patrimonio de la corporación es provisto por sus miembros, mientras el patrimonio inicial de la fundación es suministrado por el fundador; 4) La corporación tiene una voluntad que se mueve libremente en la actuación de su fin, en tanto que la fundación tiene una vida pre-establecida, acompasada, ordenada por el fundador, de modo que aquellos llamados a desarrollarla deben atenerse a sus preceptos. Por esto con razón ha dicho Kohler que la corporación tiene órganos dominantes, mientras la fundación tiene órganos sirvientes ^{276 bis}.

1218. IMPORTANCIA.— Innecesario es remarcar la importancia que tienen las asociaciones o corporaciones en la vida moderna. Siendo el hombre un ser gregario, por excelencia, encuentra en la corporación un instrumento adecuado para alcanzar mediante ella finalidades a las que no podría acceder librado a su sola actividad individual: la asociación resulta un multiplicador de energías humanas, ya para emprender grandes obras de construcción, producción o comercialización, ya para organizar en gran escala labores de orden espiritual (acción apostólica, social, cultural, etc.).

1219. CLASIFICACIÓN.— Las asociaciones se dividen en comerciales o civiles, según que se propongan o no un fin utilitario. Las *asociaciones comerciales* persiguen primordialmente un fin de lucro que redundará en beneficio de sus miembros, aunque indirectamente redunde en bien de la sociedad, porque tal vez por la envergadura de la empresa no podría ser encarada con las solas fuerzas de una fortuna particular, v.gr., exploración y cateo de minas, seguros, etc. Las sociedades anónimas se encuentran en esta categoría y son reguladas por las prescripciones pertinentes de la ley 19.550.

²⁷⁵ Enneccerus, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷⁶ Ferrara, F., *op. cit.*, n° 102, ps. 675 y 676.

^{276 bis} Citado por Ferrara, *op. cit.*, nota anterior.

Las asociaciones civiles, por el contrario, persiguen finalidades exentas de lucro y tienden más directamente a la consecución del bien común. Es de observar que estas entidades no pierden su carácter por el hecho de efectuar en el orden de su finalidad una o más operaciones lucrativas: así una sociedad de socorros mutuos o mutualidad puede efectuar préstamos a interés a sus propios asociados sin perder su carácter civil, porque ese acrecentamiento patrimonial obtenido con el manejo del capital social no se aplica a satisfacer el lucro de los socios sino a la mejor realización de sus fines específicos.

III.— ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA ASOCIACIÓN

1220. ENUNCIACIÓN Y CLASIFICACIÓN.— Los órganos de gobierno de una asociación son los resortes de actuación que integran su dispositivo de actividad jurídica.

Tales elementos de actuación tienen su arraigo en los estatutos de la corporación, que ordinariamente crean un órgano deliberativo, al que competen las decisiones fundamentales de la entidad; un órgano ejecutivo que obra bajo las instrucciones del primero al que debe rendir cuentas de su gestión, y un órgano de contralor o vigilancia. Son respectivamente, la asamblea de asociados, la comisión directiva o directorio y el síndico o comisión revisora de cuentas.

Fuera de esos organismos, y respondiendo a la índole peculiar de las actividades cumplidas por la entidad, los estatutos suelen crear otros complementarios tales como tribunales de honor, de disciplina, de penas, etc.

1221. LA ASAMBLEA.— La autoridad superior de la asociación es la asamblea de socios que está integrada por todos los que según los estatutos pueden participar de ella, aunque sean menores de edad si así lo prevén dichos estatutos, y ello porque no está en cuestión la capacidad civil de la persona sino sus derechos sociales sujetos a la respectiva reglamentación interna.

La asamblea desempeña las más importantes funciones: nombra y remueve a la comisión directiva, aprueba o rechaza las cuentas relativas a la gestión de ésta, modifica los estatutos, etc.

No obstante la amplitud de sus facultades, la asamblea debe ajustarse en su cometido a las disposiciones estatutarias, referentes a las circunstancias de la convocatoria, inclusión de materias en el orden del día, quórum para sesionar, cómputo de mayorías requeridas, etc.

Toda falla en la regularidad del procedimiento se traduce en la nulidad de la asamblea o en la nulidad de sus decisiones. Así se ha resuelto que es nula la decisión de la asamblea que se refiere a un asunto no incluido en el orden del día de la convocatoria ²⁷⁷, sin que tal inclusión deba ser expresada pudiendo entenderse de

²⁷⁷ Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 25, p. 208; Cám. Civ. 1ª, "L.L.", t. 32, p. 760.

algún asunto que queda implícitamente comprendido en un temario concebido en términos más bien amplios ²⁷⁸. La controversia sobre la validez de lo actuado por la asamblea es de competencia judicial ^{278 bis}.

Sin embargo, en doctrina se ha sostenido que una manifestación de voluntad suscripta por todos los asociados equivale a una decisión adoptada por una asamblea regularmente convocada ²⁷⁹ lo que se justifica, porque todos los recaudos se adoptan para garantizar los derechos de los disidentes que están fuera de cuestión cuando se encara la voluntad unánime de los miembros.

A falta de previsión en los estatutos sobre el funcionamiento de la asamblea, se aplican en lo pertinente las disposiciones del Código Civil sobre sociedades y especialmente las prescripciones del Código de Comercio referentes a sociedades anónimas ²⁸⁰.

1222.— Suelen dividirse las asambleas en *ordinarias* y *extraordinarias*. Las asambleas ordinarias son las que se reúnen periódicamente, casi siempre una vez al año, para decidir sobre los asuntos de rutina tales como renovación de la comisión directiva, aprobación del balance y rendición de cuentas, etc.

Las asambleas extraordinarias, son convocadas esporádicamente cuando el tratamiento de algún asunto grave lo exige; así para decidir la modificación de los estatutos, la disolución de la entidad, la remoción de la Comisión Directiva, etc. Es de notar que se trata del mismo órgano que delibera bajo la forma ordinaria, o en circunstancias extraordinarias: de ahí que las facultades de la asamblea sean las mismas en una u otra ocasión ²⁸¹.

1223. ORGANISMO EJECUTIVO.— Por la misma composición la asamblea sólo puede reunirse en ocasiones determinadas, y de ahí la necesidad de la existencia de un organismo que realice el manejo cotidiano de los asuntos sociales: ese es el cometido de la comisión directiva o directorio que oficia de autoridad permanente de la entidad, bajo la dependencia e instrucciones de la asamblea.

Compete al organismo ejecutivo —llámese comisión directiva, directorio, etc.— la administración y dirección permanente de la corporación, así como la ejecución de las decisiones de la asamblea. Invierte la representación de la entidad frente a los terceros, pero para que los actos obrados se imputen a la persona jurídica no han de exceder los límites de su ministerio, conforme a los respectivos es-

²⁷⁸ Conf. Cám. Com., "L.L.", t. 24, p. 5.

^{278 bis} Cám. Civ. 1ª, "J.A.", 1949-II, p. 657. Conf. Resolución del Ministerio de Justicia, *Digesto de Justicia*, t. II, p. 167.

²⁷⁹ Conf. Von Tuhr, A., *op. cit.*, vol. I2, p. 172 antes de I); Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 647, p. 401.

²⁸⁰ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", 1942-II, p. 353. Con todo se ha considerado inaplicable para las corporaciones civiles la exigencia de la primera parte del art. 349 del Cód. de Com., entonces vigente, en cuanto a la forma de hacer la convocatoria: Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 51, p. 560.

²⁸¹ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 646 "in fine", p. 490.

tatutos y en subsidio de ellos, con arreglo a las prescripciones del contrato de mandato (conf. arts. 35, 36 y 37).

Las funciones que desempeñan los organismos ejecutivos de las asociaciones civiles son en principio gratuitas (conf. arts. 1870, inc. 2º, y 1872), pero nada se opone a que los estatutos o las resoluciones de la asamblea les reconozcan una remuneración. Borda piensa que es ilegal la jurisprudencia administrativa que deniega su aprobación a las cláusulas estatutarias que autorizan la remuneración de funciones directivas con respecto a aquellas entidades, como mutualidades, agremiaciones profesionales, etc. ²⁸². Compartimos esa opinión porque no hay nada de inmoral en esas previsiones que pueden consultar el interés de la entidad.

1224. INTERVENTORES JUDICIALES.— Cuando los dirigentes de la corporación abusaren de sus funciones y mediare peligro en diferir la revisión de su gestión hasta la reunión de la asamblea, cualquier asociado puede recabar la remoción de los administradores ordinarios y su sustitución por uno o más interventores judiciales ²⁸³.

La intervención se decreta como una medida cautelar y hasta tanto esté en condiciones de expresarse la propia entidad por intermedio de sus autoridades ordinarias, especialmente la asamblea de asociados ²⁸⁴. Es claro que por la gravedad que importa semejante interferencia en la gestión de la persona jurídica, se ha decidido que la medida sólo procede en último extremo, cuando las dificultades producidas no permitan arribar a un funcionamiento regular de la asamblea ²⁸⁵.

Por lo demás el interventor es un delegado judicial, que no es mandatario de los socios sino representante de la entidad para proteger los intereses de ésta ²⁸⁶. De ahí que aun cuando fueren gratuitas las funciones de las autoridades ejecutivas de la corporación, el interventor judicial tiene derecho a percibir honorarios por su trabajo.

No obstante lo explicado precedentemente, el interventor judicial debe ajustarse a las prescripciones estatutarias en el desempeño de su gestión, pues de otra manera su actividad no resultará imputada a la persona jurídica ni comprometerá a ésta. Pero este principio debe interpretarse con flexibilidad, en función de la situación de emergencia planteada: por ello se ha resuelto que estando intervenida una asociación, no rigen las disposiciones estatutarias referentes a las fechas en que deben celebrarse las asambleas ordinarias y los puntos que deben incluirse en el orden del día ²⁸⁷.

²⁸² Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 649, p. 492.

²⁸³ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 33, p. 477.

²⁸⁴ Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 68, p. 296. Contra: Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 37, p. 345.

²⁸⁵ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 55, p. 917.

²⁸⁶ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", 1945-IV, p. 557.

²⁸⁷ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 51, p. 560.

1225. ORGANISMO DE CONTRALOR Y VIGILANCIA.— Es usual que las corporaciones cuenten con organismos de vigilancia y fiscalización de los dirigentes de la entidad, que asesoran a la asamblea cuando ésta ha de expedirse sobre la gestión efectuada por dichos dirigentes.

La tarea de contralor puede estar a cargo de una sola persona que actúa en calidad de representante de los socios o accionistas —síndico— o de varias personas —comisiones revisoras de cuentas— que invisten el mismo carácter.

El cometido de los síndicos o comisiones revisoras consiste en vigilar la correcta actuación de los organismos ejecutivos para que éstos no se aparten de lo indicado por la ley y los estatutos. Especialmente fiscalizan todo lo referente a la gestión de carácter patrimonial, percepción e inversión de fondos, etc., y dictaminan al respecto a fin de asesorar convenientemente a la asamblea.

Para desempeñar estas funciones será menester reunir las condiciones de idoneidad que exijan los estatutos. Corrientemente no se requiere investir la calidad de socio ²⁸⁸.

IV.— DEBERES Y DERECHOS RECÍPROCOS DE LA ENTIDAD Y SUS MIEMBROS

1226. LOS MIEMBROS Y LA CORPORACIÓN.— Lo característico de la asociación reside en esa fluencia de relaciones jurídicas que se constituyen permanentemente entre la entidad y sus miembros.

Se entiende por *miembros* de la corporación a quienes han participado del acto constitutivo o se han incorporado a la entidad posteriormente, de conformidad a los estatutos que como ley fundamental de la persona jurídica determinan las condiciones de admisibilidad de los nuevos socios. Salvo disposiciones en contrario la asociación es libre de admitir o negar la entrada de los candidatos ²⁸⁹ sin estar precisada a dar las razones de la negativa.

1227. DERECHOS DE LOS MIEMBROS Y CONSIGUIENTES DEBERES DE LA CORPORACIÓN.— Según el art. 40 del Código: *“Los derechos respectivos de los miembros de una asociación con el carácter de persona jurídica, son reglados por el contrato, por el objeto de la asociación o por las disposiciones de sus estatutos”*.

²⁸⁸ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 650, p. 493. Contra: Páez, J. L., *op. cit.*, n° 69.

²⁸⁹ Conf. von Tuhr, A., *op. cit.*, vol. I², p. 215, nota 9; Enneccerus, L., *op. cit.*, t. I, vol. 1°, p. 494; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 651 “in fine”, p. 494; Páez, J. L., *op. cit.*, n° 107, p. 232.

Se ha criticado, con razón, la redacción de este precepto²⁹⁰. Sin duda, son los estatutos por su mismo carácter de ley fundamental de la corporación, los que regulan en primer término los derechos de los asociados. Sólo ante el silencio eventual de los estatutos procederá acudir al “objeto de la asociación” como criterio que en caso de duda permita definir la existencia de los derechos discutidos. Por aplicación de ese criterio se ha decidido que los estatutos de las mutualidades deben interpretarse en favor de los asociados porque el beneficio de éstos constituye la razón de ser de la formación de tales entidades²⁹¹.

La alusión que hace el citado art. 40 al contrato para reglar en función del mismo los derechos de los asociados tiene una aplicación realmente excepcional. Prevé la hipótesis de que la incorporación de algún socio se hubiese efectuado mediante contrato y no por simple afiliación, y en tal caso la corporación estaría obligada como el mismo socio a observar las cláusulas que el contrato tuviese.

1228.— Como se ha visto los estatutos son la ley primordial de los derechos de los asociados. Pero no sería legítimo restringir los derechos de éstos cuando tal restricción se tradujere en el desmedro de alguna facultad individual garantizada por la Constitución Nacional o establecida por alguna ley de orden público que no pudiera ser dejada de lado por los particulares (véase *supra*, n° 195).

Entre los derechos irrestrictos de los asociados mencionamos los siguientes:

a) El derecho de integrar la asamblea y votar en ella²⁹². Se comprende que no puede restringirse la participación del asociado en la constitución del organismo supremo de la corporación, pues si así se hiciere quedaría desvirtuada la índole de la persona jurídica que en el caso recibe su ser de la comunidad de los socios.

b) El derecho de impugnar las decisiones inválidas de la corporación²⁹³. Esta facultad es concedida a los socios no tanto en su interés cuanto en bien de la comunidad general interesada en el funcionamiento correcto de las personas jurídicas; de ahí que no se pueda restringir esa facultad, lo que importaría una renuncia prohibida (conf. arts. 19 y 21). Con todo, este derecho no es absoluto, pudiendo ser reglamentado mediante la caducidad de la acción judicial pertinente que no se ejerciere en el plazo de tres meses, así como lo han hecho el Proyecto de 1936 (art. 89) y el Anteproyecto de 1954 (art. 113).

290 Así Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 652, p. 494.

291 Cám. Civ. 2°, “J.A.”, t. 63, p. 181 y t. 44, p. 700; Sup. Corte Tucumán, “L.L.”, t. 23, p. 743, y “J.A.”, t. 76, p. 854, con valiosa nota de J. L. Páez.

292 Véase en este sentido: Anteproyecto Bibiloni, art. 196 (art. 174, segunda redacción); Proyecto de 1936, art. 89, inc. 1°; Anteproyecto de 1954, art. 113, inc. 1°.

293 Véase Anteproyecto Bibiloni, art. 203 (art. 182, segunda redacción); Proyecto de 1936, art. 89, inc. 2°; Anteproyecto de 1954, art. 113, inc. 2°.

c) El derecho de receso, o sea a retirarse de la asociación ²⁹⁴. Pero es legítimo imponer al renunciante la pérdida de los derechos que pudieran corresponderle para el evento de la disolución de la entidad, como fue propuesto en los proyectos nacionales de reforma del Código Civil.

d) El derecho a no ser expulsado arbitrariamente. Por esto carece de valor la prescripción estatutaria que obligase al asociado a no recurrir de las sanciones que le impusiere la entidad (véase *infra*, n° 1235), pues en ello estaría comprometida la garantía constitucional de la defensa en juicio.

e) El derecho a gozar de las mismas facilidades y beneficios que correspondieran a los socios de la misma categoría, ya que la restricción que lo desconociera lastimaría también la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

f) El derecho de revisar la contabilidad de la entidad y obtener copias de la misma ^{294 bis}.

1229.— Los derechos de los asociados son, en principio, intransmisibles, a menos que otra cosa estuviera dispuesta en los estatutos ²⁹⁵. Esta característica se justifica plenamente por el carácter “*intuitu personae*” que tienen los actos asociativos, sea que se trate de la constitución de una asociación civil o del ingreso a la misma (conf. arts. 1671, 1673 y 1674). Naturalmente esta regla no rige con relación a las sociedades anónimas cuyas acciones son siempre transmisibles (conf. art. 214 de la Ley de Sociedades 19.550).

1230. DEBERES DE LOS MIEMBROS Y DERECHOS CONSIGUIENTES DE LA CORPORACIÓN.— Los deberes de los miembros de la entidad, en cuanto tales, tienen su fuente en los estatutos, que indican cuáles son y qué contenido tienen.

Los principales deberes de los miembros se refieren al pago de las cuotas sociales; participación en las asambleas ordinarias o extraordinarias; subordinación a las normas estatutarias, disposiciones reglamentarias y resoluciones de la comisión directiva, en cuanto al uso de los bienes sociales, etc.

El incumplimiento de los deberes a cargo de los miembros puede dar lugar a la adopción de las medidas disciplinarias correspondientes, que estuvieren previstas en los estatutos, e independientemente de ellas autoriza a la promoción de

²⁹⁴ Véase Anteproyecto Bibiloni, art. 201 (art. 180 de la segunda redacción); Proyecto de 1936, art. 89, inc. 3°; Anteproyecto de 1954, art. 113, inc. 3°.

^{294bis} Cám. Civ. 1°, “J.A.”, 1942-II, ps. 353 y ss.; especialmente p. 367.

²⁹⁵ En este sentido, Anteproyecto Bibiloni, art. 202 (art. 181 de la segunda redacción); Proyecto de 1936, art. 89 parte final; Anteproyecto de 1954, art. 113 parte final.

las acciones judiciales pertinentes, v.gr., iniciación de demanda por cobro de cuotas sociales adeudadas.

Por aplicación de esos principios se ha resuelto que cuando el socio deja de pagar el número de cuotas que según el estatuto causa su eliminación de la corporación, carece de derecho al subsidio por invalidez que corresponde a los socios ²⁹⁶. Pero el solo atraso en el pago de las cuotas no basta para que el asociado pierda su calidad de tal, requiriéndose que la exclusión sea pronunciada por la autoridad facultada para ello ²⁹⁷, previa constitución en mora del deudor ²⁹⁸, si correspondiere.

En cuanto a la expulsión del asociado por incumplimiento de otros deberes, tratamos del punto *infra*, n° 1232 b).

1231.— Los socios pueden haber contraído obligaciones respecto de la entidad, independientemente de su calidad de miembros de ella, v.gr., si hubiesen recibido préstamos de la entidad. Tales obligaciones se rigen por el derecho común y no por las disposiciones estatutarias pues por la independencia de personalidad existente entre la entidad y sus miembros, no hay impedimento para la formación de una relación jurídica entre ellos ²⁹⁹.

Con todo, podría ser que los estatutos prohibieran a sus asociados contratar con la entidad. En tal caso la infracción a los estatutos daría lugar a las sanciones disciplinarias que merecieran los infractores, fueren ellos el socio o los integrantes de la comisión directiva, o todos los implicados en el acto prohibido; pero esa responsabilidad societaria, en nada afecta la validez de las obligaciones constituidas, las que quedan sujetas al derecho común. Por ejemplo, si se ha prohibido la contratación de los socios con la entidad y ésta compra algún bien a un socio, el hecho puede comprometer la responsabilidad societaria de los intervinientes en la operación, pero la compraventa es válida de acuerdo a las prescripciones del Código Civil ³⁰⁰.

1232. PÉRDIDA DE LA CALIDAD DE SOCIO.— Puede perderse la calidad de socio por causa de éste o por determinación de la entidad.

a) El socio pierde su carácter de tal por su propia iniciativa, cuando lo *transfiere* a un tercero en los casos de estar ello permitido, y cuando *renuncia*.

La renuncia es un derecho del socio que como hemos visto (*supra*, n° 1228) no puede serle restringido. En principio la renuncia produce su efecto por la sola

²⁹⁶ Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 9, p. 258.

²⁹⁷ Cám. Civ. 1ª, "L.L.", t. 29, p. 621.

²⁹⁸ Cám. Com., "L.L.", t. 7, p. 920. Contra: Cám. Civ. 2ª, "L.L.", t. 23, p. 445.

²⁹⁹ Conf. Enneccerus, L., *op. cit.*, t. I, vol. 1º, párr. 105, p. 495; Michoud, L., *op. cit.*, t. II, núms. 170 y ss.; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 40, p. 345, n° 15.

³⁰⁰ Tal la opinión de Busso (*op. cit.*, t. I, p. 345, n° 16) que compartimos.

comunicación a la entidad, sin necesidad de que ésta la acepte, salvo que se haya reservado en los estatutos esa posibilidad. Por eso se ha decidido que no procede imponer una sanción disciplinaria a un socio renunciante, por haber quedado eliminado de la corporación desde su renuncia, si ninguna prescripción estatutaria autorizaba su rechazo ³⁰¹.

Pero la presentación de la renuncia no impide a la entidad hacer funcionar la responsabilidad social el renunciante por los hechos anteriores que éste hubiese cometido, y hasta llegar a la expulsión si fuera procedente ³⁰². Lo que no puede hacer la corporación, según nuestra opinión, es mantener al renunciante en su calidad de socio por haberla éste declinado.

Innecesario es aclarar que la *muerte* del socio extingue la relación jurídica de éste con la corporación.

b) La asociación puede llegar a la *expulsión* del socio por alguna causa grave, v.gr., falta de pago de las prestaciones debidas ³⁰³, o comisión de actos deshonestos, de grave indisciplina o en general contrarios a la solidaridad corporativa ³⁰⁴.

Para que la expulsión sea válida debe ser el resultado de un procedimiento regular y sin mengua de la garantía constitucional de la defensa. Por eso es indispensable dar audiencia al asociado ³⁰⁵, especialmente si así lo disponen los estatutos ³⁰⁶; en caso contrario la expulsión es nula ³⁰⁷.

Además la expulsión debe ser justa; de ahí que pueda impugnarse una expulsión notoriamente injusta ³⁰⁸ o que importe el desconocimiento de los derechos sustanciales de la persona ³⁰⁹.

Cuando la expulsión fuere judicialmente revocada, o hubiere sido dejada sin efecto por la propia corporación, el socio tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios de orden patrimonial que le haya provocado la medida, habiéndose entendido, con anterioridad a la ley 17.711, que no procedía la reparación del agravio moral por no tratarse de un delito del derecho criminal (conf. ant. art. 1078) ³¹⁰. Actualmente puede corresponder la reparación del agravio moral en función de la nueva redacción dada al art. 1078.

³⁰¹ Sup. Corte Bs. As., "J.A.", 1954-IV, p. 174.

³⁰² Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 655, p. 496.

³⁰³ A este respecto se ha decidido que la falta de cumplimiento al pago de las cuotas sociales autoriza a rescindir la afiliación del asociado (Cám. Civ. 2°, "L.L.", t. 14, p. 604).

³⁰⁴ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 657, p. 497.

³⁰⁵ Cám. Paz Letr., "Gac. de Paz", t. 37, p. 57.

³⁰⁶ Cám. Civ. 2°, "J.A.", t. 75, p. 197.

³⁰⁷ Conf. Salas, A. E., *Código Civil Anotado*, Bs. As., 1956, t. I, p. 35, n° 10.

³⁰⁸ Cám. Civ., Sala "D", "J.A.", 1953-I, p. 149, y "L.L.", t. 68, p. 439; Cám. Civ. 2°, "J.A.", 1951-I, p. 444; Sup. Corte Bs. As., "J.A.", 1954-IV, p. 174.

³⁰⁹ Cám. Civ., Sala "B", "J.A.", 1952, p. 452.

³¹⁰ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 657, p. 498; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 38, p. 341, n° 79; Páez, J. A., *op. cit.*, n° 184. Este principio se insinúa también en la jurisprudencia: Cám. Civ. 1°, "J.A.", t. 60, p. 414; Cám. Civ. 2°, "J.A.", t. 34, p. 879.

V.— EL PODER DISCIPLINARIO Y SU CONTRALOR JUDICIAL

1233. NOCIÓN DEL PODER DISCIPLINARIO.— Se denomina *poder disciplinario* al cúmulo de atribuciones que competen a la corporación, con arreglo a los estatutos, para hacer efectivos los deberes de los miembros de la entidad, en cuanto tales.

Como bien se ha dicho, el poder disciplinario es una exigencia vital de la corporación ³¹¹, pues si la autoridad societaria no dispusiera de medios apropiados para hacer cumplir sus resoluciones resultaría quebrantada la cohesión del núcleo humano que despliega su actividad a través de la forma jurídica de la corporación o asociación, y bajo el amparo del derecho objetivo general que garantiza la libertad de asociarse con fines útiles (art. 14, Const. Nac.).

Por lo demás, el poder disciplinario de las asociaciones, es ventajoso para la sociedad en general, pues ahorra a ésta la necesidad de tener que intervenir en cuestiones menudas, las que es dable dejar libradas al ejercicio de la jurisdicción privada, bajo reserva de controlar el correcto desempeño de ésta ³¹².

Finalmente, cabe observar que el poder disciplinario es implícito, de modo que es dable recurrir a él aun cuando no hubiera sido incluido en los estatutos respectivos, porque hace a la esencia de la misma corporación ³¹³. Pero es sumamente conveniente que las bases de su ejercicio estén contenidas en los estatutos para prevenir ulteriores dificultades de aplicación.

1234. MEDIDAS DISCIPLINARIAS.— El poder disciplinario autoriza la aplicación de las siguientes medidas en orden de gravedad creciente: 1) llamado de atención, prevención o amonestación; 2) suspensión; 3) privación de ventajas pecuniarias inherentes a la calidad de socio; 4) multas pecuniarias; y 5) expulsión.

Como se ha dicho, estas facultades están implícitas en el poder disciplinario de las asociaciones, pero no es dable recurrir a medidas que importen un detrimento patrimonial del asociado si ellas no están autorizadas por los estatutos, pues si así no fuere la sanción importaría una lesión a la garantía constitucional de la propiedad individual ³¹⁴.

³¹¹ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 656, ps. 496-497. Conf. Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 101, p. 945; *id.*, Sala "F", "E.D.", t. 102, fallo n° 36.423.

³¹² Conf. Páez, J. L., *op. cit.*, n° 155 "in fine"; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 656, p. 497.

³¹³ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 656, p. 497.

³¹⁴ Así lo señala acertadamente Borda (*op. cit.*, t. I, n° 656 "in fine", p. 497). Con esa opinión concuerda Páez, quien da un fundamento diferente (*op. cit.*, n° 155 "in fine").

1235. EJERCICIO REGULAR DEL PODER DISCIPLINARIO.— Las facultades autorizadas por el poder disciplinario de la corporación deben ser ejercidas regularmente ^{314 bis}, en cuanto a la observancia del *procedimiento* arreglado a derecho para la imposición de cualquier medida disciplinaria; en cuanto a la estimación de la *prueba* que se rindiere en el mismo; y en cuanto a la *justicia* intrínseca de la resolución adoptada.

Para apreciar la corrección de la entidad en el ejercicio de su propio poder disciplinario se abre la posibilidad de la revisión de su actuación ante los tribunales de justicia ordinarios.

Con frecuencia los estatutos declaran inapelables las resoluciones que dictaren los organismos disciplinarios de la entidad, lo que ha motivado una viva controversia acerca de la validez de semejantes cláusulas. Actualmente no se duda acerca de la invalidez de las mismas que importan una renuncia a la jurisdicción judicial que es de orden público, lo que sólo es admisible con relación a puntos concretos que consten en un compromiso arbitral (conf. art. 741, inc. 5°, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), pero no puede concebirse en forma genérica para todo cuanto pueda caer en la órbita de la persona jurídica. Por ello se ha decidido que los jueces están facultados para rever las decisiones adoptadas por los organismos corporativos, pese a la cláusula en contrario de los estatutos ³¹⁵. Sólo queda por ver la extensión de ese contralor judicial, lo que precisaremos en el número siguiente.

Por lo demás, ya hemos visto (*supra*, n° 1228) que el derecho a la eventual revisión judicial de lo resuelto por los organismos de la corporación es un derecho insusceptible de cortapisas o restricciones, así como ha sido declarado por los proyectos nacionales de reforma del Código Civil.

1236. CONTRALOR JUDICIAL.— La eventual revisión judicial de lo actuado por los organismos corporativos puede recaer sobre la *forma* de elaboración del pronunciamiento y sobre el *fondo* de la decisión.

a) Acerca de la regularidad de la actuación del organismo corporativo se considera que siempre es procedente una revisión judicial para verificar si la resolución dictada se ajusta al procedimiento marcado por los estatutos y a las garantías fundamentales que hacen a la inviolabilidad de la defensa en juicio. Consiguientemente es impugnante ante los tribunales de justicia toda resolución de la entidad

^{314 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 101, p. 945; S. T. La Pampa, "J.A.", 1961-III, p. 200, y "L.L.", t. 107, p. 450, con nota de J. L. Páez.

³¹⁵ Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 62, p. 624; Cám. Civ. 1ª, "J.A.", 1942-II, p. 352 (fallo en que el doctor Barraquero modificó el punto de vista expuesto con anterioridad en un fallo en que prevaleció el criterio contrario a la revisión judicial: Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 43, p. 517).

obra al margen de las prescripciones estatutarias ³¹⁶ y especialmente si no se ha dado al enjuiciado la oportunidad de defenderse ³¹⁷.

En la apreciación de la corrección formal del pronunciamiento de la entidad es dable entrar en la consideración de la legitimidad de los estatutos que fijaren el respectivo procedimiento, el que podría estimarse repugnante a los derechos esenciales de la persona. A este respecto los tribunales de justicia no están inhibidos para expedirse en razón del hecho de haber sido aprobados los estatutos por el Poder administrador, ya que la interpretación de los jueces sobre las disposiciones constitucionales o legales en que se sustentaren aquellos derechos no está subordinada a la diversa comprensión que hayan tenido de ellas las autoridades administrativas ³¹⁸.

b) Más dudosa es la solución de la cuestión referente al alcance de la revisión judicial en cuanto al *fondo del asunto*, o mérito de la decisión que se impugna. Según una tendencia jurisprudencial, la revisión no alcanza a este aspecto, debiendo limitarse a la comprobación de la regularidad del procedimiento seguido sin posibilidad de discutir el criterio mantenido por el organismo corporativo ³¹⁹. Para otro punto de vista que también campea en los fallos judiciales, y que conceptuamos preferible, es posible entrar en la consideración de la justicia intrínseca de la decisión impugnada cuando se ha incurrido en "injusticia notoria" ³²⁰.

En suma, según nuestra opinión, el criterio para juzgar esta cuestión ha de ser el siguiente: en principio corresponde estar al criterio mantenido en su decisión por el organismo corporativo porque está en las mejores condiciones para apreciar en función del medio ambiente la gravedad de la falta cometida por el socio sancionado. Pero excepcionalmente procede revocar aquella decisión cuando se advierta en ella *injusticia notoria* o resulta vulnerado algún derecho fundamental de la persona humana ³²¹⁻³²².

1237. HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL.— Para que proceda la instancia judicial debe previamente agotarse la instancia corporativa, deduciendo los recursos estatutarios pertinentes. Esto significa que la decisión cuya impugnación

³¹⁶ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", 1942-II, p. 353; Cám. Ap. Rosario, "L.L.", t. 45, p. 355; S. Trib. Entre Ríos, "J.E.R.", año 1945, p. 688.

³¹⁷ Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 75, p. 197; Cám. Paz, "Gac. de Paz", t. 37, p. 57; Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 101, p. 845; S. T. La Pampa, "J.A.", 1961-III, p. 200, y "L.L.", t. 107, p. 450, con nota de J. L. Páez.

³¹⁸ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 661, p. 502.

³¹⁹ Cám. Civ., Sala "B", "J.A.", 1952-I, p. 452.

³²⁰ Cám. Civ., Sala "D", "L.L.", t. 68, p. 439, y "J.A.", 1953-I, p. 152; íd. con voto del doctor Sánchez de Bustamante, "L.L.", t. 117, fallo 53.196; Cám. Civ. 2ª, "L.L.", t. 61, p. 568, y "J.A.", 1951-I, p. 444; Sup. Corte de Bs. As., "J.A.", 1954-IV, p. 174.

³²¹⁻³²² Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 659, c), p. 501; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 40, p. 350, núms. 51-52; Spota, A. G., t. I, vol. 34, n° 1519, ps. 781 y ss.; Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 101, p. 945.

se efectúe ante la justicia ordinaria, ha de ser definitiva e insusceptible de toda reconsideración ante el mismo organismo que haya impuesto la medida disciplinaria, o de apelación ante otro organismo superior o la misma asamblea de los socios ³²³.

VI.— b) FUNDACIONES; CONCEPTO. CARACTERES

1238. CONCEPTO Y CARACTERES.— La “fundación” es una organización para la realización de un fin altruista, reconocida como sujeto de derecho, y que no consiste en una unión de personas ³²⁴.

Según el art. 1º de la ley 19.836, “*Las fundaciones... son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines*”.

Presenta los siguientes caracteres:

a) persigue un *fin altruista*. A diferencia de la corporación, que puede proponerse fines interesados (corporaciones civiles) o fines egoístas, aunque concurrentes al bien común (corporaciones comerciales), la fundación sólo persigue finalidades de interés social ³²⁵;

b) *carece* de miembros. También a diferencia de la corporación que cuenta con un cuerpo social y provisto por los miembros, la fundación carece de éstos y sólo tiene destinatarios y beneficiarios de ella que permanecen fuera de su estructura ³²⁶;

c) está sustentada en la *voluntad del fundador*. Mientras la corporación actúa movida por la voluntad discrecional de sus propios miembros, la fundación está sujeta a la directiva de una voluntad ajena al ente, la voluntad del fundador. Con este rasgo se relaciona el control más estricto que la autoridad ejerce sobre las fundaciones (véase *infra*, nº 1245).

1239. CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN: ACTO FUNDACIONAL.— Como todas las personas jurídicas privadas, la fundación se origina en un

³²³ Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 39, p. 166; Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 43, p. 517; íd., íd., t. 11, p. 59; Cám. Com., “J.A.”, t. 28, p. 925; Cám. Fed., “J.A.”, t. 9, p. 683; Cám. Civ., Sala “C”, “J.A.”, 1981-III-99; íd., Sala “D”, “L.L.”, t. 115, p. 474, en nota concordante de Páez; íd., Sala “G”, “E.D.”, t. 93, p. 458; íd., Sala “F”, “E.D.”, t. 102, fallo 36.423.

³²⁴ Conf. Enneccerus, L., *op. cit.*, t. I, vol. 1º, párr. 97, p. 443.

³²⁵ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 33, p. 289, párr. 156.

³²⁶ Conf. Enneccerus, L., *op. cit.*, t. I, vol. 1º, párr. 97, p. 443.

acto jurídico emanado de la voluntad particular, que en el caso se denomina “acto fundacional”.

El acto fundacional es un acto jurídico “unilateral” que proviene de la voluntad de un sujeto de derecho —persona visible o persona de existencia ideal— que determina el fin de la institución y escoge los medios apropiados (patrimonio y dispositivo de gobierno) para alcanzarlo. Como decimos, el acto fundacional es “unilateral”, a diferencia del acto creativo de la corporación —acto conjunto o colectivo— que es necesariamente “plurilateral” aunque emana de voluntades múltiples no divergentes sino paralelas (véase *supra*, n° 1171).

Accidentalmente la fundación puede resultar de la voluntad coincidente de dos o más personas, v.gr., cuando dos o más personas donan bienes para erigirla. Pero aun en ese caso el acto fundacional se distingue del acto corporativo, pues mientras éste suscita relaciones jurídicas entre los miembros entre sí, en orden a la consumación de la proyectada persona jurídica corporativa, con obligaciones exigibles en cuanto a los aportes prometidos, etc., el acto fundacional no crea, por sí, asociación de intereses entre los cofundadores.

1240. REVOCACIÓN DEL ACTO FUNDACIONAL.— La personalidad jurídica de la fundación depende del reconocimiento estatal. Por lo tanto hasta ese momento el fundador puede desistir de su proyecto y revocar o dejar sin efecto el acto fundacional.

Así resulta de la ley de fundaciones 19.836, cuyo art. 5°, primera parte dice: *“Las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo serán irrevocables a partir de la resolución de la autoridad administrativa de control que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica”*.

Este principio no suscita dificultad alguna cuando la revocación es efectuada por el mismo fundador, pero otra cosa ocurre si son los herederos los que pretenden dejar sin efecto la fundación. A este respecto se distingue por la doctrina si la fundación ha sido efectuada por el causante mediante acto entre vivos o por testamento. En este último caso se niega a los herederos la facultad de revocar lo que viene a ser un legado de fundación, pero en aquella otra hipótesis se considera que pueden revocar salvo que el causante haya recabado en vida la aprobación estatal ³²⁷.

³²⁷ Conf. Enneccerus, L., *op. cit.*, t. I, vol. 1°, p. 524; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 664, p. 503; Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 93, fallo n° 43.120, y “J.A.”, 1959-I, fallo n° 185. Esa es también la solución expresa del art. 209 del Anteproyecto Bibiloni (art. 188 de la segunda redacción) y del art. 94 del Proyecto de 1936, no así del Anteproyecto de 1954 (art. 114), como observamos en el texto.

No obstante aparecer ese régimen avalado por la autoridades mencionadas en la nota 327, no termina de conformarnos la distinción explicada según que el causante haya recabado la aprobación estatal o no. Por lo pronto, porque si ha de aplicarse subsidiariamente el régimen de la donación, parece que con o sin pedido de autorización estatal, procede el derecho de los herederos a dejar sin efecto la donación no aceptada por el donatario (conf. art. 1795). De ahí que no mediando razón para distinguir nos parezca más justo negar a los herederos la facultad de revocar la donación, sin distinción de casos, como lo proyectáramos en el art. 114 del Anteproyecto de 1954, que reza así: “La donación efectuada para erigir una fundación puede ser revocada por el fundador, hasta que no se haya producido el reconocimiento estatal. La facultad de revocar no se transmite a los herederos”.

Es cierto que puede haber pasado largo tiempo entre la donación y el fallecimiento del donante y si éste no ha recabado la autorización estatal, parece excesivo obligar a sus herederos a hacer lo que no hizo el causante, o sea, gestionar la personería jurídica. Pero, en esa hipótesis, pensamos que podría inducirse la revocación tácita del donante por haber dejado transcurrir ese largo lapso sin efectuar la consumación de sus propósitos de erigir la fundación y desde que los bienes destinados para ello han debido ser usados con otra finalidad. Se trata en fin de investigar la efectiva voluntad del disponente de los bienes sin necesidad de enfrentar a los herederos con la manifiesta voluntad del causante, puesto que si se reconoce a aquéllos la facultad de revocar la fundación es posible pensar que en el conflicto de su propio interés que se beneficiaría con la revocación de la fundación, con el interés social propiciado por el causante con la donación para erigir la fundación, aquéllos habrán de pronunciarse de ordinario en favor del primero ³²⁸.

Acerca de esta cuestión la reciente ley de fundaciones se pronuncia en el sentido primeramente indicado, en el art. 5º, cuya segunda parte dice: “*Si el fundador falleciere después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos a partir de la presentación a la autoridad administrativa de control solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica*”.

1241. ACTUACIÓN DE LA FUNDACIÓN DURANTE EL PERÍODO DE FORMACIÓN.— No obstante que la fundación carece de personalidad hasta el reconocimiento que haga de ella el pertinente acto administrativo, en los hechos puede ocurrir que haya comenzado a funcionar a la espera de que se dicte ese acto. Se trata de una expectativa razonable que jurídicamente se

³²⁸ Observemos que en la resolución de la Sala “A” que citamos en la nota precedente, suscripta también por nosotros, asentimos a la opinión general no obstante habernos expedido divergentemente al tiempo de la redacción del art. 114 del Anteproyecto de 1954, que transcribimos en el texto. Un nuevo estudio del asunto, nos ha persuadido de la conveniencia de persistir en el punto de vista que ya habíamos propiciado en la redacción de ese Anteproyecto.

apoya en el efecto retroactivo que la ley confiere al acto de autorización legal (conf. art. 47).

Desde luego, cuando finalmente se confiere la personería jurídica, el efecto retroactivo del acto administrativo pertinente cubrirá todo lo obrado con anterioridad por quienes llenaban la función de órganos de una persona futura. Pero, en cambio, si esa personería fuese finalmente denegada, todo lo actuado quedaría en el aire por inexistencia de sujeto a quien pudiera imputarse la actividad cumplida: serían actos jurídicos inexistentes por ausencia de sujeto que ni siquiera comprometerían a los individuos humanos que materialmente los hubieran realizado (art. 1161, cláusula 2ª). Para eludir este inconveniente y facilitar el desenvolvimiento de la futura entidad en esa etapa previa, el art. 8º de la ley de fundaciones 19.836 determina: "*Los fundadores y administradores de la fundación son solidaria e ilimitadamente responsables por las obligaciones contraídas hasta haber obtenido la autorización, salvo su recurso contra ella, si hubiera lugar*".

Por tanto, cabe admitir la legítima actividad de quienes representan el interés fundacional en la realización de los actos encaminados a la obtención de la personería o en la defensa de la futura entidad contra los actos que puedan resultar frustratorios de la esperada personalidad de la fundación, v. gr., en juicio de nulidad del testamento que disponga la erección de la fundación. En este sentido se ha resuelto que los futuros administradores de la fundación en ciernes tienen personería procesal para intervenir en el juicio de nulidad de ese testamento³²⁹. Esta solución resulta corroborada por el precepto de la ley de fundaciones, ya transcripto.

VII.— FUNCIONAMIENTO DE LA FUNDACIÓN

1242. RELACIÓN CON EL FUNDADOR.— Ninguna vinculación mantiene el fundador con la fundación luego de obtenida la personalidad jurídica de ésta. La independencia de personalidad entre ambos es completa, mucho más definida y separada que la existente entre los miembros de una corporación y ésta misma. El fundador es rigurosamente un extraño con respecto a la institución que ha fundado y no tiene injerencia alguna en la gestión y manejo de los bienes de la entidad, salvo lo establecido en los estatutos, pero aun entonces la intervención que allí estuviera prevista sería semejante a la de cualquier otro extraño a la fundación.

Es cierto que como se ha señalado, la fundación está cimentada en la voluntad del fundador (véase *supra*, nº 1238, c), pero es la voluntad expresada y estratificada en los estatutos y de ninguna manera lo que pueda ser el querer actual del fundador.

Innecesario es aclarar que los órganos administrativos de la fundación pueden hasta exigir judicialmente al fundador el cumplimiento de las prestaciones

³²⁹ Cám. Civ., Sala "A", "J.A.", 1959-I, fallo nº 185, y "L.L.", t. 93, fallo nº 43.120.

prometidas a favor de la entidad, que constaren en el acto fundacional o cualquiera otro posterior. Es lo que dice el art. 6° de la ley 19.836: "*La fundación tendrá las acciones legales para obtener el cumplimiento de tales promesas (de donación) a las que no serán oponibles excepciones fundadas en los arts. 1793 y 1810 del Código Civil*". Se trata de la aplicación de los principios generales acerca de la ejecución de las obligaciones, aunque con la variante de no poderse revocar las donaciones prometidas después de la obtenida la personería de la entidad (*supra*, n° 1240) o de recabada esa personería si se tratare de los herederos del donante (*id.*); y de poderse prescindir de la forma de la escritura pública exigida por el art. 1810.

1243. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA FUNDACIÓN.— Como toda persona jurídica la fundación se rige en primer término por lo prescripto en los estatutos que constituyen la carta magna de la institución.

En lo concerniente a los bienes entregados para formar el patrimonio de la fundación se aplican las reglas de las donaciones o de la sucesión testamentaria según que su origen fuere un acto entre vivos o una disposición de última voluntad ³³⁰. Por consiguiente, está sujeta a reducción la donación de bienes para constituir una fundación si la cuantía afectare la porción legítima de los herederos forzosos del donante (conf. arts. 1830 y 1831), e igualmente si se tratare de un legado o institución de heredero, efectuado en esas condiciones (conf. arts. 3601, 3602 y 3605). Desde luego los acreedores podrían usar de la acción revocatoria o pauliana cuando la donación constitutiva de la fundación se hiciera en perjuicio de sus derechos, por aplicación de los principios generales ³³¹.

1244. ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DE LA FUNDACIÓN.— La administración está a cargo de "un consejo de administración integrado por un mínimo de tres personas, que tendrá todas las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto de la fundación, dentro de las condiciones que se establezcan en el estatuto" (art. 10, ley 19.836). "El estatuto puede prever la delegación de facultades de administración y gobierno en favor de un comité ejecutivo integrado por miembros del consejo de administración; aquel ejercerá sus funciones entre los períodos de reuniones del citado consejo. Igualmente pueden delegar facultades ejecutivas en una o más personas, sean éstas miembros o no del consejo de administración" (art. 14 de dicha ley); prohibición que lo comprende al gerente o delegado ejecutivo que no sea miembro de aquel Consejo.

³³⁰ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 666, p. 504.

³³¹ Así lo preceptúa expresamente el Anteproyecto Bibiloni, art. 210 (art. 189 de la segunda redacción) y el Proyecto de 1936 (art. 94 "in fine"). El Anteproyecto de 1954 no consignó especialmente la solución por surgir ella de la simple aplicación de los principios generales y conforme a la técnica adoptada en ese proyecto, sólo se consignan normas especiales para modificar lo que resulta de aquellos principios.

1245. FISCALIZACIÓN Y CONTRALOR DE LAS FUNDACIONES.— Se comprende que la vigilancia de las fundaciones tenga que ser más estricta que la de las corporaciones, las cuales tienen sus naturales fiscalizadores en sus propios miembros, que siempre disponen de medios para encauzar las actividades de la entidad dentro de las normas estatutarias. Pero las fundaciones se encuentran en una situación diferente por la sencilla razón de que carecen de miembros que puedan llenar esa función de vigilancia con relación a los administradores de la entidad.

Esto explica la necesidad de crear un sistema de vigilancia de las fundaciones a fin de evitar que los administradores puedan desorbitarse y alejarse del objetivo en razón del cual ha sido creada la fundación. En este punto ha de recordarse que los órganos directivos de la fundación no son dominantes o soberanos sino meros sirvientes de la voluntad del fundador que debe ser respetada a través de la efectiva actividad de la institución que éste ha creado.

En ese sentido la Ley de Fundaciones 19.836 ha venido a llenar un vacío que se advertía en nuestra legislación, al encomendar a la autoridad administrativa de control la fiscalización del funcionamiento de la fundación y el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias a que se halla sujeta, incluso la disolución y liquidación (art. 34, ley 19.836).

Según el art. 35 de la misma ley además de las atribuciones señaladas en otras disposiciones de esta ley, corresponderá a la autoridad administrativa de control:

a) Solicitar de las autoridades judiciales la designación de administradores interinos de las fundaciones cuando no se llenasen las vacantes de sus órganos de gobierno en perjuicio del desenvolvimiento normal de la entidad o careciera temporariamente de tales órganos;

b) Suspender en caso de urgencia el cumplimiento de las deliberaciones o resoluciones contrarias a las leyes o los estatutos y solicitar de las autoridades judiciales la nulidad de esos actos;

c) Solicitar de las mismas autoridades la suspensión o remoción de los administradores de la fundación que hubieran violado los deberes de su cargo, y la designación de administradores provisorios;

d) Convocar al consejo de administración a petición de alguno de sus miembros, o cuando hubiera comprobado irregularidades graves.

De las decisiones que adopte la autoridad administrativa podrá apelarse ante la justicia (conf. art. 37 "in fine", ley 19.836).

VIII.— BENEFICIARIOS DE LA FUNDACIÓN

1246-1247.— Según tantas veces hemos señalado, la fundación carece de miembros y sólo tiene beneficiarios de ella que quedan al margen de su estructura jurídica: son las personas destinadas a gozar de los servicios que la fundación presta con arreglo a la finalidad del instituto y al modo como ese disfrute ha sido organizado en los respectivos estatutos.

Esa regla es lógica, pues si no está determinado quién ha de ser el beneficiario de esa prestación, corresponde a la administración de la entidad realizar tal determinación, pues es de suponer que los administradores de la fundación son los principalmente interesados en la efectiva consecución de los fines que explican la existencia de la misma entidad.

La arbitrariedad de los administradores en la elección de los beneficiarios de la fundación no genera a favor de éstos —salvo previsión contraria de los estatutos— recurso judicial alguno a fin de obtener la rectificación de ese comportamiento. Pero la denuncia del caso puede dar lugar al ejercicio de la facultades de contralor por parte de las autoridades administrativas competentes (véase *supra*, n° 1245) y hasta dar motivo al retiro de la personería jurídica si el hecho importare una grave “transgresión de las condiciones o cláusulas de la autorización legal” (conf. art. 48, inc. 2°). Todo ello compete a la esfera de las autoridades administrativas, con la posibilidad de recurso judicial si la decisión de éstas no se fundare en el ejercicio de facultades discrecionales sino en razón de hechos objetivos que constituyan el antecedente de alguna consecuencia precisa determinada en los estatutos.

IX.— EVENTUAL MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS
DE LA FUNDACIÓN

1248. TRANSFORMACIÓN DE LA ENTIDAD.— Con el correr del tiempo puede ocurrir que la fundación se vea esterilizada en su actividad por haberse logrado ya la finalidad propuesta por el fundador, o resultar tal finalidad inasequible, o finalmente por haberse tornado de utilidad escasa, en vista de las nuevas circunstancias. Todavía puede ser útil para retornar la fundación a un nivel de eficiencia introducir alguna modificación en su misma constitución y aun hasta llegar a la fusión con otras entidades afines para ahorrar una multiplicación de administraciones que podrían ser ventajosamente refundidas en una sola.

En el régimen jurídico de las fundaciones anterior a la ley 17.711 todas esas posibilidades requerían la sanción de una ley expresa que introdujese en los estatutos de las entidades afectadas las modificaciones apropiadas, lo que hacía prácticamente imposible cualquier modificación a menos que se tratara de un asunto de interés público resaltante.

En cambio, dentro del sistema del Código italiano todos esos objetivos pueden ser logrados sin necesidad de la sanción de una ley por la sola intervención de la autoridad administrativa.

Eso es también lo propuesto con aprobación de la doctrina ³³²⁻³³³ por el Anteproyecto de 1954, cuyo art. 118 (cláusula 1ª) dice: “Cuando la finalidad de la fundación se hubiere cumplido, tornado imposible o de escasa utilidad, o el patrimonio resultase insuficiente, el Poder Ejecutivo si no resolviere la extinción de la entidad, podrá transformarla mediante la adopción de las medidas adecuadas, que se ajustarán en cuanto fuere posible a la voluntad del fundador”.

Con relación a la antedicha fusión administrativa, el art. 117 (última cláusula) del Anteproyecto mencionado prescribe: “El Poder Ejecutivo podrá disponer la coordinación de las actividades de varias fundaciones afines y unificar su administración, respetando en lo posible la voluntad de los respectivos fundadores”.

1248 bis. REGULACIÓN DE LA LEY 19.836.— Con la nueva redacción del art. 45, tercera parte, es viable la modificación de los estatutos de la fundación y, eventualmente, por esa vía, la refundición de varias entidades en una sola que comprenda a todas, tal como lo propiciáramos en el n° 1248. Ello ha sido reglamentado por la ley de fundaciones 19.836 cuyo art. 36 establece que corresponde a la autoridad administrativa de control:

a) Fijar el nuevo objeto de la fundación cuando el establecido por el fundador hubiera llegado a ser de cumplimiento imposible, procurando respetar en la mayor medida la voluntad de aquél. En tal caso tendrá las atribuciones necesarias para modificar los estatutos de conformidad con ese cambio;

b) Disponer la fusión o coordinación de actividades de dos (2) o más fundaciones cuando se dieran las circunstancias señaladas en el inciso anterior, o cuando la multiplicidad de fundaciones de objeto análogo hiciere aconsejable la medida para su mejor desenvolvimiento y fuere manifiesto el mayor beneficio público.

§ 6. Entidades que no son personas jurídicas. Sociedades. Sociedades civiles y comerciales: su régimen jurídico. Simples asociaciones (art. 46). Diferencias con la categoría de “personas jurídicas”.

1249. PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL PROPIAMENTE DICHAS.— Hasta ahora nos hemos ocupado, en los desarrollos anteriores, de las personas jurídicas. Completaremos el estudio de las personas de existencia ideal, refiriéndonos a los sujetos de derecho de esa índole que no son personas jurídicas, por no requerir, para su constitución, la aprobación estatal expresada en un acto administrativo determinado.

³³²⁻³³³ Asf Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 670 bis, p. 506.

Con anterioridad hemos enunciado cuáles son las entidades que en nuestra opinión se encuentran en esta situación: las sociedades civiles o comerciales, las simples asociaciones del art. 46, la sociedad conyugal y el consorcio de propiedad horizontal. Daremos algunas escuetas razones en apoyo de nuestro punto de vista.

1250. A) SOCIEDADES.— La sociedad es un contrato mediante el cual dos o más personas aportan bienes para lucrar con el conjunto y dividir las utilidades obtenidas (conf. art. 1648). Pero es un contrato peculiar que da origen a un nuevo sujeto de derecho que no se confunde con cada uno de los socios, y que es titular del patrimonio constituido con los bienes aportados por éstos.

La personalidad de la sociedad está comprobada por los siguientes efectos jurídicos, todos los cuales serían incomprensibles de no admitirse dicha personalidad: 1) la sociedad tiene el dominio de los bienes entregados por los socios en propiedad, sin que a la disolución de la entidad éstos puedan exigir el retorno de los bienes que subsistieren en especie, en la masa social (conf. art. 1702); 2) hay relación jurídica —créditos y deudas— entre la sociedad y cada uno de los socios (conf. arts. 1650, 1652, 1674, 1675), lo que muestra que es un sujeto de derecho, pues de otra manera no podría ser acreedora o deudora; 3) los deudores de la sociedad no son deudores de los socios (conf. art. 1712), lo que comprueba la distinción de personalidad que hay entre la sociedad y los socios; 4) la sociedad tiene un nombre (conf. arts. 1678/80), que es un típico atributo de las personas que hace a su identificación dentro de la colectividad.

Por la ponderación de esas características la doctrina³³⁴ y la jurisprudencia³³⁵ no dudan de la personalidad de las sociedades. Pero como según el art. 32 del Código Civil, “*todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas*”, y ciertamente tales entes —las sociedades— no son seres humanos, ni “personas jurídicas”, puesto que no están sujetas a la aprobación estatal, se sigue que son personas de existencia ideal³³⁶.

³³⁴ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 639, p. 485; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 792, p. 447; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 33, p. 292, n° 182; Halperín, I., *La personalidad jurídica de las sociedades civiles y comerciales*, “L.L.”, t. 2, p. 1011; Figueroa, F., su nota en “L.L.”, t. 18, sec. doctr., p. 44; Rayces, A., su nota en “J.A.”, t. 42, p. 603; Colmo A., *La personalidad de las sociedades*, “Anales de la Facultad de Derecho”, serie 2ª, t. 5; parte 2ª, ps. 74-145. Comp. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1207, c), p. 552.

³³⁵ C.S.N., “J.A.”, t. 34, p. 696; Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 40, p. 148; Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 13, p. 792; Cám. Fed., “L.L.”, t. 51, p. 158; Cám. Com., “J.A.”, t. 20, p. 242; Sup. Corte Bs. As., “L.L.”, t. 70, p. 447; Cám. Rosario, “J.A.”, t. 52, p. 654. Contra: Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 42, p. 602.

³³⁶ Conf. Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 793, ps. 447-448.

1250 bis. LEY 17.711.— El enfoque expresado en el número anterior, entendemos que no ha variado, luego de la sanción de la ley 17.711. Desde luego, el legislador de 1968 ha ratificado la personalidad de las sociedades al mencionarnos en el art. 33, segunda parte, inciso 2º (véase nº 1094). Y en cuanto a su denominación, no les conviene el nombre de “personas jurídicas”, pese a la letra de la disposición citada por dos consideraciones: 1) porque no se originan las sociedades del modo que indica el art. 45 con respecto a las personas jurídicas, mediante una ley o un decreto administrativo; 2) porque existe mayor aproximación entre las sociedades y las simples asociaciones (arg. nuevo art. 46 “in fine”) que entre aquéllas y las personas jurídicas del nuevo art. 33, incisos 1º y 2º de la primera parte, e inc. 1º de la segunda parte, verificación que conduce a la no utilización de la etiqueta de “persona jurídica” para las sociedades, si se desea eludir las más extrañas confusiones (véase *supra*, nº 1109): la denominación conceptual ha de ser bien lograda para que no padezca el mismo concepto que se intenta identificar con aquella denominación. Por ello, concluimos que las sociedades están incluidas en la categoría de “personas de existencia ideal propiamente dichas” del art. 32 (*supra*, nº 1089), mas no en la de las llamadas “personas jurídicas”.

1250 ter. SOCIEDADES CIVILES O COMERCIALES.— Las sociedades se distinguen en civiles o comerciales, de acuerdo a la índole del objeto para el cual han sido constituidas. Si la sociedad se propone como finalidad la realización de actos de comercio es comercial, y civil en caso contrario.

De la personalidad de las sociedades civiles hemos tratado en el número anterior, pues la argumentación ha sido desarrollada en base a esas sociedades.

En cuanto a las sociedades comerciales la doctrina nacional se pronuncia categóricamente en el sentido de que tienen personalidad jurídica, no obstante no identificarse con las llamadas “personas jurídicas”. Para Obarrio, Colmo y Malagarriga las sociedades comerciales son sujetos de derecho con capacidad limitada al fin de la sociedad ^{336 bis}. Según Siburu y Castillo tienen calidad de sujetos de derecho, la que emana de las disposiciones del contrato de sociedad ^{336 bis 1}. Para Alejandro Rayces son personas del derecho porque tienen un patrimonio propio ^{336 bis 2}. Mario Rivarola verifica la personalidad de esas sociedades y se desinteresa de la calificación correspondiente ³³⁷. La jurisprudencia ha procedido de manera semejan-

^{336 bis} Obarrio, Manuel, *Curso de derecho comercial*, 1899, t. I, nº 275, ps. 267-271; Colmo, A., *La personalidad de las sociedades*, “Anales de la Facultad de Derecho”, Bs. As., serie 2ª, t. 5, parte 2ª, ps. 74-145; Malagarriga, C., *Código de Comercio comentado*, t. II, ps. 5 y 6.

^{336 bis 1} Siburu, J., *Comentario al Código de Comercio*, t. IV, núms. 1077-1080, ps. 239 y ss.; Castillo, R. S., *Curso de derecho comercial*, ed. 1935, núms. 68-69, ps. 47 y ss.

^{336 bis 2} Rayces, A., su nota en “J.A.”, t. 42, ps. 606-607.

³³⁷ Rivarola, M., *Tratado de derecho comercial argentino*, t. II, ps. 111-116 y 135-137, especialmente. p. 136.

te, admitiendo en los hechos la personalidad de las sociedades comerciales, pero sin preocuparse de su ubicación en un cuadro general de las personas del derecho^{337 bis}.

1250 quater. LEY DE SOCIEDADES 19 550.— Esta ley que rige a las sociedades comerciales —a reemplazado el título III del libro segundo del Código de Comercio— luego de definir la sociedad comercial, establece que “la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley” (art. 2º). Ahora bien, como tales sujetos no advienen a la existencia jurídica por un acto de reconocimiento expreso por el Estado, como en los supuestos del art. 45 del Código Civil, resulta claro que no integran la categoría de las llamadas “personas jurídicas” (arg. art. 46, Cód. Civ.) sino la de las personas de existencia ideal propiamente dichas (*supra*, núms. 1089 y 1089 bis).

La Ley de Sociedades reglamenta distintas especies de esta clase, a saber: la sociedad colectiva (arts. 125 a 133), la sociedad en comandita simple (arts. 134 a 140), la sociedad de capital e industria (arts. 141 a 145), la sociedad de responsabilidad limitada (arts. 146 a 162), la sociedad anónima (arts. 163 a 307), la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (arts. 308 a 314) y la sociedad en comandita por acciones (arts. 315 a 324). Es de notar que por su nueva forma de constitución la sociedad anónima, que ya no está supeditada a un acto de reconocimiento estatal (véase *supra*, nº 1198 ter), ha dejado de ser una “persona jurídica”, para pasar a ser una persona de existencia ideal propiamente dicha, como las demás sociedades comerciales.

1251. B) SIMPLES ASOCIACIONES.— Son sujetos del derecho, provistos por el concurso de los miembros que los constituyen, carentes de finalidad lucrativa.

Presentan los siguientes elementos esenciales:

- 1) Tienen pluralidad de miembros que con su actividad colectiva brindan soporte a su personalidad;
- 2) Son de duración indefinida;
- 3) Disponen de un fondo social;
- 4) Persiguen un fin altruista o desinteresado.

1252. COMPARACIÓN DE LA SOCIEDAD CON LA ASOCIACIÓN.— En verdad hay diferencias muy notorias entre unas y otras entidades, pues sólo se parecen en

^{337 bis} Cám. Com., Sala “B”, “L.L.”, t. 83, p. 372; íd., íd., “L.L.”, t. 88, p. 19 y “J.A.”, 1957-III, . 311; Sup. Corte Bs. As., “L.L.”, t. 70, p. 447; Cám. Paz Letr., Sala III, “L.L.”, t. 60, p. 406, y “J.A.”, 1950-IV, p. 290.

la presencia de una pluralidad de personas que aportan bienes para hacerlos servir a una cierta finalidad.

Las diferencias más típicas son las siguientes:

- 1) En cuanto a la *índole* del fin que persiguen, lucrativo en la sociedad y desinteresado en la asociación;
- 2) En cuanto a la *persistencia* del grupo inicial, que es rasgo característico de las sociedades, en tanto que para las asociaciones lo típico es la posibilidad de la renovación de sus miembros;
- 3) En cuanto a la *estructura orgánica*: la asociación se asemeja a la corporación persona jurídica, por la soberanía de la asamblea de miembros y el predominio del principio mayoritario, por la existencia de una comisión directiva y por la subordinación a las prescripciones de los estatutos que la asamblea puede modificar; en la sociedad, en cambio, la administración compete al socio gerente y el contrato es en principio inmutable, requiriéndose la unanimidad de los socios para proceder a su modificación, lo que importa tanto como constituir una nueva sociedad;
- 4) En cuanto a la *duración*, la asociación es por lo general indefinida, y no se ve afectada por la muerte, interdicción o falencia de alguno de los miembros. Contrariamente, la sociedad dura un período determinado y puede verse afectada la entidad por la muerte, interdicción o quiebra de sus miembros;
- 5) En cuanto al *retiro* de algún socio, en la asociación se produce dejando su aporte inicial, y en la sociedad llevándose su parte social.

Empero si la asociación asume la *forma* de una sociedad mercantil pierde su carácter como lo indica el art. 3° de la ley 19.550 que dice: “Las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones”. Es el caso de algunos clubes, como el San Isidro Golf Club, que han adoptado la forma de la sociedad anónima.

1253. RÉGIMEN LEGAL DE LAS SIMPLES ASOCIACIONES.— A ellas se refiere el nuevo art. 46 que dice: “*Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad*”

solidaria por los actos de ésta. Supletoriamente regirán a las asociaciones a que este artículo se refiere las normas de la sociedad civil”.

Con esta disposición se aclara la situación incierta y ambigua que tenían las simples asociaciones mencionadas por el antiguo art. 46. En la actualidad tales asociaciones son *sujetos de derecho*, aunque no personas jurídicas, cuando se han constituido en escritura pública o en instrumento privado de autenticidad certificada por escribano público, y cuando la designación de sus autoridades se ha hecho en la misma forma. Ese requisito de constitución y designación de autoridades es un presupuesto necesario para que las simples asociaciones invistan la calidad de sujetos de derecho. Fallando esa condición las asociaciones irregulares carecen de existencia como sujetos de derecho para el futuro y sólo pueden ser comprobadas por los propios asociados o por los terceros con respecto a los hechos pasados cumplidos por la entidad (conf. arts. 1663 y 1664 del Cód. Civ.). Se rigen consiguientemente esas asociaciones irregulares por los principios referentes a las sociedades civiles irregulares o de hecho (conf. art. 46 “in fine”).

Entre las simples asociaciones regularmente constituidas y las asociaciones irregulares, y hay una diferencia importante no sólo en cuanto éstas carecen de existencia para el futuro, sino también en cuanto a la distinta responsabilidad que asumen los asociados y administradores de la entidad. Si se trata de asociaciones regularmente constituidas, los asociados sólo responden subsidiariamente y por una parte viril con respecto a las obligaciones asumidas por la entidad; en cuanto a los administradores, no son comprometidos por los actos obrados por ellos en nombre y por cuenta de la asociación (conf. arts. 1700, 1946 y 1947, Cód. Civ.). Por el contrario, si se trata de asociaciones irregulares, conforme al nuevo texto del art. 46, los miembros fundadores de esa asociación y los administradores de ella, son responsables solidariamente por los actos de esa entidad irregular.

1254. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SIMPLES ASOCIACIONES.— Fue ésta una de las arduas cuestiones que ha preocupado a la doctrina, y que la ley 17.711 vino a aclarar.

a) Para la opinión dominante que se sustentó en nuestro medio, el fenómeno de la simple asociación mostraría un *condominio* existente entre los asociados sobre los bienes aportados por cada uno de ellos. Como estos autores no reconocían la personalidad en la entidad, ésta no tenía capacidad ni responsabilidad propia: quienes actuaban y resultaban responsables, acreedores o deudores eran todos los asociados que quedaban comprometidos por los actos de la comisión directiva, así como el mandante es comprometido por lo obrado por el mandatario. Se trataría de

un condominio con indivisión forzosa, cuyas reglas de administración (arts. 2699 y ss.) se aplicarían en subsidio del contrato de asociación. Cada asociado sería titular del condominio por una cuota variable en función del número de socios existente en cada momento ^{337 bis 1}.

Según nuestro criterio la asimilación de la simple asociación a un condominio con la modalidad de la indivisión forzosa es inadmisibile. Por lo pronto porque el derecho a pedir la división es característica esencial del condominio sólo renunciable por un período de tiempo reducido (conf. arts. 2692/2693). Pero además no hay indivisión forzosa sino sobre “*las cosas afectadas al uso común de dos o más heredades*” (conf. art. 2710), que no es nuestro caso. Además el condominio es un derecho patrimonial y la cuota parte de cada condómino un elemento de valor pecuniario cesible a terceros, hipotecable (conf. art. 2678) en nada semejante al derecho extrapatrimonial e intransferible de cada asociado. Finalmente la explicación del condominio no bastaba para justificar las soluciones jurisprudenciales que mencionaremos más adelante (*infra*, núms. 1255-1256).

b) Según la opinión expuesta en Italia por Messineo y entre nosotros por Spota, a la que adherimos decididamente, la simple asociación es un sujeto de derecho distinto de los miembros que integran la entidad ³³⁸. En el fenómeno “simple asociación” se advierte un sustrato constituido por la voluntad de los particulares tendida en búsqueda de fines que la Constitución favorece (el “asociarse con fines útiles” del art. 14), que cuenta con un dispositivo de poder apropiado para promover y alcanzar aquellos fines. Si practica una actividad propia que no se confunde con la individual de cada asociado; si se designa para identificarse en el concierto humano con un nombre diferente al de cada uno de los asociados y con ese nombre celebra contratos y actúa en justicia, no se ve cómo se le pueda negar el carácter de sujeto de derecho formalmente distinto de los asociados ³³⁹.

^{337 bis 1} Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 911, p. 503. Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 724, ps. 545-546; Salvat, R., *op. cit.*, n° 1205, p. 549; Busso, E., *op. cit.*, t. I, p. 383, n° 26.

³³⁸ Messineo, *op. cit.*, t. I, párr. 20, núms. 15-17, ps. 177-181; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 31, ps. 94 y ss.

³³⁹ Borda ha sostenido que trae graves inconvenientes aceptar la tesis de la personalidad de las simples asociaciones, porque no estando reglamentada la concesión de su personería, los terceros quedarían al arbitrio de estatutos sin fecha cierta y de libros sociales carentes de garantía (*op. cit.*, n° 724, p. 546). Pero observamos que tales posibilidades no se traducen en inconvenientes para los terceros, pues cualquiera disposición restrictiva de la responsabilidad de los asociados que obrase en el contrato de asociación (o estatutos) no modificaría la contribución parcial de cada miembro, por aplicación del art. 1747 que rige el caso en razón de la remisión general del art. 46. En cuanto a la posible adulteración de libros contables, tampoco es un peligro, porque la simple asociación no es comerciante, de modo que ningún valor tiene la propia documentación de ella para mejorar sus derechos frente a terceros. En cambio, si no se acepta la personalidad de la simple asociación se provoca un efectivo perjuicio a los trabajadores al servicio de la entidad, pues se los obliga a litigar con un número indefinido de adversarios, lo que ya importa una dificultad procesal seria, y a soportar eventualmente la insolvencia de varios de ellos, pues por tra-

En suma, en la simple asociación hay, aún más notables rasgos de personalidad independiente de sus asociados, que en la sociedad civil o comercial. Es cierto que no es "persona jurídica" y que su capacidad no se identifica con la de estas últimas, puesto que carece de capacidad de derecho para adquirir a título de donación (conf. art. 1806, segunda parte) o de sucesión testamentaria (conf. art. 3735 y nota al art. 3734). Pero salvo esas restricciones goza de amplia capacidad en orden a la consecución de sus fines.

1254 bis.— La controversia doctrinaria planteada en torno a la personalidad de las simples asociaciones, de que dimos cuenta en el n° 1254, ha quedado zanjada por la ley 17.711 que reconoce a tales entidades regularmente constituidas el carácter de sujetos de derecho. Por tanto, respecto de ellas no puede ya ensayarse su explicación en base a un posible condominio entre los asociados.

Si se trata de asociaciones irregularmente constituidas, entendemos que le son aplicables las disposiciones relativas a las sociedades civiles del mismo carácter irregular (conf. nuevo art. 46 "in fine"). Por tanto, deben ser conceptuadas como existentes y por consiguiente como sujetos de derecho en cuanto al pasado, sin poder proyectar esa misma existencia para lo por venir. En consecuencia, los asociados podrán reclamar la devolución de aportes efectuados y asimismo recabar la liquidación de los bienes de esa asociación irregular, para hacer efectivos sus derechos sobre el producido de tales bienes.

1255. CAPACIDAD Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.— Admitida la personalidad de las simples asociaciones, cuadra examinar su capacidad.

A ese respecto se considera por la jurisprudencia que las asociaciones tienen amplia capacidad para contratar, salvo para recibir donaciones en razón de lo dispuesto en el art. 1806. Para llegar a esta conclusión es dable invocar la ausencia de prohibiciones a su respecto y la norma general del art. 1691, aplicable por la remisión que contiene el art. 46: en consecuencia "*el género de actos que él* (el admi-

tarse de una obligación de sujeto pasivo múltiple la prestación se dividiría automáticamente entre los codeudores que no habrán de responder sino por la cuota de cada uno (conf. arts. 674 y 677). No se nos oculta que también este peligro se cierne sobre el acreedor, aun considerando a la entidad como persona del derecho, pero por lo menos el riesgo se aleja, ya que es posible dirigir la acción en primer término contra la entidad y embargar los bienes que integran el patrimonio de la asociación y sólo cuando éstos son insuficientes es dable dirigir la acción contra los asociados para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria por la porción viril de cada uno sobre el saldo de la deuda. Por lo demás, tratándose de "personas jurídicas" el acreedor no dispone de esta última posibilidad, lo que debe computarse como una garantía adicional que ofrecen, comparativamente, las "simples asociaciones".

nistrador) *está autorizado a ejecutar, se determina, no habiendo estipulación expresa, según el objeto de la sociedad y el fin para que ha sido contratada*".

En sentido semejante se ha decidido que no estando reglamentadas las asociaciones que no son personas jurídicas, éstas se rigen por los principios de leyes análogas y los principios generales del derecho³⁴⁰; de ahí que se haya resuelto que la comisión directiva es una mandataria de la entidad³⁴¹, y observa Salas que "por leyes análogas se han entendido las normas que rigen las asociaciones con personalidad"³⁴². En consecuencia las "simples asociaciones" gozan de una capacidad de derecho subordinada a los fines de su creación con las reservas correspondientes a las disposiciones legales restrictivas³⁴³.

Por las consecuencias de lo obrado por su comisión directiva dentro de las atribuciones estatutarias, responde la entidad con su propio patrimonio y subsidiariamente cada asociado por la porción viril correspondiente, por aplicación del art. 1747 que rige el caso según lo prevenido en el art. 46³⁴⁴.

En cuanto a los individuos actuantes no son responsables cuando claramente hubiesen obrado por la asociación³⁴⁵, pero en cambio si se dudara de que hubiesen obrado por cuenta propia o por cuenta de la entidad, se les aplicaría la presunción del art. 1716, según la cual ha de entenderse "que se obligaron en su nombre particular". Pero si la duda recae sobre la extensión de los poderes de quien ha invocado la representación de la asociación, la presunción es afirmativa y por tanto la actuación compromete la responsabilidad de la asociación (conf. art. 1716).

Lo expuesto se aplica a las *asociaciones regulares*, es decir, constituidas "por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público" (nuevo art. 46) y son autoridades designadas en la misma forma. Si fallasen esos requisitos "todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta". Lo que no debe entenderse en el sentido de que ellos quedan obligados a cumplir lo que fuera la obligación a cargo de un sujeto inexistente, sino a reparar solidariamente el daño que experimentasen los terceros por la frustración de su derecho^{345 bis}.

1256. CAPACIDAD PROCESAL.— La jurisprudencia ha admitido una amplia personería de las simples asociaciones para actuar en juicio como parte actora³⁴⁶

340 Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 76, p. 845; Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 61, p. 68.

341 Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 34, p. 875.

342 Salas, Acdeel E., *Código Civil anotado*, Bs. As., 1956, t. I, p. 41. Conf. Sup. Corte Bs. As., "L.L.", t. 75, p. 769.

343 Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 73, p. 452.

344 Conf. Tribunal del Trabajo de Avellaneda, "L.L.", t. 68, p. 503.

345 Fallo citado en nota anterior. Comp. Cám. Com., "L.L.", t. 7, p. 927.

345 bis Sobre la reparación del daño al interés negativo, véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, n° 242.

346 Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 25, p. 967; Cám. Fed. Paraná, "J.A.", 1954-II, p. 98; Cám. Civ., Sala "B", "L.L.", t. 91, p. 611. Contra: Cám. 1ª La Plata, "J.A.", 1948-I, p. 456.

o parte demandada ³⁴⁷, correspondiendo al presidente la representación judicial de la entidad ³⁴⁸, que queda acreditada por la presentación de documentos que acrediten el carácter invocado sin necesidad de que el mandato obre en escritura pública ³⁴⁹.

1256 bis.— Ya no cabe dudar de la capacidad para actuar en juicio de las simples asociaciones regularmente constituidas. Por lo tanto las decisiones jurisprudenciales que mencionamos en el n° 1256, han quedado respaldadas por la ley 17.711.

En cuanto a las asociaciones irregulares, ellas carecen de capacidad procesal y las cuestiones habrán de suscitarse entre los asociados y los terceros, directamente.

1257. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.— En el régimen anterior a la ley 17.711 correspondía distinguir la responsabilidad de la simple asociación según que el hecho ilícito proviniera de un administrador o de un dependiente suyo. Si se trataba del último supuesto no había inconveniente para hacer valer la responsabilidad de la asociación —y subsidiariamente de los asociados por su porción viril— pues no existía disposición restrictiva alguna y entonces funcionaba plenamente el art. 1113, solución que se extendía también al resarcimiento de los daños provocados en razón de las cosas de la entidad. Pero otra cosa ocurría si el hecho ilícito había sido realizado por un administrador —o comisión directiva— de la entidad, pues en tal caso ésta podía invocar la exención del antiguo art. 1720, que no admitía por su redacción, la discriminación entre delitos o cuasidelitos que habíamos hecho tratándose de personas jurídicas (véase *supra*, n° 1155). Por tanto, ya se tratara de delitos o cuasidelitos civiles de los administradores, la simple asociación no respondía civilmente por esos hechos *“a menos que hubiese obtenido algún provecho, y entonces su responsabilidad será en razón del provecho obtenido”* (antiguo art. 1720). Es la aplicación directa del principio de enriquecimiento sin causa ³⁵⁰.

³⁴⁷ Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 41, p. 370; Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 13, p. 500; Sup. Corte Bs. As., “J.A.”, 1954-IV, p. 174; Trib. Trab. n° 2 La Plata, “L.L.”, t. 63, p. 455; Cám. Fed. Bahía Blanca, “L.L.”, t. 73, p. 452; Cám. Fed. La Plata, “J.A.”, t. 34, p. 1096. Contra: Cám. Paz Letr., “Gac. de Paz”, t. 59, p. 17.

³⁴⁸ Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 41, p. 371; *id.*, “L.L.”, t. 7, p. 1031; S. T. La Pampa, “L.L.”, t. 105, p. 446.

³⁴⁹ Cám. Fed. Paraná, “J.A.”, 1954-II, p. 98.

³⁵⁰ A nosotros nos pareció inconveniente esta exención de responsabilidad de la simple asociación por los cuasidelitos obrados por sus administradores en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, pero no había manera de apartar la incidencia del art. 1720 en este aspecto del régimen de las “simples asociaciones”. Si no se trataba del hecho de los administradores sino de los dependientes o subordinados a ellos, no había dificultad alguna para admitir la responsabilidad de la entidad por ser de aplicación general el art. 1113, que no distingue según la calidad del principal.

Luego de la sanción de la ley 17.711 no se suscita esa variante y siempre es responsable la simple asociación, así como, subsidiariamente, los asociados según una porción viril, por las consecuencias dañosas de los hechos ilícitos obrados por sus dirigentes, administradores o dependientes. Es lo que surge de la adaptación que el legislador hizo del art. 1720 a la disposición del nuevo art. 43 ^{350 bis}.

1258. DERECHOS INTERNOS DE LA ASOCIACIÓN.— En cuanto a las relaciones jurídicas de la asociación y sus miembros, la jurisprudencia ha hecho aplicación analógica de los principios similares que rigen a las personas jurídicas (corporaciones).

Por ello se ha afirmado que los derechos y obligaciones de los asociados se rigen por las prescripciones de los estatutos ³⁵¹, pudiendo la entidad disponer la exclusión de un asociado en las mismas condiciones que lo puede hacer una persona jurídica ³⁵². También se ha decidido que es viable la intervención judicial de una simple asociación ³⁵³. Nada de esto ha cambiado luego de la ley 17.711.

1259. EXTINCIÓN DE LA SIMPLE ASOCIACIÓN.— La extinción de las simples asociaciones se produce por el acuerdo de los asociados en ese sentido. En tal caso la liquidación de sus bienes debe hacerse de conformidad a lo prevenido en los respectivos estatutos, dándoles el destino previsto en ellos ³⁵⁴.

Si nada se hubiera dispuesto procedería aplicar por analogía el art. 50 y considerar los bienes como vacantes luego de reintegrado el aporte de cada asociado, según lo hemos explicado *supra*, n° 1207.

1260. DIFERENCIAS DE LAS SIMPLES ASOCIACIONES Y LA CATEGORÍA DE “PERSONAS JURÍDICAS”.— Conviene precisar en una síntesis final las diferencias que separan a las simples asociaciones de las entidades constituidas en “personas jurídicas”.

1) Difieren tales entidades por el *modo de su constitución*. Si bien unas y otras entidades son sujetos de derecho, difieren en cuanto a la ubicación

^{350 bis} Es de notar, sin embargo, que ahora subsiste otra disparidad en cuanto a los hechos que comprometen a la asociación, como también a las personas jurídicas. La entidad responde por los daños que causen sus dirigentes o administradores “en ejercicio o con ocasión de sus funciones” (nuevo art. 43 y arg. nuevos arts. 46 “in fine” y 1720). En cambio sólo responde de los daños que obren sus dependientes en el desempeño de su incumbencia (arg. art. 1113, primera parte y nuestro voto publicado en “L.L.”, t. 112, p. 378) o con motivo de ella (véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. IV-A, n° 2469, b) y c).

³⁵¹ Cám. Civ. 1ª, “L.L.”, t. 43, p. 400.

³⁵² Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, 1951-I, p. 444; Sup. Corte Bs. As., “J.A.”, 1954-IV, p. 174.

³⁵³ Conf. Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 33, p. 477; Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 68, p. 1225. Contra: Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 37, p. 345.

³⁵⁴ Conf. Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, 1944-IV, p. 609.

de su personalidad dentro del cuadro general de las personas: como hemos visto *supra*, núms. 1087-1089, ambas formas de personalidad integran un género común, las personas de existencia ideal “lato sensu”; pero se trata de dos especies diversas del mismo género, las “personas jurídicas” que requieren para existir como tales el reconocimiento estatal, y las “personas de existencia ideal propiamente dichas” que no requieren para existir la autorización estatal. Las “simples asociaciones” son una subespecie de esta última categoría, que se constituyen por escritura pública o por instrumento privado autenticado por escribano público (conf. nuevo art. 46).

2) Difieren en cuanto a *capacidad*. Las “personas jurídicas” gozan de la plena capacidad correspondiente a las personas ideales, en tanto que las “simples asociaciones”, si bien tienen capacidad para contratar, no pueden adquirir bienes por vía de donación o sucesión testamentaria (conf. arts. 1806 y 3735).

3) Difieren en cuanto a *responsabilidad* de los miembros por las deudas sociales. Los miembros de una “persona jurídica” no responden por las deudas de la entidad, en tanto que los asociados de una “simple asociación”, responden de dichas deudas hasta el importe de la cuota parte correspondiente: esta cuota es una porción viril que resulta de la división del monto de la deuda por el número de asociados, como lo dispone el art. 1747, aplicable al caso por la remisión del art. 46 “in fine”.

4) Finalmente, difieren en cuanto a la incidencia de la *muerte* de los miembros en la vida de la entidad. Ese hecho es irrelevante tratándose de las “personas jurídicas” que pueden subsistir en ese carácter aun cuando no tuvieran sino un solo miembro³⁵⁵⁻³⁵⁶, pero, en cambio, en esta situación la “simple asociación” se disuelve (arg. art. 1758).

Salvo estas diferencias, las “simples asociaciones” presentan tantos rasgos comunes con las asociaciones que son personas jurídicas —o corporaciones— que la jurisprudencia ha solido invocar el principio de analogía para determinar el régimen de aquéllas en función de las reglas legales previstas para las últimas. Por esa vía se ha admitido un poder disciplinario de la entidad sobre sus asociados y derechos correlativos de los miembros, así como también se ha llegado a disponer la intervención judicial de la entidad³⁵⁷.

³⁵⁵⁻³⁵⁶ Conf. Von Tuhr, A., *op. cit.*, t. I², p. 233, texto nota 8. La razón que da von Tuhr finca en que “mientras exista un miembro es posible el ingreso de otros” (*op. cit.*, *loc. cit.*, nota).

³⁵⁷ Véanse fallos citados en las notas 351 a 353.

1260 bis. LA SIMPLE ASOCIACIÓN EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO.— La llamada “simple asociación” aparece especialmente contemplada en los proyectos de reforma del Código Civil, como sujeto de derecho distinto de los miembros.

El Anteproyecto de 1954, que resume y completa las disposiciones precedentes, distingue las asociaciones inscriptas en un registro especial, de las no inscriptas.

Las *asociaciones inscriptas* han de constituirse por escritura pública (art. 121). Tienen capacidad de derecho casi tan amplia como las personas jurídicas (art. 123). Los miembros de ellas no responden por las obligaciones de la entidad, pero éstas gravitan sobre el patrimonio de la entidad (art. 122, cláusulas 1ª y 3ª). Los dirigentes de la asociación inscripta responden personal y solidariamente por las obligaciones asumidas por la entidad, a menos de haber excluido su reponsabilidad en cada caso (art. 122, cláusula 2ª). Estas asociaciones se rigen por las reglas de las personas jurídicas en general y de las corporaciones en particular, en lo concerniente a representación, gobierno y responsabilidad de las mismas (art. 125).

Las *asociaciones no inscriptas* se rigen por las disposiciones del contrato de sociedad que no fueren incompatibles con el carácter de la entidad, salvo previsión en contrario (art. 120). Los miembros de la entidad responden por las deudas comunes, no obstante cualquier cláusula en contrario (art. 121, cláusula final). Por consiguiente ha de entenderse que las asociaciones no inscriptas se encuentran en la misma situación jurídica en que lo están ahora las “simples asociaciones”, en tanto que en las asociaciones inscriptas se halla más afirmado el principio corporativo de la independencia de personalidad: de ahí que los miembros de la asociación inscripta no respondan por las deudas sociales y los de la asociación no inscripta, sí.

1260 ter. COMISIONES DE SOCORROS U OTROS FINES EXENTOS DE LUCRO.— El Anteproyecto de 1954, siguiendo la inspiración del Código italiano (arts. 39 a 42) se ocupa de deslindar la condición jurídica de ciertas comisiones ocasionales de socorros o beneficencia u otros fines transitorios exentos de lucro (art. 126).

Se distingue la situación de los miembros de la comisión, de los adherentes o suscriptores. Estos últimos no contraen otro compromiso fuera de la prestación prometida, la que les puede ser requerida judicialmente por el presidente de la Comisión (art. 127, cláusula 3ª). Los miembros de la comisión, en cambio, responden mancomunadamente por las obligaciones asumidas respecto de terceros; pero los organizadores de la comisión y las personas encargadas de la administración de los fondos allegados, responden solidariamente de la conservación de dichos fondos y de su aplicación al destino anunciado (art. 127, cláusula 1ª).

Si los fondos recolectados resultaren insuficientes para lograr el fin previsto, o éste se hubiera ya alcanzado o tornado imposible, el Poder Ejecutivo determinará

el destino del remanente de los bienes que hubiere, ajustándose en lo posible a lo acordado al tiempo de la constitución de la comisión (art. 128).

1261. C) SOCIEDAD CONYUGAL: REMISIÓN.— Hemos dado las razones por las cuales consideramos a la sociedad conyugal como un ente de derecho que no se confunde con la personalidad de cada uno de los esposos, en *supra*, n° 1115, a cuyo lugar remitimos.

1262. D) CONSORCIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL: REMISIÓN.— Remitimos al respecto a lo dicho *supra*, n° 1117.

SEGUNDA SECCIÓN

EL OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO X

OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

§ 1. Los derechos subjetivos. Noción y clasificación. La relatividad de los derechos. Teoría del abuso del derecho. Cuándo debe reputarse que un derecho ha sido ejercido abusivamente: distintas teorías. El problema en nuestro derecho. Jurisprudencia.

I.— LOS DERECHOS SUBJETIVOS *

1263. NOCIÓN.— Entendemos por *derecho subjetivo* la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para exigir de las demás personas un determinado comportamiento. Ejemplos: el dominio de una cosa, el derecho del acreedor a la prestación debida, etc., en cuyos casos el titular del respectivo derecho puede exigir de los demás el respeto de su prerrogativa, y asimismo en el último caso la realización, por parte del deudor, de la acción u omisión prevista.

A todo derecho subjetivo corresponde un *deber jurídico*. Pero la inversa no es exacta, como ocurre con los llamados derechos personalísimos (derecho a la li-

* BIBLIOGRAFÍA Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 1, ps. 127 a 163; Orgaz, A., *Personas individuales*, p. 127; De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, t. I, p. 206; Borda, G. A., *Derecho Civil, Parte General*, t. I, núms. 23 a 28; Von Tuhr, A., *Teoría General del Derecho Civil alemán*, vol. I, ps. 71 a 83; Casares, T. D., *La justicia y el derecho*, 2ª ed., Bs. As., 1945, p. 129; Bargalló Cirio, J. M., *Sociedad y persona*, Bs. As., 1943, p. 196; Risolía, M. A., *Soberanía y crisis del contrato*, Bs. As., 1946, p. 566; León, P., *La persona y los derechos subjetivos*, "Rev. Jurídica", de Córdoba, año I, n° 4; Coviello, N., *Doctrina General del Derecho Civil*, ed. México, ps. 20 y ss.; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Barcelona, 1934, t. I, vol. 1º, ps. 127 y ss.

bertad, a la vida, al honor, etc.) en cuyos supuestos falta en el titular la posibilidad de opción característica de aquel concepto ¹.

Por otra parte, hay casos en que el deber jurídico no incide sólo en personas diferentes del titular de la prerrogativa jurídica, sino también en este mismo: son los denominados derecho-deberes, o facultades concedidas al titular para que éste pueda cumplir los deberes anexos a ellas. Así la patria potestad que acuerda a los padres el derecho de educar al hijo, es decir, optar por tal colegio, tal corrección, tal consejo, etc., sin interferencias de terceros, a fin de poder cumplir con el deber que tienen de educar al hijo.

1264. CLASIFICACIÓN.— Los derechos subjetivos se dividen en *patrimoniales* y *extrapatrimoniales*, según que tengan o no valor pecuniario.

Los derechos extrapatrimoniales se subdividen en derechos de la personalidad (véase *supra*, núms. 371 y ss.) y derechos de familia.

Los derechos patrimoniales se dividen en derechos reales, derechos personales o de crédito y derechos intelectuales. De ellos tratamos en el § 3° del presente capítulo.

1265. NATURALEZA Y CONCEPCIONES SOBRE EL DERECHO SUBJETIVO: REMISIÓN.— De estas cuestiones hemos tratado *supra*, núms. 14 a 24, a cuyo lugar remitimos.

II.— LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS. TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO *

1265 bis.— El pensamiento filosófico-político cristiano-tradicional de que se ha dado cuenta anteriormente (*supra*, núms. 22-24) preparó el ambiente jurídico y favoreció la aparición en el sector privado de la llamada *teoría del abuso del derecho*.

Para esta concepción es menester distinguir entre *uso* y *abuso* de los derechos. Sin duda procede afirmar con fuerza los derechos subjetivos porque de su reconocimiento depende la dignidad de la existencia humana, vivida en la plenitud de su dimensión personal. Pero no es posible dejar que

¹ Conf. Orgaz, A., *Personas individuales*, ps. 127-128, núms. 8 y 9; Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 1, p. 151.

* BIBLIOGRAFÍA: Sólo mencionamos las obras más importantes: Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 2; Fleitas, Abel, *El abuso del derecho*, Bs. As., 1944; Leonfanti, M. A., *El abuso del derecho*, Bs. As., 1943; León, P., *La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional*, "Rev. Univ. Córdoba", jul.-ag. 1931, p. 29; Roca, Ival, *Abuso del derecho*, "L.L.", t. 104, ps. 977 a 1013; Borda, G. A., *Derecho Civil, Parte General*, núms. 29 a 37; Josseland, L., *De l'abus des droits*, París, 1905; *id.*, *De l'esprit des droit et de leur relativité*, París, 1927.

los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás. De ahí que el titular de los derechos no puede ejercerlos en cualquier dirección aun con un signo nocivo, o sin interés para él. La libertad, que está adscripta al ejercicio *regular* de los derechos, no debe salirse de madre; no se la debe considerar como un fin absoluto, al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo como lo exigían los ídolos fenicios. Si es legítimo el uso de los derechos, no puede tolerarse su abuso.

1266.— Como señala Jossierand, los derechos “tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo. Por ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo; no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así sus titulares no los ejercitarían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad, un abuso de derechos de que serían responsables con relación a las víctimas posibles” ^{1 bis}.

1267.— En suma, aun cuando se disienta acerca del criterio que permite calificar como abusivo el ejercicio de los derechos, ya no se duda de la validez del principio del abuso del derecho, no como una mera fuente de obligaciones, sino en el carácter de principio regulador de los derechos subjetivos que extiende su influencia a todo el orden jurídico. Prolongado a través de cincuenta años el debate acerca de este tema, ya en la hora actual ha cesado la disputa, y poco a poco a la pugna de las opiniones ha sucedido la conformidad fundamental de los pareceres, pese a resistencias innumerables como la opuesta por Bibiloni en el recio alegato consignado en la nota al art. 411 de su Anteproyecto (primera redacción), que con todo no resulta convincente. Si esa opinión podía reunir adeptos en el año 1929, ya no los obtiene en nuestro tiempo. A este respecto dicen Colin, Capitant y Julliot de la Morandière que “se pueden comprobar los progresos inmensos efectuados por esta teoría; rechazada casi completamente por la doctrina, hace cincuenta años, parece haberse convertido en una de las bases fundamentales del derecho moderno. Nada muestra mejor la decadencia de las ideas individuales. La teoría del abuso del derecho se inspira, en efecto, en concepciones netamente sociales y tiende a limitar

^{1 bis} Jossierand, *Derecho Civil*, Bs. As., 1950, t. I, vol. 1, n° 162, p. 154.

la libertad y los derechos del individuo, a someterlos a la vigilancia incesante de las autoridades sociales y notablemente del juez”².

1268. CUÁNDO DEBE REPUTARSE QUE UN DERECHO HA SIDO EJERCIDO ABUSIVAMENTE.— Diversos han sido los *criterios* expuestos para caracterizar el ejercicio abusivo de los derechos. Por nuestra parte, los hemos de considerar dentro de la siguiente clasificación: a) *Criterios subjetivos*: 1) el abuso se identifica con la *intención de perjudicar*; 2) el abuso consiste en el ejercicio del derecho con *culpa* del titular; 3) el abuso consiste en el ejercicio del derecho *sin interés o utilidad*. b) *Criterios objetivos*: 1) el abuso consiste en el ejercicio contrario al *fin económico y social* del derecho; 2) el abuso consiste en un ejercicio contrario al *fin de su institución*; 3) el abuso se define por un ejercicio contrario a la moral. c) *Criterio mixto*, que conjuga ideas distintas para definir el abuso.

1269. a) CRITERIOS SUBJETIVOS.— I) La primera conceptualización del abuso del derecho lo identifica por el ejercicio efectuado por su titular con la *intención de perjudicar* a otro. Fue expuesta por Josserand en un primer trabajo sobre la materia, y ha merecido la adhesión de varios autores como Markovitch, Marson y Charmont³.

Este criterio es enteramente insuficiente. Si a esto se redujera el principio del abuso del derecho, su función dentro del derecho sería insignificante. En primer lugar, porque nunca el titular ejerce su derecho sólo con el objeto de perjudicar a otro, sino guiado por su propio interés. En segundo lugar, porque entonces el abuso del derecho se limitaría a erigirse en una fuente más de obligaciones, cuando su función es más trascendente. En efecto, ubicado el principio en la misma entraña de los derechos subjetivos, sirve para mantener a éstos dentro de su cauce natural, sin que su desorbitación pueda ser tolerada por el ordenamiento jurídico. La intención de causar el perjuicio es sólo un elemento a tomar en cuenta para graduar la reparación del daño, pues por aplicación de los principios que gobiernan la responsabilidad, el agente que obra con dolo (intención de perjudicar) responde por las consecuencias inmediatas, mediatas y hasta casuales de su propio hecho (véase *infra*, n° 1433).

² Conf. Capitant y Morandière, Julliot de la, *Cours élémentaire de Droit Civil français*, 10° ed. 1948, t. II, n° 324, ps. 235-236.

³ Josserand, L., *De l'abus des droits*, 1905, ps. 43 y ss.; Markovitch, M., *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, tesis, París, 1936, núms. 105 y ss., ps. 128 y ss.; Marson, J., *L'abus des droits en matière des contrats*, ps. 139 y ss.; Charmont, J., *Jurisprudence civile, Questions de responsabilité*, “Revue critique de leg. et jur.”, 1898, t. 27, ps. 141 y 144.

1270.— II) Vinculada con la teoría que se acaba de exponer otra opinión la amplía levemente para considerar abusivo no sólo el ejercicio doloso de los derechos, sino también el *ejercicio culpable* de los *mismos*. Esta teoría cuenta con el auspicio de la mayor parte de la doctrina francesa, lo cual se explica porque en Francia el principio del abuso se ha desenvuelto en torno al art. 1382 del Código Napoleón (nuestro art. 1109). Se supone así que el derecho pueda ser ejercido en diversas direcciones, y se admite la responsabilidad del titular cuando escoge un modo de actuación del que se sigue un daño a un extraño, siempre que el perjuicio pudiera haber sido evitado adoptando las precauciones del caso. En esto consiste la *culpa*, que, como en las situaciones generales, sujeta al agente a la indemnización del daño causado ⁴.

Con esta segunda opinión se mantiene el tema dentro del mismo planteo anterior: el abuso del derecho es sólo una nueva fuente de obligaciones extracontractuales.

1271.— III) Para otra tendencia doctrinaria sugerida por Saleilles, y mantenida por Bonnecase y Ripert ⁵, hay abuso del derecho cuando el titular obra *sin interés legítimo* o sin utilidad alguna. Estos autores estiman que la ausencia de interés en el ejercicio de un derecho que causa un perjuicio a otra persona, hace ver que el titular no ha podido actuar sino con la intención de dañar, lo cual no puede ser amparado por la ley.

A su vez Hémard sostiene que los derechos son poderes conferidos al hombre para la satisfacción de sus intereses, y ellos no valen sino en la medida que son útiles. De aquí que el ejercicio sin utilidad de un derecho nocivo para otro, constituye un abuso, importando poco que el titular haya obrado con dolo o simplemente con culpa ⁶.

En igual sentido se expiden Lafaille y Aguiar entre nosotros ^{6 bis}.

Se ha observado que el criterio expuesto no aporta nada nuevo sobre las opiniones anteriores, ya que al faltar interés o utilidad en el titular del derecho no hay otra explicación para su conducta que no sea su intención dolosa o culposa ⁷.

⁴ Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit Civil français*, 8ª ed., París, 1935, t. II, núms. 195 y 199, ps. 186 a 191; Demogue, R., *Obligations*, t. IV, nº 686, p. 373; Sourdat, *Traité générale de la responsabilité*, París, 1911, t. I, nº 440 bis, p. 429; Lalou, H., *La responsabilité civile*, 2ª ed., nº 877, p. 420; Mazeaud, H. y L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 2ª ed., París, 1934, t. I, núms. 576 y ss., p. 542; Salvat, R., *El abuso del derecho*, "L.L.", t. 6, p. 53, secc. doctr.

⁵ Saleilles, R., "Bulletin de la Société d'Etudes Leg.", 1905, ps. 348 y 149; Bonnecase, J., *Suplemento al Tratado de Baudry Lacantinerie*, t. III, nº 225, p. 441; Ripert, G., *La règle morale*, núms. 97 y ss., p. 182.

⁶ Hémard, J., *Précis élémentaire de Droit Civil*, 2ª ed., II, nº 1379, p. 129.

^{6 bis} Lafaille, H., *Curso de obligaciones*, 1927, II, núms. 515 y 516, ps. 297 y 298; Aguiar, H., *Hechos y actos jurídicos*, 1950, t. II, nº 21, p. 117.

⁷ Conf. Fleitas, A., *op. cit.*, p. 43 y autores por él citados.

1272. b) CRITERIOS OBJETIVOS.— I) Según la opinión expresada por Saleilles en la 2ª edición de su obra *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, "...el abuso del derecho consiste en el ejercicio anormal o contrario al destino económico o social del derecho subjetivo" a cuya tesis adhieren entre nosotros Díaz y Acdeel Salas⁸.

De acuerdo a nuestro criterio, esta posición exagera la función social de los derechos, pues pareciera que éstos no se conceden al sujeto sino para un destino económico o social. Con ello empalidece el fin individual, que siempre será esencial en la mayor parte de los derechos subjetivos.

1273.— II) La posición de Josserand adoptada después de una meditación prolongada a través de varios años, es la más acertada. Para este autor el acto abusivo es el contrario al objeto de la institución del respectivo derecho, a su espíritu y a su finalidad. Antes de él, Porcherot advertía que "se abusa de un derecho cuando, permaneciendo dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en vista el legislador; se desvía, por así decir, su derecho del destino normal para el cual ha sido creado"⁹.

Tenemos a esta concepción como fundamentalmente exacta. Si los derechos subjetivos son reconocidos al hombre como medios indispensables encaminados a la obtención de los fines humanos (véase *supra*, nº 24), ellos quedan adscriptos al servicio de esos mismos fines y pierden su carácter cuando el titular los desvía de la finalidad que justifica su existencia. Como dice Laurent, "los derechos son conferidos para una misión... ¿por qué los derechos son sancionados por la ley? Porque son facultades necesarias para cumplir nuestra misión en la tierra"¹⁰.

Por esto ha dicho la profesora doctora María Antonia Leonfanti, que el derecho "es un instrumento, un medio social, una esfera de acción garantizada para que la persona cumpla sus fines humanos"¹¹. De donde se sigue que si el derecho subjetivo es desviado del fin para el cual ha sido reconocido como tal, deja de ser derecho, y aun pasa a ser acto ilícito si provoca el perjuicio de alguien.

1274.— III) Para otros autores, como Savatier, R. Goldschmidt y Borda, el abuso se caracteriza por el ejercicio del derecho contrario a la moral y buenas costumbres¹². Nosotros pensamos que en tal caso hay abuso del derecho, pero no

⁸ Díaz, G., *La inmutabilidad de la cláusula penal*, Bs. As., 1936, p. 104; Salas, A. E., *Las relaciones de vecindad y el abuso del derecho*, "J.A.", t. 71, ps. 678-684.

⁹ Porcherot, E., *De l'abus du droit*, Dijon, 1901, p. 124; Josserand, L., *De l'esprit des* 2ª ed., París, 1939, núms. 291 y ss., ps. 394 y ss.

¹⁰ Ver Josserand, *De l'esprit des droits*, ps. 302-311.

¹¹ Leonfanti, M. A., *Abuso del derecho*, p. 104.

¹² Savatier, R., *Des effets et de la sanction du devoir moral*, París, 1916, ps. 23 y ss.;

creemos que esta noción se reduzca al ejercicio inmoral de los derechos. En suma, el abuso del derecho es el género, y el ejercicio inmoral una especie de ese mismo género.

1275. c) CRITERIO MIXTO.— Si los autores hasta ahora mencionados se empeñan en encontrar la fórmula que delimita el concepto del abuso del derecho, otros renuncian a ello, librando la determinación del punto a la apreciación judicial en cada caso. Capitant sostiene la imposibilidad de elaborar una noción del abuso aplicable a toda clase de derechos, y estima que para algunas situaciones se requerirá la intención de perjudicar, bastando para otras la culpa más o menos grave, y aun la ausencia de un motivo legítimo: los tribunales sabrán en cada caso hacer la aplicación adecuada ¹³.

1276. EL PROBLEMA EN NUESTRO DERECHO.— La cuestión debe examinarse antes y después de la sanción de la reforma constitucional de 1949.

1277.— a) Antes de la reforma constitucional aludida, parecía el punto bastante dudoso. Por una parte se interpretaba al art. 1071 según el cual el “*ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto*”, en consonancia con la tónica individualista que imperaba en todo el Código. Era una concepción absoluta de los derechos subjetivos, de la que participaban, al menos en el carácter de interpretación legal, Bibiloni, Roberto Repetto, Bielsa, Pera, Ovejero y Cortés ¹⁴.

Pero la opinión dominante, dada por Spota, Salvat, Lafaille, Colmo, Rébora, Aguiar, Busso, Morixe, León, Cordeiro Álvarez, Alsina Atienza, Salas, Díaz de Guijarro, Acuña Anzorena, Dassen, Parry, Castiglione, Ival Rocca, y la doctora Leonfanti se pronunciaban a favor de la doctrina del abuso del derecho ¹⁵.

Goldschmidt, R., *La teoría del abuso del derecho y el Anteproyecto brasileño de un código de las obligaciones*, en “Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba”, jul.-ag. 1942, ps. 350-376; Borda, G. A., t. I, n° 31, p. 40, punto d.

¹³ Capitant, H., *Sur l'abus des droits*, “Revue Trim. de Droit Civil”, 1928.

¹⁴ Bibiloni, J. A., *Anteproyecto*, nota al art. 411; Repetto, R. y Pera, J. V., *Reforma del Código Civil*, Observaciones y Actas de la Comisión, t. I, ps. 284-285; Bielsa, R. y Cortés, *Actas del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, I, ps. 167, 173, 180, 182 y 194; Ovejero, D., *Estudios de Derecho Civil*, p. 68.

¹⁵ Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 2°; Salvat, R., *Fuentes de las obligaciones*, Bs. As., 1946, t. III, n° 2743, p. 27; Lafaille, H., *Curso de obligaciones*, t. II, núms. 511 y ss., ps. 293 y ss.; Colmo, A., *Obligaciones*, 2ª ed., 1928, p. 88; Rébora, J. C., *La familia*, Bs. As., 1926, n° 41 y nota, núms. 44, 165, 168 y 440; Aguiar, H., *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., 1950, t. II, n° 21, h, p. 119; Busso, E., *A propósito del abuso del derecho*, “Revista de Derecho Civil”, t. I, p. 287; Morixe, H., su nota en “J.A.”, t. 46, p. 31; León, P., su conferencia en “Revista de la Universidad de Córdoba”, jul.-ag. 1931, ps. 29-40; Cordeiro Álvarez, E., *La reforma del Código Civil*, en “Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba”, jul.-sept. 1939, p. 183; Alsina Atienza, D., *Efectos jurídicos de la buena fe*, 1935, ps. 299-315; Salas, A. E., su

Para nosotros esta tesis era la exacta en el régimen del Código Civil, en el cual si bien falta la expresión de un principio general, puede ser inducido de las diferentes aplicaciones incluidas en el articulado, tales como las contenidas en los arts. 2618, 2619, 2514, 1739 y ss., 1978, 1638, 1644 y 1620.

En segundo lugar, diversas razones indican que la veda del abuso del derecho constituye uno de los principios generales del derecho mentados por el art. 16 del Código. Siendo así no podía entenderse el art. 1071 en su significado literal, sino con la aclaración implícita de que el precepto sólo se refería al ejercicio "regular" de los derechos ¹⁶.

Finalmente, el Código no obligaba a desestimar una directiva ya admitida por el derecho romano clásico y por el antiguo derecho español. En efecto, afirma Gayo en su *Instituta* (I, 53) *que male enim nostro iure uti non debemus*, fórmula que ha sido denominada como una síntesis del abuso del derecho ¹⁷. Y el *Digesto* concedía la *actio doli* al propietario cuyo vecino cavaba en su terreno para desviar la fuente de agua que surgía en el inmueble del primero, cuando el hecho sólo se efectuaba con ánimo de causar el perjuicio ¹⁸. Este mismo caso era reproducido por las *Partidas* de Alfonso el Sabio, donde se limita el derecho del cavador "...si este que lo quisiesse fazer, non lo ouise menester; mas se mouiesse malicosamente, por fazer mal... bien lo podría vedar que non lo fiziesse; e si lo ouiesse fecho, podrangelo fazer derribar, e cerrar". Y la razón de la disposición que da el Rey Sabio no puede ser más ajustada: "Ca dixeron los sabios que a las maldades de los omes non las deuen las Leyes, nin los Reyes sofrir nin dar passada; ante deuen siempre y contra ellas" ¹⁹.

1278.— b) Toda duda acerca de la vigencia del principio del abuso del derecho en nuestro ordenamiento jurídico quedó desvanecida, después de la *reforma constitucional de 1949*, que lo adoptó expresamente. En efecto, el art. 35 de la Constitución Nacional, según esa reforma, dispuso: "*Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de*

nota en "J.A.", t. 71, ps. 678 a 684; Díaz de Guijarro, E., sus notas en "J.A.", t. 71, y "L.L.", t. 16, p. 198 y t. 21, p. 329; Parry, E., su nota en "L.L.", t. 30, p. 678; Castiglione, J., *El abuso del derecho*, en "J.A.", t. 15 y secc. doctr., p. 45; Leonfanti, M. A., *Abuso del derecho*, Bs. As., 1945, ps. 67 y ss.; Ival Rocca, *Abuso del derecho*, en "L.L.", t. 104, p. 977; Dassen, Julio, *De la jurisdicción del pretor al abuso del derecho*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", año 1960.

¹⁶ Conf. Spota, A. G., *Tratado*, t. I, vol. 2º, núms. 211 y ss., ps. 101 y ss.

¹⁷ Leonfanti, M. A., *op. cit.*, p. 28.

¹⁸ *Digesto*, Libro 39, Tít. 2, fr. párr. 2. De Acqua. La disposición del *Digesto* está concebida en sentido inverso, es decir, se afirma el derecho del propietario para desviar la fuente que surge en terreno del vecino, para mejorar el propio fundo. De ahí que a *contrario sensu* todos los autores llegan a la consecuencia indicada en el texto.

¹⁹ Partida III, Título 32, ley 19.

otro. Los abusos de estos derechos que perjudiquen a la humanidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes”.

Esta norma constitucional abrió al principio del abuso del derecho una amplia perspectiva, como pudo advertirse, no obstante el corto tiempo de vigor de la reforma, a través de la jurisprudencia de los tribunales. Las decisiones más o menos aisladas resueltas con anterioridad a esa sanción, fueron robustecidas por la sustancial modificación introducida en la Carta Magna.

1279.— c) Luego de la supresión “de facto” de la reforma constitucional de 1949 dispuesta por la Proclama del 27 de abril de 1956, que fue convalidada por la Convención Constituyente de 1957, la situación ha vuelto a ser la explicada en el n° 1277.

1279 bis. LEY 17.711.— A este respecto, la reforma del Código Civil sienta el principio general que veda el abuso de derecho en los siguientes términos:

“Art. 1071: *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 contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

La innovación aportada por la ley 17.711 es sumamente saludable y coincide con el auspicio que hiciéramos de la teoría del abuso del derecho tanto en la presente obra, a partir del n° 1265, cuanto en el Anteproyecto de 1954, art. 235.

La ley no ha de tolerar el abuso de derecho: así lo propugna una opinión caudalosa en el derecho comparado que no es menester puntualizar, por cuanto ya lo hemos efectuado en los lugares recordados. Bienvenida, pues, la reforma sancionada a este respecto.

En cuanto al criterio para definir cuándo es abusivo el ejercicio de un derecho, la ley establece una *doble* directiva, sumamente interesante. Una *primera*, es específica y se relaciona con la índole del derecho que se ejerce, en lo que se sigue la opinión de Porcherot y de Josserand: ^{19 bis} hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, a su es-

^{19 bis} Véase *supra*, n° 1273.

pírito y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento, dice la ley 17.711 acertadamente ^{19 bis 1}.

La *segunda* directiva, es más amplia y traslada a esta situación —el ejercicio de un derecho— la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral. Por ello, siguiendo los reformadores, la idea de René Savatier y de Roberto Goldschmidt, compartida por Borda ^{19 bis 2}, califican como abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Con la explícita consagración del principio que veda el abuso de derecho, queda consolidada una definida orientación jurisprudencial que se había abierto camino en nuestro país, manifestada a través de numerosos fallos ^{19 bis 3}.

1280. JURISPRUDENCIA.— En diversos fallos los tribunales hicieron una directa aplicación del principio del abuso del derecho. Entre esas decisiones ocupan un lugar preferente varias sentencias de la Cámara de Apelaciones de Rosario. Así se admitió la responsabilidad del acreedor que por su negligencia solicitó y obtuvo la quiebra del deudor, entendiendo el tribunal que el demandante “no había ejercitado su derecho dentro de los límites marcados por el art. 1071 del mismo Código” ²⁰. En otro caso se dijo que “el abuso del derecho estaría entonces en el ejercicio anormal del derecho... en la falta de diligencia suficiente, en la desviación del fin social y económico del derecho, en la ausencia de interés legítimo, real y serio, y en los derechos ejercitados con malicia o mala fe” ²¹, condenándose al resarcimiento de los daños causados por una ejecución de prenda agraria de vencimiento sólo aparente.

^{19 bis 1} En el Anteproyecto de 1954 empleábamos una fórmula similar: “La ley no tolera el abuso del derecho. Se entenderá abusivo el ejercicio de un derecho cuando contrarie las exigencias de la buena fe o los fines de su reconocimiento”.

^{19 bis 2} Savatier, R., *Des effets et de la sanction du devoir moral*, París, 1916, ps. 23 y ss.; Goldschmidt, R., *La teoría del abuso del derecho y el Anteproyecto brasileño de un código de las obligaciones*, en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, julio-agosto, 1942, ps. 350-376; Borda, G. A., *Tratado, Parte General*, t. I, n° 31, ap. d.

^{19 bis 3} Puede verse una prolija enunciación de los fallos dictados por todos los tribunales del país acerca de este asunto en la nota “Abuso del derecho”, publicada en “E.D.”, del 11 de junio de 1968.

²⁰ Cám. Apel. Rosario, 21 de julio de 1933, “Jur. Trib. Pcia. Santa Fe”, t. XIII, voto vocal doctor Palacios, R.

²¹ Cám. Apel. Rosario, 21 de julio de 1934, voto del vocal doctor Palacio, R., en “Jur. Trib. Santa Fe”, t. XIII, p. 252.

El embargo indebido de bienes del deudor ha sido reiteradamente calificado como un abuso del derecho, con la consiguiente responsabilidad del acreedor embargante ²².

Igualmente se ha estimado que hay abuso del derecho: cuando se tolera la invasión del propio fundo por la construcción vecina y luego se pretende la demolición parcial y reivindicación de la angosta franja de terreno ocupada ²³, si se deduce un interdicto de obra nueva interrumpiendo la construcción comenzada, con mala fe o error grosero inexcusable ²⁴; cuando se intenta demoler ornamentos del edificio vecino que a cierta altura avanzan escasos centímetros sobre el jardín del demandante ²⁵; cuando se instala un prostíbulo y con ello se perjudica a los vecinos ²⁶; si se niega a un usuario un servicio telefónico que se presta a otro en igualdad de condiciones ²⁷; cuando el padre ejerce sus derechos sobre el hijo con evidente perjuicio de éste ²⁸; o se niega inmotivadamente a permitir el ingreso en religión del hijo ²⁹; cuando un condómino que alquila el inmueble pretende la venta con subsistencia de la locación, lo que se traduce en un previsible envilecimiento del precio a obtener ³⁰; cuando el inquilino que dispone de otra vivienda, exige al locador una indemnización para desocupar la casa locada ³¹; cuando se promueve una ejecución hipotecaria sin derecho, pero que prospera por la imposibilidad para el deudor de defenderse en el juicio ejecutivo ³²; cuando se logra el desalojo de un garaje haciendo valer la futura reconstrucción con triplicación de la capacidad locativa y luego se edifica un cinematógrafo ³³; cuando se deja transcurrir 10 meses de mora sin gestionar el desalojo ni comunicar la situación al fiador y luego se exige a éste el pago de toda la deuda ³⁴; cuando se exige el cambio de destino de una

²² Cám. Apel. Rosario, 1º de marzo de 1926, "Jur. Trib. Santa Fe", t. V, p. 59; íd., 15 de diciembre de 1929, "Sup. Trib. Santa Fe", t. VIII, p. 435; íd., 21 de junio de 1938, "Sup. Trib. Santa Fe", t. XVII, p. 240; Cám. Com. Cap. 31 de agosto de 1933, "L.L.", t. 11, p. 1198; íd., 10 de diciembre de 1950, "E.D.", t. I, p. 583.

²³ Cám. Civ. 1ª Capital, 21 de mayo de 1928, "J.A.", t. 27, p. 751.

²⁴ Cám. 1ª La Plata, 24 de junio de 1952, "J.A.", t. 38, p. 897.

²⁵ Cám. Apel. Dolores, "Boletín Inst. Ens. Práctica", Bs. As., 1936, n° 62.

²⁶ Cám. Civ. 2ª Cap., p. 6 de agosto de 1940, "J.A.", t. 71, p. 678, con nota de Salas, A. E.

²⁷ Cám. Apel. Rosario, 27 de mayo de 1941, "L.L.", t. 23, p. 237.

²⁸ Cám. 2ª La Plata, 15 de julio de 1949, "L.L.", t. 56, p. 602.

²⁹ Cám. Civ., Sala "B", 20 de mayo de 1954, "J.A.", 1954-III, p. 25; Cám. Civ., Sala "B", 31 de mayo de 1954, "J.A.", 1954-III, p. 397; sentencia del doctor Tieghi, R. M., 11 de agosto de 1953 (1ª instancia firme), "J.A.", 1953-IV, p. 314; íd., Dr. Videla Morón, M., 24 de agosto de 1950, "J.A.", 1953-IV, p. 381.

³⁰ Cám. Apel. Civ. Cap., 23 de noviembre de 1953, "J.A.", 1954-IV, p. 102. Contra Corte Sup. Nac., "J.A.", 1956-III, p. 367.

³¹ Cám. Fed. Bahía Blanca, "J.A.", 1953-I, p. 277.

³² Cám. Civ., Sala "B", "J.A.", 1952-IV, p. 445 y Cám. Civ., Sala "A", "Doctrina Judicial", 19-20 de febrero de 1959.

³³ Cám. Civ., Sala "B", "J.A.", 1952-IV, p. 41, con nota de Spota.

³⁴ Cám. Civ. 2ª, "L.L.", t. 10, p. 918.

unidad horizontal, en base a lo autorizado por el Reglamento de Copropiedad, si la nueva utilización no causa perjuicio alguno ^{34 bis}.

1281. LOS PROYECTOS DE REFORMA.— Acerca de este punto ha sido diferente la posición adoptada por los proyectos de reforma del Código Civil.

1282.— El *Anteproyecto Bibiloni*, conforme a la opinión de su autor, rechaza la teoría del abuso del derecho. De ahí que ese texto mantuviera el viejo art. 1071, generalmente entendido como incompatible con aquella teoría.

1283.— El *Proyecto de 1936* optó por una solución tímida. En el seno de la comisión redactora los pareceres estaban divididos. Mientras Salvat, Lafaille y Rébora opinaban a favor de una fórmula general, Pera y Repetto coincidían con Bibiloni en el rechazo del principio, sin perjuicio de su admisión excepcional en supuestos particulares determinados por la ley ³⁵. La transacción se consumó en una posición anodina consistente en la mera supresión del art. 1071 vigente y del art. 411 propuesto por Bibiloni.

1284.— El *Anteproyecto de 1954* adopta el principio del abuso, en su art. 235 concebido en los siguientes términos: “La ley no tolera el abuso del derecho. Se entenderá abusivo el ejercicio de un derecho, cuando contrarie las exigencias de la buena fe o los fines de su reconocimiento. El ejercicio de los derechos que por su propia naturaleza, o por una disposición legal, deban reputarse discrecionales, sólo será abusivo cuando tenga por fin exclusivo el perjuicio ajeno. El daño proveniente del abuso será indemnizable”.

Las fuentes de este precepto se encuentran en el art. II del Título preliminar del Código peruano de 1936, en el art. 74 del Proyecto franco-italiano de las obligaciones, de 1927, y en el art. 1185 del Código venezolano de 1942.

El texto comienza por denotar el principio, en términos escuetos, cuya misma sobriedad debía contribuir a su mejor aplicación y adaptación a la diversidad de los casos que se presentarán.

La fórmula inicial es similar a la del Código peruano (“la ley no ampara el abuso del derecho”, dice éste). Pero el proyecto argentino no se ha limitado a la mera declaración sino que ha preferido delinear una orientación sobre el ejercicio abusivo, habiendo para ello acogido la doble directiva (buena fe y fin del reconocimiento del derecho), emanada del Proyecto franco-italiano de las obligaciones,

^{34bis} Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 101, p. 635.

³⁵ Reforma del Código Civil, *Observaciones y Actas de la Comisión*, t. I, ps. 284-287.

elaborado por juristas eminentes como Colin, Ripert, Capitant, Áscoli y De Rugiero. Ese criterio ha sido recogido por el Código de las obligaciones del Líbano de 1932 (art. 124), preparado sobre la base de un Anteproyecto redactado por Josserand, por el Código polaco de las obligaciones de 1934 (art. 135), por el Anteproyecto de Código de las obligaciones del Brasil de 1941 (arts. 152 y 156) y por el Código de Venezuela de 1942 (art. 1185).

Como ya lo hacía el propio texto constitucional luego de la frustrada reforma del año 1949, el proyecto argentino asigna carácter delictuoso al acto abusivo: de ahí la responsabilidad del agente por las consecuencias dañosas, cuya extensión dependerá del dolo o de la culpa con que haya obrado.

Pero adviértase que el funcionamiento del principio del abuso del derecho no se restringe a la configuración de un acto ilícito. Aun cuando del acto abusivo no se siga ningún daño, con lo que no podrá ser considerado acto ilícito civil, no por esto dejará de ser eficaz aquel principio, ya que entonces se erigirá en una causa legal de la paralización del derecho desviado de sus fines regulares. Si el agente en tales condiciones hubiese cumplido un acto jurídico, el acto carecerá de valor ^{35bis}.

La jurisprudencia francesa ha dejado al margen de la teoría del abuso, los derechos llamados discrecionales, a los cuales se refiere la tercera parte del art. 235 del Anteproyecto de 1954 ³⁶.

Por nuestra parte nos hemos sentido inclinados a seguir el mismo rumbo, pero una nueva consideración del asunto motivada por una observación del doctor Jesús H. Paz (h.), nos mostró que la amplitud de la adopción constitucional del principio del abuso no permitía, por entonces, dejar fuera de su marco ninguna clase de derechos. Con todo, optamos por determinar para los derechos discrecionales, el criterio más restringido acerca del abuso, contenido en el art. 226 del Código alemán. "Objeto exclusivo de perjudicar a otro", decía Windscheid ³⁷.

1285. LEGISLACIÓN COMPARADA.— La legislación extranjera favorable al principio estudiado puede distribuirse en tres grupos.

El primero está formado por los países que sancionan la reprobación del abuso del derecho, sin definir en qué consiste dicho abuso tal vez por entender que todo conato de caracterización puede resolverse en una restricción del concepto. Esta orientación fue iniciada por el Código suizo, cuyo art. 2º declara: "el abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley". En igual sentido los códigos peruano (art. II) y turco (art. 2º).

El segundo grupo está integrado por las legislaciones vigentes o proyectadas, que no se limitan a la mera declaración reprobatoria del abuso, sino que además de-

^{35bis} Conf. Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 101, p. 635.

³⁶ Véase Ripert, G., *Traité élémentaire de Droit Civil de Manuel Planiol*, ed. 1949, t. II, nº 986; Colin, Capitant y Morandière, Julliot de la, *op. cit.*, t. II, nº 327; Josserand, L., *Derecho Civil*, Bs. As., t. I, vol. I, nº 164; y la redacción propuesta por Houin a la comisión de reforma del Código francés, *Travaux de la commission*, años 1946-1947, ps. 23 y 24, arts. 69-71.

³⁷ Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Turín, 1930, nº 121.

finen el ejercicio abusivo del derecho, con arreglo a criterios más o menos precisos: tal la posición del Código soviético de 1923 (art. 1°), del proyecto franco-italiano de las obligaciones (art. 74), del Código de las obligaciones del Líbano de 1932 (art. 124), del anteproyecto del Código de las obligaciones del Brasil de 1941 (arts. 152 y 156) y del Código de Venezuela (art. 1185).

Finalmente, están las legislaciones que sin formular una declaración de principio acerca del abuso del derecho, y sin intentar abrazar en una fórmula genérica su contenido, consignan aplicaciones directas de la regla. Así los códigos alemán (arts. 226, 826, 157 y 242), brasileño (art. 160, inc. 1°) y la nueva ley de introducción al mismo (art. 5°), chino (art. 148), mexicano (arts. 16 y 1912), italiano (arts. 833, 840 y 999), uruguayo (art. 1295), Código General de Bienes del Principado de Montenegro (arts. 943 y 1000), Código de las obligaciones de Túnez (art. 103) y de Marruecos (art. 94), anteproyecto de Código Civil yugoslavo (art. 9°), proyecto de Código Civil polaco (arts. 18 a 20) y el anteproyecto de Código Civil boliviano (art. 940).

En los países cuya codificación civil remonta a una época anterior a la elaboración doctrinaria del abuso del derecho, la acogida del principio ha sido obra de la jurisprudencia. Es lo ocurrido en Francia, donde se presentaron tres casos clásicos, en esta materia, a saber, el del propietario que había construido sobre el techo de su casa una falsa chimenea, sin utilidad alguna, y con el solo propósito de privar de luz al vecino, cuya ventana quedaba obstruida de ese modo ³⁸; el caso de la pared altísima pintada de negro con el fin de molestar al vecino ³⁹; el caso de los pilares de madera altísimos coronados con picas de hierro, levantados en el linde de un hangar, con el propósito de dificultar el ascenso o descenso de los dirigibles ⁴⁰.

Lo mismo ha pasado en Bélgica, España, y aun en países conocidos por su individualismo como Inglaterra y los Estados Unidos ⁴¹.

³⁸ Caso Doer, mayo de 1855, Dalloz, 56-2-9.

³⁹ Caso Savart, 17 de diciembre de 1901, "Sirey", 1904-2-217, con nota de Apert.

⁴⁰ Caso Bayard, 3 de agosto de 1915, "Sirey", 1920-1-300.

⁴¹ Para España, véase Castán Toboñas, *Derecho Civil español*, 7ª ed., t. I, p. 312; para los países anglosajones, véase Spota, *Tratado*, t. I, vol. 1, núms. 498 y ss. p. 754, y Markovitch, *op. cit.*, núms. 245 y ss., p. 315.

§ 2. El patrimonio: concepto. El patrimonio concebido como atributo de la personalidad: teoría de Aubry y Rau. Crítica. La concepción de la doctrina alemana. El problema en nuestro derecho. Caracteres del patrimonio.

I.— EL PATRIMONIO *

1286. CONCEPTO.— Se denomina *patrimonio* al conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria. Así dice el art. 2312: *El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio.*

Consiguientemente el patrimonio es una masa de bienes que se considera como una entidad abstracta independiente de los elementos que la componen, los cuales pueden cambiar o disminuir sin que se altere el conjunto como tal.

El patrimonio es una universalidad de bienes, denominándose así toda pluralidad de bienes a los que es posible tratar unitariamente, como un todo. Cuando la universalidad depende de la voluntad del propietario que ha dispuesto los elementos particulares para obtener el resultado del conjunto, la universalidad es de hecho, v.gr., una biblioteca, un rebaño, etc. Si la conexión de los elementos particulares no depende de la voluntad del propietario, sino de la determinación de la ley, la universalidad es de derecho: de esta índole es el patrimonio, cuya unidad proviene de la ley.

¿Pero cuál es el fundamento o razón de ser de este tratamiento unitario, por parte de la ley? Acerca de este punto, dos han sido las concepciones que se han expuesto: la concepción clásica del patrimonio-persona, desenvuelta magistralmente por Aubry y Rau, y la concepción moderna del patrimonio, desarrollada especialmente por los autores alemanes. Nos referimos someramente a estas teorías.

* BIBLIOGRAFÍA: Plastara, G., *La notion juridique du patrimoine*, París, 1903; Fornieles, S., *El concepto de patrimonio*, "Rev. Derecho Civil", t. 2, ps. 23 y ss.; Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 35, núms. 1757 y ss., 657 y ss.; Salvat, R., *Parte General*, 5ª ed., núms. 1304 y ss., p. 602; Borda, G. A., *Derecho Civil, Parte General*, t. II, núms. 752 y ss., ps. 9 y ss.; Von Tuhr, A., *Teoría General del Derecho Civil alemán*, vol. 11, ps. 389 y ss.; Aubry, C. y Rau, C., *Droit Civil français*, 4ª ed., t. VI, § 573, ps. 229 y ss.; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Barcelona, 1934, t. I, vol. Iº, ps. 547 y ss.; Coviello, N., *Doctrina General del Derecho Civil*, ed. México, ps. 267 y ss.; Merovach, M. N., *Le patrimoine*, "Rev. Trim. de Droit Civil", 1936, ps. 811 y ss.; Vitucci, E., *Patrimonio en Nuovo Digesto Italiano*, t. 9, ps. 557 y ss.

II.— LA TEORÍA DE AUBRY Y RAU: EL PATRIMONIO CONCEBIDO COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD

1287. EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA.— Para Aubry y Rau “la idea del patrimonio se deduce lógicamente de la personalidad..., el patrimonio es la emanación de la personalidad y la expresión de la potestad jurídica de que está investida una persona” ⁴².

De aquí concluyen Aubry y Rau, que: 1º) únicamente las personas físicas o morales pueden tener patrimonio, pues sólo ellas tienen aptitud para poseer bienes, tener derechos de crédito y contraer obligaciones; 2º) toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aunque ella no posea actualmente bien alguno; 3º) cada persona no tiene más que un patrimonio, principio que sufre algunas excepciones, por imperio de la ley; 4º) finalmente, el patrimonio es inseparable de la persona, no concibiéndose su transmisibilidad *in totum*, porque sería como pensar en la transmisibilidad de la propia persona. Sólo los elementos particulares integrantes de la universalidad son transmisibles; salvo cuando se extingue la persona, en cuyo caso el patrimonio se traslada del difunto al heredero que continúa su personalidad ⁴³.

1288. CRÍTICA.— La concepción clásica está en la actualidad desprestigiada. Ha sido objeto de críticas justificadas que remarcan su carácter artificial, abstracto y abusivamente lógico. Dicen Planiol, Ripert y Picard que esa doctrina “exagera el lazo que existe entre la noción de patrimonio y la de personalidad hasta el punto de confundir las dos nociones y de reducir el patrimonio a la aptitud de poseer” ⁴⁴.

Por nuestra parte, pensamos que la teoría parte de principios verdaderos, pero extrae de ellos consecuencias que no están contenidas en las premisas. Nos parece exacto que el patrimonio constituye un atributo de la personalidad, y en este sentido corresponde a la noción de persona, la posesión indispensable de patrimonio. No puede haber persona sin patrimonio, porque siendo los bienes exteriores medios necesarios para alcanzar los fines humanos, no es imaginable un ser tan indigente que carezca de toda clase de medios, ya que si así fuera necesariamente moriría: aun el mendigo más desvalido es dueño de los alimentos que ingiere.

Pero si compartimos la idea de la *necesidad* del patrimonio, independientemente de su cuantía mayor o menor, tal vez insignificante (para cualquiera, pero no para el titular, como el mendigo que privado de su alimento podría hasta perder la vida), no creemos que sea rigurosa la idea de la *unidad* de patrimonio. Ciertamente que el patrimonio forma un todo complejo independiente de los bienes par-

⁴² Aubry y Rau, C., *op. cit.*, VI, § 573, ps. 229 y 231.

⁴³ Aubry y Rau, VI, §§ 574 a 583, ps. 232 a 260.

⁴⁴ Planiol, Ripert y Picard, *Tratado Práctico*, ed. La Habana, t. III, n° 17, p. 25.

ticulares que lo componen, y esta noción elemental “que desde el punto de vista de la técnica jurídica y del derecho en general, permite explicar por qué los acreedores pueden dirigirse contra un bien cualquiera del deudor, y la transmisión universal del difunto, comprensiva de todas las cargas”⁴⁵ no es objetable. Lo que es pasible de crítica es la unidad de patrimonio, pues si los bienes exteriores están al servicio del hombre, como medios ordenados a la obtención de los fines de éste, no se ve por qué para el mejor desempeño de esa función, no puedan segregarse algunos de ellos del resto para afectarlos a un fin determinado y especial. Así como es compatible la coexistencia del domicilio general, atributo de la persona, con ciertos domicilios especiales para fines determinados, debe serlo el patrimonio general que igualmente reviste aquel carácter, con ciertos patrimonios especiales segregados de aquél, como la herencia aceptada con beneficio de inventario, el fondo de comercio, la masa de la quiebra, el patrimonio del ausente y la empresa individual, si bien esta última suele suscitar dudas.

III.— LA CONCEPCIÓN DE LA DOCTRINA ALEMANA

1289. EXPOSICIÓN.— La crítica hecha a la doctrina clásica muestra cuáles van a ser los temas de la nueva concepción, cuyo desarrollo se debe especialmente a la doctrina alemana y a las disposiciones consecuentes insertas en el Código alemán.

Como acabamos de señalarlo, esta teoría no niega la existencia de un solo patrimonio general, pero junto a él admite la coexistencia de patrimonios especiales. Así Von Tuhr dice: “El patrimonio resulta de un conjunto de derechos que reciben unidad por corresponder a un mismo sujeto; de esta unidad se deriva que los hechos jurídicos y las relaciones que atañen al titular producen sus efectos sobre todos los derechos que en cada momento integran el patrimonio. El poder de disposición del titular comprende todos los objetos del mismo...”. “En cambio la unidad se pierde cuando un conjunto de derechos cuyos elementos posiblemente son mutables, está regido por normas especiales. En el ámbito del patrimonio existe, entonces, una esfera jurídica más restringida, delimitada por criterios determinados y susceptibles de desarrollo económico propio de la misma manera que aquél. Háblase en este caso de patrimonio especial o de bien especial”⁴⁶.

⁴⁵ Gény, F., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, ed. Madrid, nº 67, p. 141.

⁴⁶ Von Tuhr, A., *Teoría General del Derecho Civil alemán*, ed. Bs. As., 1946, t. I, vol. 1º, p. 406.

En suma, el fundamento de la teoría del patrimonio no está en la persona del titular sino en los *finés* que es dable obtener con los bienes. En este sentido, expresa Von Tuhr: “patrimonio es poder económico. En nuestro sistema, que descansa en la división de los bienes, facilita al hombre los medios externos para conseguir sus fines personales, que están integrados, en primer término, por las necesidades primarias y los placeres personales de toda índole; pero luego también por aspiraciones ideales y altruistas. Son derechos patrimoniales los que garantizan al hombre los medios económicos para su existencia y su actividad volitiva”⁴⁷. Entonces el patrimonio general está formado por la masa de bienes de que dispone el titular para obtener cualesquiera fines que se proponga; en cambio, los patrimonios especiales son, como define Brinz “bienes afectados a un fin” determinado⁴⁸.

Esto explica que la persona tenga un solo patrimonio general y pueda en cambio tener varios patrimonios especiales. Entre estos últimos cita Von Tuhr los siguientes, que existen en el derecho alemán: el patrimonio especial del infante, exento de la administración del padre, o eventualmente, del usufructo especial (arts. 1638 y 1650); los bienes reservados de la mujer, a los cuales no se extiende la administración y el usufructo del marido; la masa concursal; la herencia cuando ha sido separada del patrimonio personal del heredero; etc.⁴⁹.

IV.— EL PROBLEMA EN NUESTRO DERECHO

1290.— No obstante la autoridad de Aubry y Rau, habituales mentores del codificador, no hay nada en el articulado del Código que obligue a adoptar en nuestro derecho la teoría de aquéllos. En consecuencia queda el intérprete libre para acoger la concepción que cuenta con el favor de la unanimidad de la doctrina, y que mejor satisface los intereses del hombre⁵⁰.

Es compatible en nuestro sistema legal, el reconocimiento de un único *patrimonio general*, con diversos *patrimonios especiales* del mismo sujeto. El *primero* definido simplemente por el art. 2312, como el conjunto de bienes de una persona, engloba a todos los bienes que quedan a disposición del titular para cualesquiera fines, sin estar comprendidos en un régimen legal especial.

Los *patrimonios especiales* son conjuntos de bienes afectados a un fin determinado y sometidos a un régimen legal especial. Entre éstos pueden mencionarse los siguientes: 1) el patrimonio de la herencia aceptada con beneficio de inventario; 2) el mismo patrimonio, si los acreedores del causante hacen valer la separación de patrimonios; 3) el patrimonio del presunto muerto durante el período de

⁴⁷ Von Tuhr, A., *op. cit.*, ps. 385-386.

⁴⁸ Brinz, *Pandekten*, 1ª ed., § 226.

⁴⁹ Von Tuhr, A., *op. cit.*, vol. 1º, p. 407.

⁵⁰ Spota, A. G., *Tratado*, t. I, vol. 35, nº 1760, p. 673.

prenotación del dominio transmitido a los herederos; 4) la masa de bienes del deudor que ha sido desapoderado de sus bienes por efecto del concurso civil o de la quiebra; 5) la masa de bienes integrantes del fondo de comercio. Borda estima que estaría en vías de imponerse la llamada empresa individual de responsabilidad limitada, que permitiría a las personas afectar a una industria o comercio parte de sus bienes que quedarían así segregados del patrimonio general ⁵¹.

1291. Tanto el patrimonio general como los patrimonios especiales, provienen de la ley que trata unitariamente a un conjunto de bienes individuales. Por esto es que uno y otros patrimonios son universalidades de derecho ⁵².

En cuanto a la suerte de los nuevos bienes que adquiera el titular, ellos ingresan al patrimonio general y no a los patrimonios especiales, a no ser que: 1º) la ley establezca esta última imputación; 2º) o que provengan de inversiones de bienes de los patrimonios especiales (supuesto de subrogación real por la cual el nuevo bien sigue la condición jurídica del bien reemplazado); 3º) o que se trate de frutos o productos de bienes del patrimonio especial ⁵³.

1292. CARACTERES DEL PATRIMONIO.— De acuerdo a la doctrina que hemos aceptado, el patrimonio *general* presenta los siguientes caracteres:

1º) Es una *universalidad jurídica*, pues la unidad de la pluralidad de elementos que lo componen está dada por la ley.

2º) Es *necesario*. Todo patrimonio pertenece a un titular (persona visible o ideal) y correlativamente a toda persona corresponde un patrimonio general.

3º) Es *único e indivisible*. Lo que significa que nadie puede ser titular de más de un patrimonio general. Se suelen dar como excepciones a este principio la aceptación de herencia con beneficio de inventario y la separación de patrimonios, pero ésta es una creencia errónea. No hay allí la subsistencia en cabeza del heredero de dos patrimonios generales, sino la coexistencia perfectamente aceptable del patri-

⁵¹ Borda, G. A., t. II, n° 738, p. 14. Este autor recuerda acerca de la empresa individual de responsabilidad limitada los votos favorables de los Congresos Primero (año 1940) y Segundo (año 1953) de Derecho Comercial, de la Tercera Conferencia Nacional de Abogados, reunida en Santa Fe en 1940, el pronunciamiento del Senado de la Nación del año 1944, así como los trabajos de O. Stratta, M. Rivarola, E. Azuria y L. Michelson. Comp. Orgaz, A., *Estudios de Derecho Civil*, p. 303.

⁵² Conf. Spota, A. G., *Tratado*, t. I, vol. 35, p. 675.

⁵³ Von Tuhr, A., *op. cit.*, p. 410; Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 640, p. 15.

monio general del heredero con el patrimonio especial integrado por los bienes hereditarios, en ambos supuestos.

4°) Es *inalienable*, ya que no puede existir sino en cabeza del titular. Pueden enajenarse los bienes particulares comprendidos en el acervo, pero no éste, ni aun fraccionariamente.

5°) Es *idéntico* a sí mismo, no obstante las evoluciones de su contenido. Es una consecuencia del carácter universal del patrimonio.

El patrimonio especial sólo tiene de común con el patrimonio general los caracteres 1° y 5°. Por consiguiente, el patrimonio especial no es forzoso, no es único, pudiendo haber varios simultáneamente, y es enajenable, como ocurre con la venta de fondos de comercio.

Pero no obstante estas diferencias conceptuales, existe cierta vinculación entre ambas clases de patrimonios. En efecto, los patrimonios especiales tienen de ordinario una existencia transitoria, por lo que el saldo resultante de su extinción está llamado a engrosar el patrimonio general de la persona, como ocurre en la liquidación de la masa de la quiebra, de la herencia —casos de beneficio de inventario y separación de patrimonio—, y eventualmente del fondo de comercio.

§ 3. Derechos patrimoniales: a) derechos reales; b) derechos personales; c) derechos intelectuales. Su naturaleza y caracteres.

I.— DERECHOS PATRIMONIALES

1293. NOCIÓN.— Siendo el patrimonio el conjunto de bienes de una persona, debe entenderse que son *derechos patrimoniales* los que revisten el carácter de bienes, es decir, los que son susceptibles de tener un valor económico (conf. art. 2312). A ellos se oponen los *derechos extrapatrimoniales*, los que a su vez se resumen en dos categorías principales; derechos *personalísimos*, v.gr., derecho al nombre, derecho a la propia imagen, etc., y derechos de *familia*.

Los derechos patrimoniales se dividen en derechos *reales*, derechos *personales* y derechos *intelectuales*.

II.— DERECHOS REALES

1294. CONCEPTO.— Son los que conceden al titular un señorío inmediato sobre la cosa (*jus in re*), el cual es pleno o completo en el dominio (*plena in re potestas*), y menos pleno en las desmembraciones del domi-

nio (usufructo, servidumbre, etc.), y en los derechos sobre la cosa ajena (*jura in re aliena*).

Se ha controvertido la naturaleza de los derechos reales, acerca de lo cual subsisten tres posiciones diferentes: la teoría tradicional, la teoría de la obligación pasiva universal y la teoría de la creación institucional.

1295.— *a)* La *concepción tradicional* aún mantiene su gallardía pese a los embates que ha sufrido. Para ella lo característico del derecho real reside en la relación inmediata del titular y la cosa sometida a su derecho. Consiguientemente, el titular tiene un poder directo sobre la cosa que puede hacer valer frente a todos (*erga omnes*).

El derecho real aparece como una relación jurídica simple, cuyo análisis muestra sólo dos elementos típicos: 1º) el sujeto o titular del derecho; 2º) el objeto o cosa sobre la cual se ejerce el derecho.

1296.— *b)* Esta concepción ha sido compartida, entre otros, por Windscheid en Alemania y por Planiol en Francia ⁵⁴. La denominación de teoría de obligación pasivamente universal, proviene de H. Michas, autor de una tesis sobre el tema ⁵⁵.

Para estos autores no puede hablarse de relación entre una persona y una cosa, ya que el derecho se refiere a las relaciones entre hombres. También en los derechos reales hay una relación entre hombres, pero en tanto que en el derecho personal la relación se establece entre un sujeto activo y un sujeto pasivo determinado, aquí se da un sujeto activo determinado y un sujeto pasivo indeterminado constituido por todo el mundo ("*tout le monde*", dice Planiol), es decir, quienquiera se ponga en contacto con el titular y que debe respetar el ejercicio del derecho.

Esta explicación, no obstante su aparente brillo dialéctico, no ha logrado convencer. Tiene, por lo pronto, el inconveniente de señalar como característico de los derechos reales un aspecto que es común a todos los derechos, es decir el deber a cargo de quienquiera de respetar los derechos ajenos y no interferir en la gestión del titular. Pero, además, define al derecho real por su contenido negativo, y subestima lo que hay en él de típico, que es ese señorío inmediato del titular sobre la cosa, ese poder de goce y disposición que le corresponde sobre ella ⁵⁶.

⁵⁴ Windscheid, B., *Diritto delle Pandette*, I, § 38, p. 173; Planiol, M., *Traité élémentaire*, 10ª ed., t. I, núms. 2158 y ss., p. 683; Planiol, Ripert y Picard, *Tratado práctico*, ed. La Habana, t. III, núms. 31 y ss., p. 43.

⁵⁵ Michas, H., *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, París, 1900.

⁵⁶ De Ruggiero, R., *Instituciones*, ed. Madrid, vol. I, p. 230; Borda, G. A., t. II, n° 752, p. 23.

1297.— c) Hauriou y Renard han aplicado a los derechos reales para explicarlos su *teoría de la institución*, de alcances mucho más amplios ^{56 bis}.

“La institución —define Paul Roubier— es un conjunto orgánico que contiene la reglamentación de un dato concreto y permanente de la vida social y que está constituido por un nudo de reglas dirigidas hacia un fin común” ⁵⁷. Así ocurre con la propiedad y demás derechos reales. Los hombres experimentan la tendencia a apoderarse de los bienes exteriores, puesto que ellos son aptos para satisfacer sus necesidades: he ahí el dato permanente de la vida social. Pero para instaurar un orden justo, y para que los bienes no sean distraídos de su función individual y social, se hace necesaria una adecuada reglamentación de la atribución y disfrute de los bienes. Con ello la propiedad y otros derechos reales han quedado elevados a la jerarquía de instituciones jurídicas.

Lo característico de la institución es que su régimen está impuesto por la autoridad del Estado, debiendo los particulares sujetarse a esas prescripciones. En cambio, el sector no institucional del derecho, especialmente los contratos, se ha entregado a la libertad de los propios interesados ⁵⁸. En el sector institucional del derecho (derechos de familia, derechos reales) prevalece la noción de *subordinación* al régimen impuesto por el Estado; en cambio, en el sector no institucional del derecho (derechos personales) predomina la idea de *coordinación* de voluntades soberanas e iguales.

III.— DERECHOS PERSONALES

1298. CONCEPTO.— Son aquellos que establecen relaciones entre personas determinadas, en razón de las cuales el respectivo titular puede exigir de alguien la prestación debida. Se denominan también derechos creditorios u obligaciones ^{58 bis}.

El análisis de los derechos personales advierte en ellos tres elementos esenciales:

1º) el titular o sujeto activo de la relación jurídica, llamado acreedor, es quien goza de la prerrogativa de exigir el cumplimiento de la prestación debida;

2º) el sujeto pasivo de la relación, denominado *deudor*, es quien está constreñido a efectuar dicha prestación;

^{56 bis} Hauriou, M., *Principes de droit public*, p. 129; Renard, G., *La théorie de l'institution*, París, 1930; Rigaud, L., *Le droit réel*, Toulouse, 1912.

⁵⁷ Roubier, P., *Théorie générale de droit*, París, 1946, p. 14.

⁵⁸ Roubier muestra cómo los contratos no son instituciones jurídicas, *op. cit.*, ps. 15 y ss.

^{58 bis} Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, núms. 2 y ss.

3º) el objeto, es la *prestación* que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor. Puede consistir en la entrega de una cosa (*obligación de dar*), en la realización de un hecho (*obligación de hacer*), o en la abstención de un hecho (*obligación de no hacer*).

1299.— En cuanto a la *naturaleza* del derecho personal, consiste en una relación entre dos personas determinadas. También las cosas o los hechos humanos aptos para satisfacer nuestras necesidades constituyen el objeto de estos derechos. Pero en tanto que en el derecho real la prerrogativa del titular se ejerce directamente sobre la cosa misma (*jus in rem*), en los derechos personales la prerrogativa se ejerce sobre otra persona a fin de obtener a través de ella el goce de la cosa (*jus ad rem*).

Así, por ejemplo, en el dominio (derecho real) el titular goza directamente de la cosa y puede usarla y servirse de ella conforme a su naturaleza. En cambio, en la obligación de dar (derecho personal) derivada de la compraventa, el comprador no puede usar y gozar de la cosa directamente, ya que sólo está autorizado para exigir del deudor (el vendedor) la entrega de la cosa. Cuando esto ocurra y se llenen los demás requisitos referentes a la transmisión del dominio, el comprador se habrá transformado en propietario y su derecho de personal en real.

1300. COMPARACIÓN DE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES.— A esta altura de nuestro estudio es útil efectuar una *comparación* de los derechos reales y personales a fin de captar plenamente sus esenciales diferencias:

1º) En cuanto a su diversidad de *naturaleza* no habremos de insistir mayormente. Mientras los derechos reales son *absolutos* en cuanto se ejercen *erga omnes* contra quienquiera perturbe al titular en el goce de la cosa, los derechos personales son *relativos* en cuanto se ejercen con relación al deudor para obtener la prestación debida. Las acciones, o medios de hacer valer en justicia los derechos, que corresponden a los derechos personales y reales, participan de su carácter: así, las *acciones reales* se dirigen contra quien sea poseedor actual de la cosa o ejerza sobre ella un derecho de goce que competa al titular, en tanto que las *acciones personales* sólo pueden promoverse contra el deudor.

2º) Relacionado con el carácter anterior, el titular del derecho real goza de *jus perseguendi*, mientras que el titular del derecho personal no tiene esa ventaja. Esto significa que si el dueño de una cosa es despojado de ella, puede recuperarla de manos de quien la tenga, no obstante las sucesivas transmisiones que se hubiese hecho de la cosa. En cambio, el comprador que es titular de un derecho personal carece de acción contra el adquirente: la cosa quedará perdida para él, y sólo dispondrá de una acción personal de daños y perjuicios contra el vendedor. Se trata de principios generales, que admiten excepciones en supuestos particulares, v.gr., arts. 2412 y 592.

3º) Asimismo el titular del derecho real goza del *ius preferendi*, que no alcanza sino excepcionalmente al titular del derecho personal. En virtud de ello, si concurren sobre un bien del deudor un acreedor munido de un derecho real (acreedor hipotecario, por ejemplo) y un acreedor meramente personal, el primero desplaza al último. Entre titulares de derechos reales, la fecha decide (*prior tempore potior jure*).

4º) Los derechos reales son de creación exclusivamente legal en lo que se reconoce su carácter institucional. Su número consiguientemente limitado está indicado por el art. 2503 que los enumera así: 1º) el dominio y el condominio; 2º) el usufructo; 3º) el uso y la habitación; 4º) las servidumbres activas; 5º) el derecho de hipoteca; 6º) la prenda; 7º) la anticresis. A ellos habría que agregar la posesión, a cuyo respecto una doctrina muy difundida considera que es un derecho de esa índole, y los derechos reales mercantiles, como la hipoteca naval, la prenda con registro y el debenture.

Los derechos personales no son de creación legal, sino particular. Su número es, consiguientemente, ilimitado, pudiendo adaptarse en cuanto a su contenido a la libre iniciativa de los interesados, cuya voluntad reina soberana en este ámbito del derecho, con las restricciones generales consignadas en la ley. Así resulta principalmente de lo dispuesto en los arts. 1197 y 953.

5º) Como una consecuencia del carácter institucional de los derechos reales, sólo la ley determina el *régimen de éstos*. Por tanto, lo relativo a los modos de *constitución* de tales derechos, a su *transmisión* y a las *facultades* que corresponden al titular, es definido exclusivamente por la ley. En cambio, tratándose de los derechos personales, y en relación a las partes intervinientes la materia queda librada a la autonomía de la voluntad particular.

6º) Los derechos reales de goce no se extinguen por el *transcurso del tiempo*, pues son de duración limitada. Tampoco se pierden por el no uso: así, si el propietario de un inmueble deja de poseerlo, no lo pierde, a menos que otro lo adquiera por usucapión. Pero entonces la pérdida del dominio no proviene del no uso del derecho real, sino de la adquisición del mismo efectuada por otro en razón de la prescripción adquisitiva cumplida a su favor. Es una consecuencia de la imposibilidad de que subsistan dos dominios exclusivos sobre la misma cosa (conf. art. 2508). Por el contrario, tratándose de derechos personales, la inacción del titular por un lapso variable según los casos, produce la extinción de las acciones respectivas, a menos que éstas sean imprescriptibles. Operada la prescripción, el derecho personal carente ya de acción, queda subsistiendo como obligación natural (conf. art. 515, inc. 2º).

IV.— DERECHOS INTELECTUALES

1301. NOCIÓN.— En nuestro tiempo se incluye en el patrimonio el derecho que tiene el autor de una obra científica, literaria o artística para disponer de ella y explotarla económicamente por cualquier medio. Por la índole del objeto sobre el cual el derecho se ejerce, estos facultamientos se denominan *derechos intelectuales*.

1302.— Hasta la invención de la imprenta no se presentó la posibilidad de que los autores de una obra literaria o científica obtuvieran un lucro de ella. La imprenta permitió la reproducción indefinida de tales obras y con ello se abrió para el autor la perspectiva de realizar importantes beneficios. Pero las autoridades se reservaron la facultad de revisar previamente lo que se quería imprimir a fin de impedir la difusión de ideas peligrosas para el orden establecido. De ahí nacieron los *privilegios* o *licencias* que graciosamente se acordaba al autor para publicar la obra que no resultaba objetada por la censura.

Durante el siglo pasado se afirmó poco a poco la libertad de imprenta, hasta inscribirse como una garantía individual en las constituciones políticas de todos los países. Nuestra Constitución declara en el art. 14 que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: ...de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. Por otra parte, el art. 17, cláusula 4ª expresa: “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley”. Sobre la base de estos principios ya existentes en la Constitución de 1853, primero la ley 7092 y luego la ley 11.723, han regulado los derechos intelectuales bajo la denominación de *propiedad intelectual*.

1303. DISCUSIÓN TERMINOLÓGICA.— Se ha controvertido la exactitud de la expresión “propiedad intelectual”, que se ha sugerido sustituir por la de “derecho intelectual”. Se trata de una cuestión terminológica de escaso interés, y que de cualquier manera el intérprete del derecho, limitado por el marco que le fija el legislador, no puede decidir al margen de las prescripciones legales. En nuestro país la Constitución Nacional, como lo acabamos de recordar, reconoce al autor como *propietario* de su obra, invención o descubrimiento, y la ley 11.723 que reglamenta esa especie de propiedad la denomina reiteradamente “propiedad intelectual” (arts. 4º, 5º, 8º, 12 y 38), creando para la protección del derecho el Registro de la Propiedad Intelectual.

Por otra parte no ha de confundirse *dominio* y *propiedad*. La propiedad es el género, el dominio es una especie de ese género. Propiedad es todo derecho sub-

jetivo de contenido patrimonial: de ahí que el codificador pueda hablar en el art. 732 de “propiedad de la deuda”. En cambio el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (art. 2506).

Por estas consideraciones resulta ocioso discutir la denominación consagrada de “propiedad intelectual”, corriente no sólo en nuestro país sino en varios países extranjeros tales como España y Portugal, y que además tiene la ventaja de afirmar con mayor fuerza los derechos patrimoniales del autor sobre la obra por él creada ⁵⁹.

1304. COMPARACIÓN CON LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES.— Los *derechos intelectuales* se diferencian esencialmente de los derechos personales y reales, razón por la cual se justifica que ellos hayan pasado a constituir una tercera categoría dentro de los derechos patrimoniales.

a) Con los derechos personales se asemejan en cuanto el objeto de unos y otros está constituido por objetos inmateriales que por su valor económico, nuestro Código denomina *bienes* (art. 2312, primera frase). Pero salvo este punto de contacto los derechos intelectuales y personales no tienen parentesco alguno, pues su régimen es enteramente diferente: en tanto que los primeros son derechos absolutos que se ejercen contra quien quiera (*erga omnes*) los últimos son relativos, pudiendo ejercerse sólo contra la persona obligada a satisfacer la prestación en favor del acreedor.

b) Con los derechos *reales* la analogía de los derechos intelectuales es mucho mayor, no obstante la diversidad de su objeto (material en los derechos reales, imaterial en los intelectuales), a punto tal que el art. 12 de la ley 11.723 dispone que “la propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente ley”.

Con todo las diferencias son muy notables:

1º) Como ya se ha señalado es *diverso* su objeto, y de ahí proviene la diversidad de régimen.

2º) El derecho real de dominio es *perpetuo* en tanto que la propiedad intelectual *caduca* a los cincuenta años de la muerte del autor. El plazo anterior, que era de 30 años (ley 11.723, art. 5º), fue elevado a 50 años por el decreto-ley 12.063/57, ratificado por la ley 14.467.

⁵⁹ Conf. Josserand, L., *Derecho Civil*, t. I, vol. 3, n° 1527, p. 148; nota de H. R. Rodríguez, en “J.A.”, t. 45, sec. leg., p. 2.

3º) El dominio puede adquirirse por *prescripción*, mientras que los derechos intelectuales no.

4º) Los derechos reales de dominio que quedan sin titular se incorporan al dominio *privado* del Estado (conf. arts. 2342, inc. 3º y 2341), en tanto que caducada la propiedad intelectual para los sucesores del autor ella pasa al dominio *público*, siendo entonces factible su aprovechamiento por quienquiera.

1305. DERECHO MORAL DEL AUTOR.— Dentro de los derechos intelectuales, aunque sin carácter patrimonial, queda incluido el *derecho moral de autor*. Es un derecho personalísimo, a la paternidad de la obra, que faculta al autor para velar por la integridad de la creación por él obtenida; o impedir su deformación o mutilación; o reservarla para sí y oponerse a su publicación; o modificarla *ad libitum* no obstante los compromisos adquiridos frente a terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para obtener la indemnización correspondiente. En fin, el autor es el padre de la obra y puede disponer de ella en todo sentido.

Con todo, no obstante el carácter absoluto y discrecional del derecho moral de autor, si concurre alguna causa de utilidad pública, el Estado puede proceder a la expropiación del derecho de difundir y publicar la obra, mediante una justa indemnización como en los supuestos ordinarios de expropiación. Pero cabe hacer notar que el derecho moral del autor queda intacto, pues es inherente a su persona. De ahí que la obra no pueda ser desfigurada por el expropiante, y si así se hiciera el autor dispone de las acciones adecuadas para impedirlo. No hay expropiación del derecho moral de autor sino de la facultad de difundir la obra y aprovechar de ella económicamente.

Las violaciones típicas del derecho moral de autor son el plagio, la recomposición sin nuevos elementos, la alteración de la obra dramática, tan frecuente en las representaciones teatrales, etc. En todos los casos, y aun cuando el autor no sufra perjuicio económico, él puede poner remedio al abuso.

§ 4. El patrimonio como garantía de los acreedores. Acciones patrimoniales. Diferentes clases de acreedores. Bienes excluidos de la garantía común.

1306. EL PATRIMONIO COMO GARANTÍA DE LOS ACREEDORES.— Todos los bienes de una persona están afectados al cumplimiento de sus obligaciones, lo cual se enuncia con una fórmula más expresiva que exacta, según la cual el patrimonio es la prenda común de los acreedores. Con ello no se quiere significar que los acreedores tienen constituido un derecho real de prenda sobre los bienes del deudor, sino que ellos pueden dirigirse sobre dichos bienes y ejecutarlos a fin de obtener la satisfacción de sus créditos.

En algunas legislaciones extranjeras este principio capital del derecho está consignado expresamente. Así en Francia, cuyo Código Civil dispone en el art. 2092, que quien se obliga personalmente está obligado a cumplir su compromiso con todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros. En igual sentido el Código español (art. 1911) y el nuevo Código italiano (art. 2740).

Entre nosotros, el codificador, tal vez por su extrema obviada, no creyó indispensable consignar explícitamente el principio comentado. Pero hizo de él aplicaciones directas que nos autorizan a tenerlo como tácitamente incluido en nuestro ordenamiento legal, mediante un razonamiento sencillo de inducción del principio general: es lo que se llama una construcción jurídica, a la que el intérprete se remonta partiendo de supuestos particulares que encuentran su único fundamento en la noción general a la que la razón llega por vía de inducción, y de la que podrá extraer nuevas derivaciones, desde ya por vía de deducción.

1306 bis.— Las principales aplicaciones concretas que el Código hace del principio expuesto son las siguientes: 1º) el art. 505, inc. 3º, faculta al acreedor para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. Pero como tales indemnizaciones serían ilusorias si no pudiera el acreedor ejecutar los bienes del deudor, no puede sino entenderse que dichos bienes están respaldando las obligaciones de su dueño; 2º) el art. 961 faculta a los acreedores para demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos, lo cual sólo puede concebirse admitiendo un derecho anterior del acreedor a cobrar su crédito con los bienes del deudor, derecho que quedaría frustrado con la enajenación efectuada y que por eso mismo se revoca; 3º) el art. 3474 dispone que en la partición hereditaria se separen los bienes suficientes para el pago de las deudas de la sucesión, con lo que se reconoce que el acervo sucesorio, está en primer término afectado al cumplimiento de las obligaciones del causante; 4º) finalmente el art. 3922 establece que los créditos comunes serán satisfechos a prorrata con la masa de bienes del concurso, después de cubiertos los acreedores privilegiados.

Admitida la existencia del principio veamos seguidamente cuáles son las *acciones* que es dable ejercer para mantener la intangibilidad de la garantía colectiva de los acreedores, para luego examinar las excepciones a dicho principio, a saber: *a)* bienes que escapan a la garantía colectiva en razón de estar afectados al cumplimiento de determinados créditos cuyos titulares están munidos de un *privilegio*; *b)* bienes que aun siendo de pertenencia del deudor no están afectados a ninguna clase de créditos.

1306 ter. NOCIÓN DE INSOLVENCIA Y DE CESACIÓN DE PAGOS; CONSECUENCIAS JURÍDICAS; LIQUIDACIÓN COLECTIVA DEL PATRIMONIO.— Dos conceptos que no se confunden entre sí son los de *insolvencia* y de *cesación de pagos*. La *insolvencia* es el estado deficitario de un patrimonio cuyo pasivo supera al activo. En cambio, la *cesación de pagos* es un estado de impotencia para satisfacer las deudas exigibles que puede sobrevenir aun sin insolvencia por falta de liquidez momen-

tánea del deudor. Empero como la cesación de pagos hace presumir la insolvencia, los acreedores pueden sobre esa base solicitar se declare el concurso civil o la quiebra del deudor, procediéndose a la liquidación colectiva del patrimonio del deudor, por intermedio del síndico. El producido de la liquidación se aplica a desinteresar a los acreedores privilegiados primero y luego a los quirografarios o comunes que pueden soportar algún déficit cuando el deudor resultase efectivamente insolvente.

Esta situación es reglada por la ley nacional de concursos n° 24.522.

1307. ACCIONES DE LOS ACREEDORES PARA ASEGURAR LA INTEGRIDAD DEL PATRIMONIO.— Hay algunas acciones judiciales de que disponen los acreedores a fin de impedir que los bienes del deudor sean sustraídos de su función de elementos integrantes de la garantía colectiva de los créditos de aquéllos. Tales acciones son: la *revocatoria*, la de *simulación* y la *subrogatoria*.

La acción *revocatoria* (véase *infra*, n° 1844) tiende a la reconstitución de la garantía del acreedor que ha sido disminuida por la enajenación impugnada y persigue concretamente la ejecución de un bien que aunque ya ha salido del patrimonio del deudor continúa integrando aquella garantía: de ahí la procedencia de la acción.

La acción de *simulación* ejercida por los acreedores también procura salvar la integridad del patrimonio del deudor, mostrando que ciertos bienes que aparecen como enajenados continúan formando parte del acervo: de ahí que su producido, a diferencia del supuesto precedente, pueda redundar en provecho de todos los acreedores actuales, y no sólo del accionante (véase *infra*, núms. 1796 y ss.).

En cuanto a la acción *subrogatoria* (véase *infra*, n° 1863) remedia la posibilidad de que el deudor insolvente se despreocupe de realizar el ingreso de bienes que no le van a servir sino para desinteresar a sus acreedores. Por ella los acreedores pueden sustituir al deudor inactivo en la gestión de sus derechos a fin de lograr la incorporación de bienes con los cuales resulte factible la satisfacción de su crédito.

1307 bis. ACCIONES PREVENTIVAS.— Fuera de las acciones de fondo antes citadas, los acreedores pueden articular ciertas medidas preventivas, destinadas a impedir el egreso de bienes del patrimonio del deudor, a fin de que éste no se torne insolvente con el perjuicio consiguiente de sus acreedores. Tales medidas son, principalmente, el embargo y la inhibición.

1307 ter. EMBARGO.— Es una orden judicial que inmoviliza un bien determinado en el patrimonio del deudor, quien queda impedido para enajenar el objeto embargado. Si éste es una cosa inmueble el embargo se traba mediante la anotación de la orden judicial en el Registro de la Propiedad. En cambio si lo embargado es una cosa mueble, el embargo se realiza por el secuestro de la cosa que es puesta

bajo depósito judicial, o bien si se trata de un mueble registrable, como un automóvil mediante anotación del embargo en el respectivo Registro.

1307 quater. INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES.— Cuando se ignoran los bienes del deudor no es posible recurrir al embargo. Queda solamente la posibilidad de obtener una *inhibición general de bienes* que el juez dispondrá se anote en el Registro de la Propiedad, y que durante 5 años impedirá al deudor enajenar los bienes inmuebles que tenga o llegue a adquirir por cualquier título (conf. art. 207 Cód. Proc.).

1308. DISTINTAS CLASES DE CRÉDITOS.— No todos los acreedores se encuentran en la misma situación respecto de los bienes del deudor. En algunos casos, con el propósito de reforzar el derecho de ciertos acreedores y asegurar el cobro de sus créditos la ley dota a éstos ya de un *privilegio*, ya de una garantía real. De aquí surgen tres clases de acreedores, a saber: 1º) acreedores privilegiados; 2º) acreedores munidos de garantía real; 3º) acreedores quirografarios o comunes.

1309.— Los *acreedores privilegiados* son aquellos provistos por la ley de un privilegio, consistente en el derecho de ser pagados con preferencia a otro (art. 3875). Los privilegios son calidades accesorias de los créditos en razón de la naturaleza de éstos, v.gr., el privilegio que tiene el proveedor impago de materiales con los que se ha hecho un edificio, sobre el inmueble respectivo. Consiguientemente, si el dueño del inmueble se torna insolvente y concurren sobre ese bien varios acreedores, ha de cobrar íntegramente en primer término el acreedor que proveyó los materiales para la edificación, en su carácter de privilegiado.

Los privilegios derivan siempre de la ley, por lo mismo que son calidades inherentes a determinados créditos. El deudor no puede constituir privilegios en favor de tal o cual acreedor.

Se clasifican los privilegios en *generales* y *especiales*, según la extensión de su asiento. Los privilegios generales recaen sobre todos los bienes del deudor. Gozan de privilegio general sobre todos los bienes: 1º) los acreedores por gastos de justicia, entendiendo por tales los créditos provenientes de gastos necesarios para la seguridad, conservación y administración de los bienes del concursado o fallido, y para diligencias judiciales o extrajudiciales de beneficio común (art. 264 de la Ley de Concursos 19.551); 2º) los sueldos y salarios de dependientes que correspondan a los 6 meses anteriores a la apertura del concurso; indemnizaciones por despido, preaviso y accidentes de trabajo; vacaciones y sueldo anual complementario que debieron pagarse en igual período de 6 meses; y demás privilegios laborales (art. 270, inc. 1º). Otros privilegios generales que recaen sobre el 50% de la totalidad de los bienes, están mencionados en el art. 270, incs. 2º a 6º de la Ley de

Concursos 19.551. Es de advertir que esta ley ha derogado implícitamente los arts. 3879 a 3882 del Código Civil.

La nueva Ley de Concursos 24.522, mantiene estos mismos privilegios generales, pero con una enunciación más precisa.

Así, en el art. 240 contempla “los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso”.

El art. 246 establece el orden de los créditos con privilegio general, mejorando la redacción del art. 270 de la ley 19.551, ya que distingue aquellos en que el concursado es persona física.

A su vez, el art. 247 dispone que “los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del art. 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionadas en el inc. 1° del art. 246”.

Los privilegios *especiales* son aquellos cuyo asiento es un bien determinado, v.gr., el privilegio del acreedor por trabajos de conservación de una cosa mueble, sobre el precio de la cosa (art. 3892); el privilegio de los arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros empleados para edificar una casa, por las sumas que se les adeude, sobre el valor del inmueble (art. 3931).

1310.— Los acreedores munidos de una *garantía real* son los que tienen establecido un derecho real a su favor sobre algún bien determinado del deudor. Tales son los acreedores *hipotecarios* o *prendarios*. Los primeros han constituido una hipoteca que es el derecho real establecido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor (art. 3108). Los segundos son los que han constituido una prenda consistente en la retención de una cosa mueble del deudor en garantía del cumplimiento ulterior de la deuda (conf. art. 3204).

Según hemos visto (n° 1300, 3°), el titular de un derecho real goza del *jus preferendi* en razón del cual en caso de concurrencia con el titular de un derecho personal sobre la misma cosa, obtiene aquél la prioridad en el cobro. Es lo que ocurre en el conflicto de un acreedor prendario o hipotecario con un acreedor carente de esa garantía real: el primero procede a la ejecución de la cosa del deudor, objeto de su derecho real, y se cobra íntegramente su crédito.

1311.— Los acreedores *quirografarios* o *comunes* son los que carecen de toda preferencia. Su derecho entra a hacerse efectivo sobre los bienes del deudor, después de haber sido desinteresados los acreedores privilegiados y los que están munidos de una garantía real. Si entonces el producido de dichos bienes no alcanza para pagar a todos los acreedores comunes, se hace un pago a prorrata de los créditos respectivos, es decir se distribuye el activo realizado del deudor entre sus acreedores en proporción al monto nominal de sus créditos. De esa manera cada

acreedor sufre una misma merma proporcional para mantener el principio de igualdad de los acreedores frente al patrimonio de su deudor.

1312. BIENES EXCLUIDOS DE LA GARANTÍA COMÚN.— El principio según el cual los bienes del deudor constituyen la garantía de sus acreedores, de donde se sigue la posibilidad de embargarlos y ejecutarlos para enjugar con su producido los créditos impagos, no es absoluto.

En el derecho moderno no se concibe que el deudor pueda quedar privado de bienes indispensables para subvenir a las necesidades suyas y de su familia y reducido a la más extrema indigencia. Ante el sagrado reducto del hogar, deben detenerse los derechos de los acreedores. Si éstos pueden invocar la justicia de sus derechos, aun con más fuerza el propio deudor y los miembros de su familia pueden aspirar a preservar de toda injerencia extraña aquellos bienes que les son necesarios para la subsistencia material y para llevar una vida digna.

Desde los tiempos de la Roma primitiva en que el acreedor podía apoderarse de la persona del deudor bajo el procedimiento de la *manus injectio*, guardarlo prisionero durante sesenta días, al cabo de los cuales podía matarlo si no prefería venderlo como esclavo más allá del Tíber ⁶⁰, largo ha sido el camino recorrido. Bajo el impulso del espíritu cristiano que ha iluminado la perseverante acción de la Iglesia durante el curso de la historia, paulatinamente han ido evolucionando las costumbres, que se han tornado más suaves y benignas. En el aspecto que ahora consideramos se ha reconocido que el acreedor no puede pretender el cobro de su crédito si ello se traduce en la privación de bienes que el deudor debe destinar al sostenimiento moral y material de sí propio y de su familia. Por esto el legislador ha excluido de la acción de los acreedores determinados bienes, que no obstante estar en el patrimonio del deudor no integran la garantía colectiva de los acreedores.

La calidad de los bienes de estar exentos de la acción de los acreedores sólo es dada por la ley. En caso de duda, debe estimarse que el bien de que se trate está librado a la ejecución de los acreedores.

Algunas exenciones a la ejecutabilidad de los bienes del deudor están dispuestas por el mismo Código Civil. Otras son establecidas por leyes especiales.

1313.— *Las exenciones dispuestas por el Código Civil* son las siguientes:

1º) los créditos por alimentos (art. 374);

⁶⁰ Girard, P. F., *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 7ª ed., París, 1924, p. 1038.

2º) el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, salvo en lo que no fuese necesario para proveer al sostenimiento y educación de éstos (arts. 291 y 292);

3º) los derechos de uso y habitación (art. 1449);

4º) los bienes dejados al deudor en calidad de beneficio de competencia (arts. 799 y 800);

5º) las cosas que están fuera del comercio (art. 2337);

6º) los bienes del dominio público y los bienes privados del Estado afectados a un servicio público ⁶¹.

1314.— Las *exenciones establecidas por leyes especiales* son las siguientes:

1º) El bien de familia autorizado por la ley 14.394. Según el art. 34 de dicha ley “toda persona puede constituir en «bien de familia» un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de la familia, según normas que se establecerán reglamentariamente”. La constitución del bien de familia produce efectos a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente” (art. 35, ley 14.394). En lo que nos interesa destacar, el art. 38 de la misma ley dispone: “El bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aun en caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca”, agregando el art. 39 que “serán embargables los frutos que produzca el bien en cuanto no sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia. En ningún caso podrá afectar el embargo más del cincuenta por ciento de los frutos”.

En suma, el bien de familia, no obstante constar en el patrimonio de su titular, no integra la garantía colectiva de los acreedores, salvo que el crédito de éstos sea anterior a la constitución del bien de familia, o que provenga de impuestos o tasas posteriores, de gravámenes autorizados por la ley, o de mejoras introducidas en la finca.

En cuanto a los frutos del bien de familia no integran la garantía colectiva de los acreedores en una cuantía determinada (50%), ni aun en mayor medida si fueren indispensables para satisfacer las necesidades de la familia ⁶².

⁶¹ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 747, p. 20, letra p; Bielsa, R., *Derecho Administrativo*, 4ª ed., II, n° 430, p. 428; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. Abeledo-Perrot, 1966, t. II, n° 312, p. 64, texto nota 88 y n° 332, p. 108.

⁶² Se ha decidido que el carácter de “bien de familia” de un inmueble se adquiere no por su destino o dedicación a vivienda familiar, sino por su inscripción en el Registro inmobiliario correspondiente: Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 104, p. 530; Cám. Com., Sala “C”, “L.L.”, t. 108, p. 367.

2°) El salario mínimo vital es inembargable en la proporción que establezca la reglamentación, salvo por deudas alimentarias (art. 120 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744). El decreto 484/87, reglamentario del art. 120, dispone en su art. 1° que “las remuneraciones superiores al importe mensual del salario mínimo vital, serán embargables en la siguiente proporción: 1. Remuneraciones no superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta el diez por ciento (10%) del importe que excediere de este último. 2. Retribuciones superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta el veinte por ciento (20%)”.

3°) Los sueldos de los empleados públicos no son embargables respecto de obligaciones provenientes de préstamos en dinero o venta de mercaderías, salvo en las proporciones y condiciones fijadas por el decreto 6754, año 1943 ratificado por la ley 13.894.

4°) El sueldo anual complementario para empleados públicos (art. 5°, ley 12.915).

5°) Las jubilaciones y pensiones de empleados de cualquier clase que “son inembargables, con la salvedad de las cuotas por alimentos y litis expensas” (art. 44 inc. c) de la Ley de Jubilaciones 18.037 y art. 156 de la ley 24.141).

6°) Las asignaciones familiares: por hijo, por hijo con discapacidad, prenatal, por ayuda escolar anual para la educación básica y polimodal, por maternidad, por nacimiento, por adopción y por matrimonio (art. 23, ley 24.714).

7°) La indemnización proveniente de accidentes del trabajo (ley 24.028, art. 13.2), y por despido u otras a favor del trabajador (arts. 147 y 149, ley 20.744).

8°) El lecho cotidiano del deudor y su familia, las ropas y muebles de uso indispensable y los instrumentos necesarios para la profesión, industria, arte u oficio (art. 219, inc. 1°, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Estas normas han dado lugar a una interesante jurisprudencia casuística, que ha declarado la inembargabilidad del juego de comedor, de los muebles del living de una familia de condición media, de los muebles de escritorio y libros de jurisprudencia de un abogado, del instrumental de consultorio de un médico o dentista, de la máquina de escribir, o de un camión de transportes⁶³. Por el contrario se ha entendido que eran embargables los muebles de sala, el automóvil de un martillero, el piano si se lo usa simplemente como recreo y ornato y no como elemento de trabajo, las máquinas de la-

⁶³ Juz. Paz Letr., 23 de junio de 1946, “L.L.”, t. 3, p. 26; Cám. 1ª La Plata, “J.A.”, 1951-II, p. 296; Cám. Com. Cap., 25 de noviembre de 1941, “L.L.”, t. 25, p. 121; Cám. Civ., Sala “A”, 6 de mayo de 1952, “J.A.”, 1952-IV, p. 383; Cám. Paz Letr. Córdoba, Rep. “L.L.”, t. 8, p. 439, n° 5; Cám. Ap. Bahía Blanca, Rep. “L.L.”, t. 4, p. 490, n° 9; Cám. Civ., Sala “A”, 31 de octubre de 1958, causa 49.518 (inédito); Cám. Com., Sala “C”, “J.A.”, 1961-II, p. 506, y 1961-I, p. 601.

var y encerradoras eléctricas⁶⁴. Con todo, cabría pensar que en más de uno de esos casos se admitió el embargo sobre bienes que no eran de carácter suntuario sino que formaban parte del ajuar habitual de cualquier familia, por lo que debieron quedar al margen de la acción de los acreedores.

9º) Los muebles y útiles domésticos del agricultor así como los elementos de trabajo que la misma ley detalla (art. 11, ley 11.627).

10º) Los inmuebles sobre los cuales el Banco Hipotecario Nacional haya otorgado préstamos para única vivienda propia (art. 35, ley 22.232).

11º) Los depósitos hechos en la Caja Nacional de Ahorro Postal, hasta \$ 100, con tal de que los ingresos mensuales no excedan de \$ 3 (art. 41, decreto 14.682/46, ratificado por la ley 12.921).

12º) Los depósitos constituidos para el ejercicio profesional por escribanos, salvo por deudas provenientes de la misma profesión (art. 15, ley 12.990).

13º) Los sepulcros, salvo por saldo de precio o importe de la construcción (art. 219, inc. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

1314 bis. DERECHOS Y ACCIONES PROVENIENTES DE CONTRATOS.— Cuando se celebra un contrato que confiere a uno de los contratantes un derecho patrimonial, ese derecho en cuanto es cesible por su titular, es también pasible de ejecución y venta forzada por parte de los acreedores de aquél.

Sin embargo, cesa ese derecho de los acreedores cuando el bien proveniente del contrato carece de valor corriente o es de difícil realización, pues entonces, se abre la posibilidad muy certera de que su enajenación forzada por la vía de la subasta pública se traduzca en una expoliación del deudor que no podría ser cohesionada por la intervención de la justicia⁶⁵. Por ello, los tribunales con aprobación de la doctrina deniegan la venta forzosa de derechos y acciones provenientes de contratos a menos que se trate de créditos “definidos, claros y precisos como obligación transmisible, y no inciertos, especulativos y de dudosa especificación”⁶⁶.

⁶⁴ Cám. Civ. 1ª Cap., 22 de marzo de 1938, “L.L.”, t. 10, p. 169; Cám. Civ. 2ª Cap., marzo de 1944, “L.L.”, t. 34, p. 63; Cám. Civ. 1ª Cap., 13 de mayo de 1942, “J.A.”, 1942-II, p. 834; Cám. 1ª La Plata, 31 de marzo de 1942, “L.L.”, t. 26, p. 83; Cám. Civ. Cap., Sala “A”, de mayo de 1952, “J.A.”, 1952-IV, p. 383; Cám. Com., Sala “C”, “J.A.”, 1961-II, p. 505. Sobre un televisor, *id.*, *id.*, “J.A.”, 1961-II, p. 398.

⁶⁵ Cám. Civ., Sala “A”, causa 90.525, “Alizade, A. c/Fungia, R.”, 8 de noviembre de 1963; Cám. 2ª La Plata, “J.A.”, t. 33, p. 668.

⁶⁶ Cám. 2ª La Plata, “L.L.”, t. 7, p. 631; *conf.* Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 3, p. 725; *id.*, *id.*, t. 6, p. 437, con disidencia de Colmo; *id.*, *id.*, t. 8, p. 445; Cám. Com., “J.A.”, t. 25, p. 1048; Cám. Fed., “J.A.”, t. 17, p. 401; Sup. Corte Tucumán, “L.L.”, t. 46, p. 641; Cám. 2ª La Plata, “L.L.”,

Es de notar que la Ley de Concursos 24.522 admite la subasta de créditos o su enajenación privada, en forma individual o por cartera, cuando circunstancias especiales lo hagan aconsejable (art. 216); es una hipótesis muy especial que a nuestro juicio no puede funcionar al margen del concurso.

t. 73, p. 103; Cám. Civ., Sala "D", "L.L.", t. 46, p. 641; Cám. 2ª La Plata, "L.L.", t. 73, p. 103; Cám. Civ., Sala "D", "L.L.", t. 107, p. 972, 8052-S; Cám. Com., Sala "B", "L.L.", t. 92, p. 397; íd., íd., t. 95, p. 197, 2ª, 2540-S; Lafaille, H., *Curso de contratos*, Bs. As., 1927, t. I, nº 397 bis, p. 235; Alsina, H., *Tratado de Derecho Procesal*, t. III, p. 78; Podetti, R., *Tratado de las ejecuciones*, p. 327; Díaz de Guijarro, E., su nota en "J.A.", t. 51, p. 742.

CAPÍTULO XI

BIENES Y COSAS

§ 1. Bienes y cosas: concepto. Cosas muebles e inmuebles. Importancia de la distinción. Semovientes. Locomóviles.

I.— BIENES Y COSAS *

1315. BIENES Y COSAS: CONCEPTO.— Es muy diversa la terminología que al respecto siguen el Código francés y sus comentaristas por una parte, y nuestro Código por la otra.

Para los autores franceses *cosa* es todo lo que existe y que cae bajo la acción de los sentidos, en tanto que *bienes* son las cosas que tienen un valor económico. Desde este punto de vista el aire, el sol, el viento, el agua del mar, son cosas, pero no bienes pues carecen de valor económico. Es cierto que esos elementos son vitales para el hombre, pero que sea porque existen en cantidad ilimitada (v.gr., el aire), sea porque no son susceptibles de apropiación individual (v.gr., el sol) no tienen utilidad económica y por tanto no son bienes. En este sentido dice Marcadé: “Las dos palabras *cosas* y *bienes* no son sinónimas: la primera es el género; la segunda, la especie. Todo lo que existe en la naturaleza recibe el nombre de cosas; mientras que el nombre de bienes no se da más que a aquellas cosas que son de una tal naturaleza, capaz de procurar a una persona una ventaja propia y exclusiva, y que caen bajo su propiedad. Así el sol y los diferentes astros, el aire y los vientos, son cosas, pero no son bienes”¹.

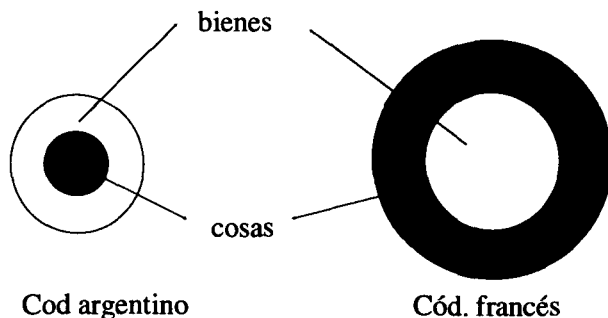
Para nuestro Código la relación se invierte: el género es el *bien* y la especie, la *cosa*. Es cierto que los bienes comprenden tanto en derecho francés como en de-

* BIBLIOGRAFÍA: Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 3ª ed., Bs. As., 1959; Salvat, R., *Parte General*, 5ª ed.; Planiol, Ripert y Sávatiér, *Tratado práctico de Derecho Civil*, ed. La Habana, t. III; Josserand, L., *Derecho Civil*, ed. Bs. As., t. I, vol. 3º.

¹ Marcadé, *Explication du Code Civil*, 7ª ed., París, 1873, t. II, p. 337.

recho argentino los mismos objetos, a saber los objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor. Pero en cambio las cosas tienen un significado enteramente distinto, que es mucho más restringido en la terminología de nuestro Código. Según el antiguo art. 2311, *Se llaman cosas en este Código, los objetos corporales, susceptibles de tener un valor*, agregando el art. 2312: *Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes*.

Para comparar esta diversa terminología, que es imprescindible conocer porque los autores franceses, en su carácter de fuentes habituales del codificador, son corrientemente manejados en nuestro medio jurídico, se puede presentar el siguiente gráfico de dos círculos concéntricos en el cual se advierte que el círculo blanco representativo de los bienes tiene en ambas figuras la misma extensión porque se refiere a los mismos objetos (materiales o inmateriales con valor económico); en tanto que el círculo oscuro representativo de las cosas es mucho menor que el primero en la figura descriptiva del sistema argentino (objetos corporales con valor económico) y mucho mayor en la figura referente al sistema francés (objetos corporales o incorpóreos, con o sin valor económico).



Nuestro codificador ha adoptado la terminología de Freitas (*Esbozo*, art. 217 y su nota).

1315 bis. CONCEPTO DE COSA.— La ley 17.711 ha introducido una leve variante en el concepto de cosa y ha efectuado un agregado al art. 2311 que ahora ha quedado en los siguientes términos: *“Se llaman cosas en este Código los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”*.

Si se compara la definición de cosa que ahora trae el nuevo art. 2311 con la anteriormente consignada, se advierte el cambio de “objeto corporal” que antes decía por “objeto material” que ahora expresa el precepto. Se trata de una variante prácticamente insensible que procura una concordancia literal entre los arts. 2311 y 2312.

En cuanto a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, se ha discutido si ellas tienen el carácter de cosas o bienes. La ley en definitiva, no se pronuncia sino implícitamente por la primera tesis al disponer la aplicación a esos elementos de las disposiciones referentes a las cosas.

1316.— Después de haber definido los bienes y las cosas, el Código entra a clasificar a estas últimas. Así las divide en: 1) cosas muebles e inmuebles (arts. 2313 a 2323); 2) fungibles y no fungibles (art. 2324); 3) consumibles y no consumibles (art. 2325); 4) divisibles e indivisibles (art. 2326); 5) principales y accesorias (arts. 2327 a 2335); 6) cosas dentro y fuera del comercio (arts. 2336 a 2338).

Nos referiremos separadamente a cada una de estas clasificaciones.

II.— COSAS MUEBLES E INMUEBLES

1317. COSAS MUEBLES E INMUEBLES.— La diferenciación de las cosas muebles e inmuebles remonta al período final del derecho romano.

Ignorada en el derecho romano clásico, en la época de Justiniano aparece perfectamente establecida y reconocida su importancia. Pero fue mucho después que adquirió la distinción un valor decisivo. Por influjo del régimen feudal las cosas inmuebles entraron a desempeñar una función eminente en los órdenes político y económico. La propiedad de la tierra no sólo constituía el elemento fundamental de la riqueza sino también la causa del poder político. Comparativamente las cosas muebles tenían un rango muy inferior, pues no sólo su posesión no daba acceso al poder político, sino que además las grandes fortunas sólo excepcionalmente estaban constituidas por aquellas cosas. Por eso se decía: *res mobilis, res vilis*.

La situación ya había comenzado a variar a fines del siglo XVIII y continuó cambiando sustancialmente durante los siglos XIX y en lo que va del XX. El desarrollo de las grandes industrias, el auge del comercio impulsado por el liberalismo económico, y en general las nuevas condiciones de la economía crearon fortunas mobiliarias fabulosas que el propio dinamismo del sistema capitalista no cesó de incrementar. La riqueza mobiliaria computada por millones de millones ha pasado con creces el valor de la propiedad raíz. Sin duda aquélla requiere una facilidad de circulación que no se concilia con las formas severas que rigen la transmisión de las cosas inmuebles, ni con las garantías a veces harto pesadas que aseguran la protección de la riqueza inmobiliaria, especialmente tratándose de bienes de incapaces. Pero en la medida que sea conciliable con la conveniencia de mantener dentro del giro comercial los valores mobiliarios, procede extender a éstos la protección que la ley dispensa para los inmuebles.

No obstante lo expuesto, no ha de pensarse que las cosas inmuebles han perdido en el orden civil su situación de primacía. Si en lugar de poner nuestros ojos en la alta burguesía, que en las sociedades modernas de Occidente detenta la po-

sesión de los bienes de producción, miramos al hombre común que es el verdadero protagonista del derecho civil, y a las familias de clases media y obrera, comprobaremos que para ellos siguen siendo de la mayor importancia las cosas inmuebles, que a veces constituyen el único elemento del acervo patrimonial: es la casa donde la familia vive, el lote o la chacra en que se han invertido los ahorros de tal vez toda una vida. De ahí que el régimen diferencial de las cosas muebles e inmuebles, en cuanto rodea a éstas de mayores recaudos, aún no ha perdido justificación.

1318. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN.— Desde diversos aspectos interesa distinguir las cosas en muebles e inmuebles:

1º) En cuanto a la *determinación de la ley aplicable*, las cosas inmuebles se rigen indefectiblemente por la ley de la situación, conf. art. 10 (*lex rei sitae*); en tanto que las cosas muebles, si tienen situación permanente, se sujetan igualmente a la ley de ese lugar, pero si carecen de ella se rigen por la ley del domicilio del dueño (art. 11).

2º) En cuanto a las *formas de enajenación*: las cosas inmuebles requieren escritura pública, tradición de la cosa e inscripción del acto en el Registro de la Propiedad (arts. 1184, inc. 1º, 577 y nuevo 2505). Para las cosas muebles, en general, basta la mera tradición (art. 577).

3º) En cuanto a las *defensas posesorias*: en el sistema del Código de Vélez las cosas inmuebles daban lugar a las acciones posesorias (art. 2487), las cosas muebles no (art. 2488). La ley 17.711 ha eliminado esa diferencia en el nuevo art. 2487.

4º) En cuanto a la *prescripción*: las cosas inmuebles se adquieren por la posesión continuada durante diez, o veinte años, según las casos (arts. 3999 y 4015). Las cosas muebles se adquieren por la simple posesión de ellas, de buena fe, lo que se ha llamado “prescripción instantánea”, salvo que se trate de cosas robadas o perdidas (art. 2412). En cuanto a estas últimas, pueden adquirirse por la posesión de buena fe durante dos o tres años, según los casos (conf. nuevo art. 4016 bis). Siendo la posesión de mala fe, la usucapión se consuma a los veinte años (arg. art. 4016).

5º) En cuanto a la *administración* de bienes ajenos: si se trata de cosas inmuebles las facultades son más restringidas. Así, los padres no pueden enajenar ni gravar los inmuebles de sus hijos sin autorización judicial (art. 297), exigencia que no traba la disposición o gravamen de cosas muebles como los automóviles. Los tutores y curadores también requieren autorización judicial para la venta de cosas muebles (art. 434), pero respecto de bienes raíces dicha autorización sólo procede en los casos del art. 438, no pudiéndose efectuar la venta sino en remate público (art. 441), en tanto que tratándose de cosas muebles, no está prefijado el motivo de

la autorización y es admisible la venta privada. Por último el heredero beneficiario tampoco puede vender sino en remate público y con autorización judicial los inmuebles de la sucesión, mientras que las cosas muebles pueden venderse privadamente y aun en ciertos casos sin requerirse el permiso del juez (art. 3393).

6º) En cuanto a la *capacidad de derecho* para adquirir las cosas: los religiosos profesos no pueden adquirir cosas inmuebles, pero sí muebles al contado (art. 1160).

7º) En cuanto al *régimen de las obligaciones* de dar cosas ciertas es muy diverso según que las cosas a darse sean muebles o inmuebles (arts. 592 y 599).

8º) En cuanto a la *posibilidad de gravar* unas y otras cosas: los inmuebles pueden ser objeto de la hipoteca (art. 3108) y la anticresis (art. 3239); los muebles no, pero sí de la prenda (art. 3204).

9º) En cuanto a la *extensión de la transmisión* de derechos, la situación de las cosas muebles e inmuebles difiere notablemente: en tanto que el adquirente de una cosa inmueble no tiene en principio más derechos que su autor (art. 3270, pero véanse las excepciones a la regla *infra*, núms. 1503 y ss.), el adquirente de una cosa mueble no se perjudica por las fallas del título del autor, salvo que la cosa sea robada o perdida (arts. 2412 y 3271).

10º) En cuanto a la *competencia* de los jueces: las acciones reales sobre cosas inmuebles deben radicarse ante el juez del lugar donde está situada la cosa litigiosa; las acciones reales sobre cosas muebles competen al juez del lugar en que se hallen o del domicilio del demandado, a elección del actor (art. 5º, incs. 1º y 2º del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434).

1319. COSAS INMUEBLES.— Conforme a la noción general son las que están fijas en un lugar determinado, no pudiendo ser trasladadas a otro lugar. Las cosas inmuebles lo son por su *naturaleza*, por *accesión física o moral*, y por su *carácter representativo*. Nos referimos a cada una de estas categorías.

1320.— a) Las cosas inmuebles por su *naturaleza* están contempladas en el art. 2314 así concebido: “*Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad; todo lo que esté incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre*”. -

En la enunciación descripta es posible anotar tres subgrupos:

1º) el *suelo* con sus partes sólidas y fluídas; ejemplos: los ríos y sus cauces, las canteras y las minas, las arenas, las piedras, los yacimientos, etc.;

2º) todo lo que esté *incorporado* al suelo de una *manera orgánica*, es decir, los vegetales; pero si las plantas están colocadas transitoriamente para ser luego trasladadas no son inmuebles: es el caso de los almacigos;

3º) todo lo que se encuentra bajo el suelo *sin el hecho* del hombre. Por esto no son inmuebles los tesoros enterrados.

Cesa el carácter de inmuebles de estas cosas cuando son separadas del suelo, pues entonces desaparece la inmovilización: así la tierra que se extrae para rellenos, la arena para construcción, etc.

1321.— *b) A la accesión física se refiere el art. 2315: “Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad”.*

1º) se trata de cosas que por su naturaleza han comenzado siendo muebles: es el caso de los materiales de construcción: ladrillos, tablas de madera, bolsas de cemento, cal, pintura, etc.;

2º) pero la obra del hombre ha transformado esa naturaleza móvil, adhiriéndola al suelo, por cuya acción las cosas respectivas dejan de ser muebles y se convierten en inmuebles: v.gr., edificios, cañerías, molinos, pozos de petróleo, etc.;

3º) la adhesión física al suelo debe ser perpetua, es decir no transitoria, sino efectuada con el propósito de dejar indefinidamente las cosas adheridas al suelo. Por esta razón no son inmuebles las construcciones provisionales, como casillas, tinglados, pabellones o galpones que se arman para ocasiones determinadas;

4º) finalmente la adhesión de las cosas al suelo no debe ser en mira a la profesión del propietario, pues si así fuera no habría lugar a la accesión, ya que las cosas adheridas conservarían su carácter de muebles, v.gr., el instrumental empotrado de un dentista o médico oculista o radiólogo. Así resulta de lo dispuesto por el art. 2322.

1322.— *c) La accesión moral* tiene lugar cuando las cosas muebles son afectadas al servicio y explotación de un fundo, de manera de formar con él una unidad económica. Al respecto dice el art. 2316: “*Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente,*

como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente”.

Los caracteres propios de esta clase de cosas son los siguientes:

1º) son cosas muebles por su naturaleza;

2º) que no están adheridas a un inmueble;

3º) que *sí están* económicamente ligadas al inmueble, pues han sido afectadas a su servicio y explotación: son *inmuebles por destino*, como se las denomina en derecho francés;

4º) para que se cause la accesión moral es menester que las cosas hayan sido puestas con ese destino por el *propietario* del inmueble o por el *arrendatario* en cumplimiento del contrato de arrendamiento (art. 2320). Si fueren puestas por el *usufructuario* sólo se considerarán inmuebles mientras dure el usufructo (art. 2321);

5º) la destinación de las cosas debe llevar un cierto carácter de perpetuidad ².

1323.— Son ejemplos de cosas inmuebles por accesión moral: 1) los arados y útiles de labranza de un fundo; 2) los animales que se destinan a su cultivo; 3) las prendas, alambiques, toneles, etc., existentes en un viñedo; 4) las semillas que se tienen para la siembra; 5) en general, como dice Segovia, “las cosas muebles destinadas por el dueño del inmueble a formar parte de éste o a facilitarle su uso, cultivo o explotación” ³.

En cambio no son inmuebles las cosas que el dueño tiene para su comodidad o para el ejercicio de su profesión u oficio. Así los bancos de un colegio que no están al servicio del inmueble sino de la actividad docente desarrollada por el ocupante del inmueble ⁴; o los muebles de una casa que no están al servicio del inmueble sino de la familia que en ella mora ⁵. Por esta razón la venta de una casa no comprende los muebles existentes en ella, como debería ser si revistiesen el carácter de inmuebles por accesión moral.

1324.— *d)* La última categoría de inmuebles se refiere a los *inmuebles por su carácter representativo*. A este respecto dice el art. 2317: “*Son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adqui-*

² Conf. Salvat, R., n° 1411, p. 647; Borda, G. A., t. II, n° 766, p. 33.

³ Segovia, L., t. II, nota 9, p. 4.

⁴ Contra, Borda, G. A., t. II, n° 766, p. 33.

⁵ Contra, Salvat, R., n° 1410, 2º, p. 647; Borda, G. A., t. II, n° 766, p. 33.

sición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis".

Es ésta una categoría no sólo innecesaria sino contradictoria de los principios básicos adoptados por el codificador para distinguir los bienes y las cosas. Se justifica, entonces, que el Anteproyecto de 1954 la haya desechado, a diferencia de los proyectos anteriores que la mantuvieron.

En efecto, como ha dicho Salvat, los *instrumentos públicos* en que constan derechos reales son simples papeles desprovistos de valor económico, independientemente del derecho al cual se refieren, y en sí mismos objetos perfectamente transportables de un lugar a otro⁶. Por esta doble consideración resulta poco razonable estimar a tales instrumentos como cosas inmuebles desde que no son cosas, jurídicamente hablando, ni son inmuebles.

En el derecho francés la calidad de "inmueble por el objeto a que se aplican" (arts. 516 y 526, Código Napoleón), nombre que reciben nuestros inmuebles por su carácter representativo, se predica no de los instrumentos sino de los respectivos derechos, lo que es allí factible porque la distinción de muebles e inmuebles se refiere a los bienes". Pero entre nosotros los muebles e inmuebles no son los bienes sino las cosas, por lo que mal podríamos incluir entre éstos a un derecho que por serlo no es una cosa sino un bien.

1325. COSAS MUEBLES.— Las cosas muebles son las que tienen la propiedad de ser trasladadas de un lugar a otro. Revisten esa calidad, ya por su propia naturaleza, ya por su carácter representativo. Pero contrariamente a lo que hace suponer el art. 2313 no hay cosas muebles por accesión, puesto que no podría comprenderse cómo una cosa inmueble por naturaleza pudiera convertirse en mueble por su accesión a otra cosa de este carácter.

1326.— a) *A las cosas muebles por su naturaleza* se refiere el art. 2318 concebido así: "*Son cosas muebles las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles*".

Esta última salvedad se refiere a las cosas que siendo muebles por su naturaleza, dejan de serlo por su accesión física o moral a un inmueble. Es lo que hemos examinado en los núms. 1321-1323.

Entre las cosas muebles, haremos una mención especial de los *semovientes* y los *locomóviles*.

⁶ Salvat, R., n° 1426, p. 652.

1327. SEMOVIENTES.— Los semovientes son cosas muebles que tienen la propiedad de moverse por sí mismas: son los ganados, cuya importancia económica es en nuestro país innecesario remarcar.

No obstante esa circunstancia, ya existente en la época de la sanción del Código Civil, Vélez Sarsfield, por una omisión difícilmente comprensible, dejó a los semovientes en la misma condición jurídica de las demás cosas muebles. Por tanto, según el sistema adoptado, el dominio de los ganados se adquiere como respecto de las cosas muebles en general, por la simple tradición de la cosa, bastando la posesión de buena fe del animal para que el poseedor quede convertido en propietario, si el animal no ha sido robado o perdido por su dueño.

Pero ésa es la pura teoría. En la práctica, por la fuerza del derecho consuetudinario anterior y posterior al Código Civil, los ganados no se enajenan por la simple tradición. En efecto, desde muy antiguo se ha usado en el país el sistema de marcas y señales para acreditar la propiedad sobre los animales, aplicándose las marcas para los bovinos y yeguarizos, y las señales para los ovinos. Aun después de la sanción del Código Civil y pese a lo establecido en el art. 108 de la Constitución de 1853, las provincias han continuado legislando en los códigos rurales sobre propiedad de los ganados y sólo han autorizado su enajenación por quien aparece como titular de la marca o señal, o puede justificar mediante documento visado por la autoridad local la transmisión del dominio a su favor del animal marcado o señalado con una marca o señal ajena.

Esas disposiciones han sido adoptadas en el carácter de medidas de policía y para evitar el abigeato. Aunque claramente avanzan sobre las disposiciones del Código Civil, y resultan así ilegales, la necesidad de resguardar una riqueza nacional tan importante ha prevalecido sobre consideraciones puramente teóricas. De ahí que los regímenes de guías, marcas y señales, establecidos en los códigos rurales, continúen siendo respetados.

Ya desde hace algún tiempo se ha querido encontrar un fundamento a este *modus vivendi* y se ha ensayado una interpretación del art. 2412, sin duda forzada. Así se dice, que entendiendo a las exigencias contenidas en los códigos rurales, no puede reconocérsele buena fe a quien entra a poseer el ganado sin ajustarse a las disposiciones locales. Y adversamente se admite que la posesión es de buena fe y, por tanto, idónea para crear la propiedad con arreglo al art. 2412, cuando el adquirente se ha ajustado al régimen de guías y marcas. Es, como se ve, un juego de presunciones, de un claro sabor tautológico, pues da por demostrado lo que había que averiguar, esto es la legitimidad de ese sistema de propiedad de ganados estructurado al margen del Código Civil.

Los proyectos de reforma han optado por establecer registros de marcas y señales de ganados, y exigir la inscripción en ellos del acto de la transferencia como requisito indispensable de la transmisión del dominio (Anteproyecto Bibiloni, arts. 2463 y ss.; Proyecto de 1936, art. 1537; Anteproyecto de 1954, arts. 1538 y ss.).

1328. LOCOMÓVILES Y AUTOMOTORES.— Se denominan locomóviles los artefactos rodantes de propulsión propia, tales como locomotoras, automóviles, tractores, cosechadoras, etc.

La escasa difusión de los locomóviles en la época de la sanción del Código Civil hizo que esta categoría no fuera contemplada. Por tanto están sometidos al régimen común de las cosas muebles.

Como en el caso de los semovientes se ha insinuado en el orden provincial la tendencia a crear para algunas especies de locomóviles, los automotores, un régimen especial. Así con fines primeramente fiscales y luego de policía de la propiedad, provincias y municipalidades han establecido registros de automotores y han hecho obligatoria la inscripción de cualquier transferencia del dominio de esos vehículos como una condición de la expedición de la patente para circular. De esta manera se ha venido indirectamente a interferir en el régimen establecido por el Código Civil respecto de las cosas muebles en general, no obstante lo cual cuando se ha denunciado como propietario de algún automóvil a quien figuraba como tal en los registros municipales pese a haberse desprendido de la posesión, los tribunales han juzgado que los poderes locales no pueden modificar el Código Civil a este respecto ⁷.

Con todo, después de la sanción del decreto-ley 6582/58, ratificado por ley 14.467 el sistema de constitución y transferencia del dominio sobre *automotores* ha quedado modificado. En efecto, el art. 1° de dicho decreto-ley establece: "*La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y sólo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Automotor*". El art. 2° del mismo decreto-ley dice: "*La inscripción de buena fe de un automotor en el Registro confiere al titular de la misma la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si el automotor no hubiese sido hurado o robado*".

Empero el régimen aludido no se aplica a los vehículos que ya existían en la fecha de creación del Registro, en el año 1958. Por tanto, actualmente hay un doble régimen, los automotores que datan de ese año, o de fecha posterior, están sujetos al decreto-ley 6582/58; los anteriores a ese año se rigen por las disposiciones del Código Civil.

Con relación a este punto, los proyectos de reforma del Código Civil extienden no sólo a los automotores sino a todas las máquinas locomóviles, en general, el sistema propuesto para el ganado (Anteproyecto Bibiloni, art. 2463; Proyecto de 1936, art. 1538; Anteproyecto de 1954, art. 1540).

⁷ Cám. Civ. 2° Capital, 4 de junio de 1943, "J.A.", 1943-III, p. 181; Cám. Paz Letr. Cap., 11 de junio de 1946, "J.A.", 1946-IV, p. 469.

1329.— *b)* A las cosas muebles por su carácter representativo se refiere el art. 2319 “in fine” diciendo que “*son también muebles... todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales*”.

Esta categoría de cosas muebles, como la correlativa estudiada en el n° 1324, carece de justificación ya que los instrumentos mencionados o no son cosas por carecer de valor económico independiente de los derechos a que se corresponden, o si bien tal valor (v.gr., un documento antiguo que vale por su misma antigüedad) son cosas muebles por su naturaleza, ya que es posible trasladarlas de un lugar a otro. Lo que no se concibe es que se les atribuya ficticiamente la calidad de muebles por representación, si en todo caso puede corresponder ese carácter por su misma naturaleza. Así se explica que el Anteproyecto de 1954 haya omitido esta categoría de cosas que no tiene razón de ser.

Cabe hacer notar que aun cuando el art. 2319 sólo menciona a los instrumentos donde constare la adquisición de derechos personales, en la misma situación se encuentran los instrumentos referentes a derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, anticresis) o derechos reales de goce sobre cosas muebles (dominio, usufructo, uso, etc.), todos los cuales no caben en el concepto del art. 2317⁸.

1329 bis. RÉGIMEN DE LAS ENERGÍAS Y FUERZAS NATURALES (ART. 2311 REFORMADO).— Según expresa el nuevo art. 2311, segunda parte “*las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de aprovechamiento*”. Dice López Olaciregui que hay cosas con fuerza o energía que es una manifestación de actividad interna latente en dichas cosas. Mientras existe en la cosa, la energía no se distingue de ella y pertenece a su dueño. Pero cuando la energía se libera del cuerpo que la produce, cabe la posibilidad de su utilización “per se” y surge entonces una cosa distinta de la que la produjo. Y aunque la nueva cosa no ocupe un lugar en el espacio, es ciertamente material —por no ser espiritual— lo que justifica su ingreso en la preceptiva del art. 2311.

De lo expuesto se sigue que la apropiación de energía constituye el delito de hurto (López Olaciregui), así como los daños causados a terceros por la energía eléctrica u otras fuerzas naturales capturadas por el hombre comprometen la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa dañosa (conf. art. 1113, segunda parte del 2° párrafo: arg. “riesgo de la cosa”).

⁸ Conf. Salvat, R., n° 1443, p. 658; Borda, G. A., t. II, n° 774, p. 36.

§ 2. Cosas fungibles y no fungibles. Consumibles y no consumibles. Paralelo entre ambas categorías. Divisibles e indivisibles. El dinero. Interdependencia de las cosas: principales y accesorias. Frutos y productos. Diferencias y efectos legales. Cosas dentro y fuera del comercio. Inenajenabilidad absoluta y relativa.

1330. A) COSAS FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES.— Según el art. 2324, *“son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad”*. Ejemplos: una tonelada de quebracho colorado, un cajón de botellas de whisky de tal marca, etc., Pero la fungibilidad por excelencia corresponde al dinero: así mil pesos que el acreedor presta al deudor, pueden ser reemplazados por otros mil pesos que oportunamente se restituyan a aquél.

La calidad de “fungible” no proviene tanto de la naturaleza de la cosa cuanto de la intención de las partes. Por eso cosas que son generalmente fungibles pueden dejar de serlo en situaciones particulares: así los libros, que pueden tener un valor de afección especial, por ser obsequio de una persona querida, por tener una dedicatoria honrosa, etc.

1331.— *El interés de la distinción* entre las cosas fungibles y no fungibles radica principalmente en que: 1º) es diverso el régimen de las obligaciones, según que el objeto de su prestación sean cosas fungibles o no fungibles; 2º) hay contratos que sólo pueden versar sobre cosas de una clase o la otra.

1º) Si se trata de obligaciones de dar cosas no fungibles, luego de individualizadas, el deudor no se libera sino por la entrega de las mismas cosas que forman el objeto de la causa. De aquí se sigue que cuando la cosa no fungible y ya individualizada perece sin culpa del deudor, éste queda exonerado de la obligación (conf. arts. 578 y 584); si perece por culpa del deudor, éste debe indemnizar al acreedor los daños y perjuicios sufridos (conf. arts. 579 y 603).

En cambio, la pérdida de la cosa fungible aun individualizada en nada afecta la deuda contraída: se dice *“genus aut quantitas nunquam perit”* (el género y la cantidad nunca perecen). De manera que si un incendio quema el cereal que el deudor tenía dispuesto para entregar al acreedor, no queda desobligado, sino que tiene que adquirir otros granos de la misma especie y calidad para satisfacer la obligación ^{8 bis}.

^{8 bis} Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II, n° 879.

2º) En segundo lugar hay contratos que sólo pueden versar sobre cosas fungibles y otros que no pueden referirse sino a cosas no fungibles: así la locación, el comodato, el depósito regular sólo proceden respecto de cosas no fungibles en tanto que el mutuo o préstamo de consumo requiere cosas fungibles.

1332. *B) COSAS CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES.*— Dice el art. 2325: “*Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad...*”. Se trata de las cosas *quae primo usu consumuntur*, es decir, que no pueden ser usadas sin que al propio tiempo sean consumidas, ya porque se extingan en sí mismas, como los alimentos que se ingieren, ya porque se extingan para el poseedor que deja de poseerlas y que por este hecho se pierden en su individualidad, como ocurre con el dinero.

“*Son cosas no consumibles* —sigue diciendo el artículo 2325— *las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo*”. Ejemplo: un libro, una casa, un automóvil, etc.

1333.— El *interés* de esta clasificación se advierte al considerar que ciertos actos deben referirse exclusivamente sea a cosas consumibles, sea a cosas no consumibles.

Así el usufructo tiene por objeto sólo cosas de esta última clase, puesto que el usufructuario puede usar y gozar de una cosa ajena sin alterar su sustancia (conf. art. 2807). Cuando ese derecho se constituye sobre “*cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese, o cambiase su sustancia, como los granos, el dinero, etc.*” (art. 2808), se denomina *cuasiusufructo* o *usufructo imperfecto*, el cual autoriza al titular a disponer de las cosas “*como mejor le parezca*” (art. 2811), “*con el cargo de restituir otro tanto de la misma especie o calidad, o el valor estimativo que se le haya dado en el inventario*” (art. 2871).

Igualmente el mutuo y el comodato son contratos de préstamo que deben versar respectivamente sobre cosas consumibles o no consumibles. En el primer caso el prestatario o mutuario adquiere el derecho de disponer de la cosa, pues de lo contrario el préstamo no le serviría de nada, y consiguientemente se desobligará por equivalente, devolviendo cosas de la misma calidad que las recibidas con anterioridad. En el segundo caso el comodatario está obligado a conservar la misma cosa recibida para restituirla oportunamente a su dueño.

1334. *PARALELO ENTRE LAS COSAS FUNGIBLES Y CONSUMIBLES.*— A menudo las cosas fungibles son también consumibles, a punto tal que algunos códigos, como el holandés (art. 561) y el español (art. 337) han definido las primeras por la calidad que caracteriza a las segundas. Con todo, conceptualmente la confusión no es posible, existiendo cosas que siendo fungibles no son consumibles, v.gr., los

productos industriales que se fabrican en serie, como automóviles, heladeras, lavarropas, etc.

1335. C) COSAS DIVISIBLES E INDIVISIBLES.— Para el art. 2326, “*son cosas divisibles, aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma*”. Ejemplos: la tierra, las cantidades de cosas, y especialmente el dinero.

Las cosas indivisibles no están definidas por el codificador. Pero es claro que oponiéndose a las divisibles, son las que carecen de la calidad que se reconoce en éstas. Por tanto, si la partición material de la cosa no obtiene partes homogéneas y análogas al todo, la cosa es indivisible, por ejemplo, los edificios, los animales y en general las cosas muebles consideradas en su individualidad, como sillas, mesas, libros, vestimenta, etc.

Cabe hacer notar que el criterio de la divisibilidad es preferentemente económico, de manera que aun cuando la división material resulte factible, las cosas se reputarán indivisibles si la partición de ellas redunda en una disminución de su valor económico, como puede ocurrir con la colecciones, las piedras preciosas, etc. y aun la tierra que por su progresiva parcelación pueda perder utilidad (minifundio).

El interés de esta clasificación se advierte con motivo de la partición de cosas comunes, v.gr., partición de herencia, división de condominio, etc., y con relación al régimen de las obligaciones divisibles e indivisibles (arts. 667 y ss.).

1335 bis.— Con respecto a esta clasificación de las cosas, la ley 17.771 ha hecho un agregado al art. 2326 que dice así: “*No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica*”.

Es de notar que el agregado transcripto aparece un tanto desubicado en el art. 2326, el cual se limitaba a señalar la distinción entre las cosas divisibles e indivisibles. En cambio, el nuevo precepto implica una regulación del derecho del dueño de la cosa para practicar la división material o jurídica de ella, lo cual debió tener su sede natural en las disposiciones relativas al derecho de dominio.

1336. EL DINERO.— Con relación al dinero, ha de distinguirse su concepto económico y su concepto jurídico.

Desde el punto de vista económico, “todo medio de pago generalmente aceptado y reconocido, es dinero” (Cassel).

La historia muestra al respecto una evolución interesante, pudiendo clasificarse las especies de dinero como lo hace Moyano Llerena, en tres grandes cate-

gorías: 1º) Objetos que por su valor como mercadería son universalmente deseados y aceptados, como el pescado en Islandia y las pieles en el Norte de Canadá. En los países civilizados el consenso se ha fijado en torno a los metales preciosos y especialmente el oro, sea que circulen bajo forma de monedas metálicas, o de monedas representativas como los billetes, con tal que puedan canjearse por el metal libremente. 2º) Papel moneda inconvertible cuyo carácter proviene del “curso forzoso” o poder cancelatorio que le atribuye la ley, siendo su valor como mercadería nulo o muy inferior al valor legal. 3º) Billetes de banco emitidos por instituciones privadas, y depósitos bancarios en cuenta corriente que se movilizan mediante cheques. Esta tercera clase de dinero se funda exclusivamente en la confianza pública de que en cualquier momento se lo podrá cambiar por igual cantidad de dinero de los otros dos tipos, a saber, dinero-mercancía o dinero de curso forzoso.

Lo interesante es destacar que en la economía moderna, la mayor parte de las operaciones de intercambio se realizan por medio de transferencias de depósitos bancarios, prueba de lo cual sería el hecho de que a mediados de 1948 existían en nuestro país 5.000 millones de pesos en billetes en poder del público, contra casi el doble de esa cantidad en depósitos bancarios en cuenta corriente ⁹.

Desde el punto de vista *jurídico* el dinero tiene un significado más restringido. Con esa denominación se designa a la unidad ideal de valor creada por el Estado y a los medios concretos de pagos representativos de esa unidad. A estos objetos materiales que hacen referencia a aquella unidad ideal y que de hecho sirven como tabla de valor de toda clase de bienes, se los llama “dinero” en el lenguaje de los códigos (arts. 616 y ss., 1169, 1323, 1493 y 2070, Cód. Civ.; arts. 282, 291, inc. 4º, 493 y 800, Cód. Com.).

Bajo este enfoque el dinero es una *cosa, mueble, fungible, consumible y divisible* en relación con la unidad ideal de la cual la pieza de dinero es expresión múltiplo o submúltiplo. Además se caracteriza por tener *curso forzoso* en razón del cual nadie puede negar el valor cancelatorio del dinero; y *numeralidad*, calidad que alude a la medida de esa aptitud cancelatoria la cual coincide con el *valor nominal* que al dinero le ha atribuido el Estado, aunque sea diferente a su valor *adquisitivo* ¹⁰.

1337. D) INTERDEPENDENCIA DE LAS COSAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS.— Puede haber entre las cosas, no obstante su individualidad inconfundible, cierta relación que las vincule de tal manera que no sea posible concebir la existencia de algunas de ellas, sin la previa existencia de otras.

Según el art. 2327 “*son cosas principales las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas*”. Por oposición a ellas “*son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de*

⁹ Conf. Uriburu, Francisco, *El dinero, concepto jurídico y económico*, “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, Bs. As., jul.-oct. 1952, p. 952.

¹⁰ Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. II, núms. 889 y ss.

la cual dependen, o a la cual están adheridas" (art. 2328). De aquí que las cosas accesorias no tengan un régimen propio y autónomo sino que deban seguir la suerte de la cosa principal a la cual están adheridas o de la cual dependen: "*accessio cedit principali*", se dice en el *Digesto* ¹¹.

La calidad accesoria de las cosas aparece ya cuando ciertas cosas muebles se adhieren a las cosas inmuebles, ya cuando las cosas muebles se adhieren a otras cosas muebles, ya en ciertas situaciones especiales. Nos referiremos a estos casos.

1338.— a) Dice el art. 2331: "*Las cosas que natural o artificialmente estén adheridas al suelo, son cosas accesorias del suelo*". Aquí se da una accesión de primer grado, v.gr., los cimientos de una casa; las semillas depositadas en la tierra, etc. Pero también puede darse una accesión de segundo grado, que está contemplada en el art. 2332: "*Las cosas que están adheridas a las cosas adherentes al suelo, como a los predios rústicos o urbanos, son accesorias a los predios*", por ejemplo, los pisos de una casa que descansan sobre los cimientos, las pinturas de la paredes, etc.

En todos esos casos las cosas accesorias siguen la suerte de las principales. Así el dueño de éstas adquiere el dominio de aquéllas. Pero el edificante y el plantador tienen ciertos derechos frente al dueño del suelo, los que están reglados en los arts. 2587 y ss.

1339.— b) Para el art. 2333: "*Cuando las cosas muebles se adhieren a otras cosas muebles, sin que se altere su sustancia, serán cosas principales aquellas a que las otras no se hubiesen unido sino con el fin de uso, ornato, complemento o conservación*".

Ejemplo: en los anteojos, las lentes son la cosa principal y la armazón la cosa accesoria (función de uso); en un anillo de brillantes, éstos son la cosa principal y el engarce la cosa accesoria (función de complemento); en un cuadro, la tela es principal y el marco accesorio (función de ornato); en una bolsa de palos de golf, éstos son lo principal, la bolsa lo accesorio (función de conservación).

Adviértase que el mayor valor de la cosa accesoria no priva a ésta de su carácter, que depende exclusivamente del fin para el cual se han unido ambas cosas consideradas. Sólo cuando el criterio funcional no permite distinguir cuál es la cosa principal y cuál la accesoria, se acude a la compulsa del valor económico y aun supletoriamente a la comparación de su volumen.

Así lo dispone el art. 2334: "*Si las unas se han adherido a las otras, para formar un todo, sin poderse distinguir la accesoria de la principal, se tendrá por principal la de mayor valor. Si los valores fueren iguales, será principal la de mayor*

¹¹ *Digesto*, Libro 34, tít. 2º, ley 19, § 13.

volumen. Si los valores y volúmenes fueren iguales, no habrá cosa principal ni cosa accesoria”.

En suma la ley señala, en primer término el criterio de la función, y considera accesoria a la cosa que se une a otra para uso, ornato, complemento o conservación de ésta. Si ese criterio no resulta adecuado, el Código indica en subsidio el *criterio del valor*, y si aún entonces la distinción no es viable, recurre al *criterio del volumen*. Finalmente, cuando no haya diferencia de valor, ni de volumen, no habrá cosa principal ni accesoria.

Con las reglas mencionadas se ha elaborado un sistema completo, que hace innecesaria cualquier aclaración como la que pretende efectuar el art. 2335. Según este precepto, *“las pinturas, esculturas, escritos e impresos serán siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesoria la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallasen adherido”.*

Esta disposición está enteramente desubicada, pues no se trata de la adjudicación de dos cosas, que es el presupuesto indispensable de la clasificación que se estudia. Aquí no hay dos cosas, porque desde luego no es una cosa el arte o trabajo humano que transforma la materia primitiva. Hay sí especificación o transformación de una única cosa, que debe ser reglada de acuerdo a las prescripciones de los arts. 2567 y ss.

1340. c) FRUTOS Y PRODUCTOS.— Una cierta clase de *frutos* se consideran cosas accesorias respecto de las cosas que los producen; otros, en cambio, se identifican con estas mismas cosas. En cuanto a los *productos* nunca se reputan accesorios de la cosa de la cual se extraen.

Los *frutos* se definen como las cosas nuevas que regular y periódicamente produce una cosa existente, sin alteración ni disminución de su sustancia. Ejemplos: las crías del ganado, los frutos vegetales.

Se dividen en frutos *naturales*, *industriales* y *civiles*.

Los frutos *naturales* son los que la cosa produce espontáneamente y sin intervención principal del hombre: v.gr., la leche de los animales.

Los frutos *industriales* son los que la cosa produce, mediante la acción principal del hombre; v.gr., los cortes de alfalfa proveniente de alfalfares preparados para el engorde del ganado, las flores que obtiene el floricultor de su vivero, etc.

Los frutos *civiles* son las rentas provenientes del uso o del goce de las cosas así como las que se obtienen en el carácter de salario correspondiente al trabajo material, o de honorarios compensatorios del trabajo de las ciencias (art. 2330).

Los frutos naturales e industriales no son accesorios de la cosa que los produce. Porque o están unidos a esta cosa y forman un todo con ella, como lo expresa el art. 2329, o ya han sido separados y entonces se consideran cosas independientes de la cosa que los ha producido.

Los frutos civiles, en cambio, se consideran accesorios de la cosa que los origina (conf. art. 2330).

1341.— Los *productos* son las cosas que se extraen de una cosa existente, la cual no los vuelve a producir, y queda disminuida o alterada en su sustancia a consecuencia de la separación de aquéllos: v.gr., el petróleo sacado de un yacimiento, el mineral extraído de una mina, la piedra sacada de una cantera.

1342. DIFERENCIAS ENTRE FRUTOS Y PRODUCTOS. EFECTOS LEGALES.— Los *frutos* y *productos* se asemejan en cuanto son producciones de cosas existentes. Pero existen entre ambos diferencias sustanciales.

1º) Los frutos se producen y reproducen regular y periódicamente, en tanto que los productos no son reproducidos por la cosa de la cual se sacan.

2º) Los frutos son “cosas nuevas” diversas de la cosa existente que los genera, mientras que los productos, si se atiende a su naturaleza, se identifican con la cosa de la cual son separados. Sólo económicamente, la cosa y sus productos son entes diversos, pues la cosa (mina, cantera o yacimiento) permanece en estado de inaprovechamiento, mientras que los productos (minerales, piedras, petróleo), son la misma cosa en estado útil para el hombre.

3º) La producción de los frutos no altera ni disminuye la sustancia de la cosa fructífera, en tanto que la extracción de los productos, consume en la misma medida la cosa productora, y paulatinamente la agota en un lapso más o menos largo.

Las *diferencias* en cuanto a los *efectos legales* de los frutos y productos se advierten especialmente en lo que se refiere al usufructo y a la reivindicación, cuyos asuntos son estudiados en las obras sobre Derechos Reales.

1343. E) COSAS DENTRO Y FUERA DEL COMERCIO.— Expresa el art. 2336: “*Están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública*”.

Por el contrario están fuera del comercio las cosas cuya enajenación fuese prohibida o dependiese de una autorización pública.

Este concepto difiere del que tenían los romanos sobre las cosas *extra-commercium*, las cuales eran insusceptibles de ser poseídas por los particulares, tales como: las *cosas comunes*, destinadas por la naturaleza al uso común de todos los hombres (el aire, el sol, etc.); las *cosas públicas*, destinadas por el Estado a ese mismo uso común (calles, plazas, ríos, etc.); y las *cosas divinas*, entre las que se distinguían las *cosas santas* (puertas y murallas de la ciudad), *religiosas* (tumbas) y *sagradas* o consagradas al culto de los dioses (templos).

El sistema de nuestro Código es por cierto diferente. El criterio de la clasificación no finca en la posibilidad de apropiación por parte de los particulares, puesto que todas las cosas, por el hecho de ser tales (objetos materiales susceptibles de valor) se encuentran en esa situación. Para nuestro Código la clasificación se basa en la posibilidad que exista de enajenar las cosas: las cosas inalienables están fuera del comercio, y en cambio las cosas de libre disposición están dentro del comercio.

A su vez, “*las cosas están fuera del comercio, o por su inenajenabilidad absoluta o por su inenajenabilidad relativa*” (art. 2337). Examinaremos ambas situaciones.

1344. INALIENABILIDAD ABSOLUTA.— Continúa diciendo el art. 2337: “*Son absolutamente inenajenables* (debió decirse “inalienables” como señala Segovia): 1º) *las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley*; 2º) *las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones*”.

Las cosas contempladas en el art. 2337, inc. 1º, son aquellas cuyo dominio está vedado a los particulares. No se trata, según dice Segovia, tanto del impedimento para venderlas cuanto del obstáculo para adquirirlas: así “*las cosas ajenas no pueden venderse*” (art. 1329), pero esto no significa que ellas estén fuera del comercio. Ejemplos de esta clase de cosas: las del dominio público del Estado; el bien de familia mientras no sea desafectado (art. 37, ley 14.394).

Entre las cosas incluidas en el art. 2337, inc. 2º, mencionamos: los inmuebles cuya enajenación hubiese prohibido el donante o testador por un período máximo de diez años (art. 2614).

Es de hacer notar que el Código sólo se refiere a las cosas fuera del comercio. Pero hay también *bienes* de esa índole, pues el concepto les es aplicable por analogía. Entre los bienes fuera del comercio es posible mentar: el derecho de alimentos (arts. 374 y 1453), los derechos de uso y habitación (art. 1449), el derecho adquirido por pacto de preferencia en la compraventa (art. 1453), los beneficios que confieren las leyes de trabajo y previsión social, etc.

1345. INALIENABILIDAD RELATIVA.— El art. 2338 expresa: “*Son relativamente inenajenables las que necesitan una autorización previa para su enajenación*”. Ejemplos: los bienes privados del Estado, las cosas de los incapaces y las cosas habidas gratuitamente por los menores emancipados, etc.

§ 3. Las cosas con relación a las personas. Bienes del Estado. Dominio público y privado. Bienes municipales. Bienes de la Iglesia. Bienes particulares. Cosas susceptibles de apropiación privada.

I.— BIENES DEL ESTADO

1346. LAS COSAS EN RELACIÓN A LAS PERSONAS.— Bajo este epígrafe el codificador trata de las cosas cuyo régimen resulta modificado en razón del carácter que invisten las personas a quien pertenecen: tales son los bienes del *Estado*, los bienes *municipales*, los bienes de la *Iglesia*. La consideración pormenorizada de estos asuntos corresponde a los derechos administrativo, municipal y canónico, siempre en conexión con el derecho constitucional, razón por la cual efectuaremos una exposición somera de la cuestión en cada caso.

1347. DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO.— Los bienes del Estado pueden corresponder a su dominio *público* o *privado*. Los bienes del dominio público pertenecen al Estado en su carácter de órgano político de la sociedad humana, y se encuentran en una situación muy peculiar, que no resulta descripta por la palabra “dominio” que aquí se usa con una significación enteramente diversa de la definición obrante en el art. 2506 del Código Civil. En cambio los bienes del dominio privado del Estado se encuentran en la misma situación que los bienes de los particulares, pudiendo ser objeto de idénticas operaciones. Trataremos separadamente de una y otra clase de bienes.

1348. DOMINIO PÚBLICO.— A este respecto, la ley 17.711 ha alterado sensiblemente el antiguo art. 2340 del Código Civil que ahora ha quedado concebido en los siguientes términos:

“Quedan comprendidos entre los bienes públicos:

”1º Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua;

”2º Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros;

”3º Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales 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 la reglamentación;

"4° Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias;

"5° Los lagos navegables y sus lechos;

"6° Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares;

"7° Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;

"8° Los documentos oficiales de los poderes del Estado;

"9° Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico".

Con respecto al inc. 1° se ha eliminado la alusión originaria a la distancia de una legua marina, o de cuatro leguas marinas, según los casos, concordándose la disposición con la ley 17.094 publicada el 10 de enero de 1967 que extendió la soberanía de la Nación Argentina sobre el mar adyacente a su territorio hasta 200 millas marinas, medidas desde la línea de las más bajas mareas.

Con respecto a los ríos y sus cauces, mencionados en el inc. 3° del art. 2340, el texto se refiere tanto a los ríos subterráneos como a los que afloran sobre el terreno.

El inc. 4° cambia la alusión a las playas de los ríos navegables por las *riberas internas* de los ríos.

El inc. 5° elimina la alusión a un tonelaje determinado de los buques que pudieran navegar en los lagos.

El inc. 6° aclara que no integran el dominio público las *islas* que pertenezcan a los particulares, con lo cual se convalidan las adquisiciones de numerosas islas efectuadas por los particulares, anteriormente, y que tenían una situación sumamente incierta ante la incorporación sin distinción al dominio público que de las islas había efectuado el art. 2340, inc. 6°.

En cuanto a los incs. 8° y 9° contienen referencias a ciertas cosas no contempladas en la enunciación precedente ^{11 bis}.

^{11 bis} Véase Borda, G. A., *La reforma del Código Civil: bienes y cosas*, en "E.D.", t. 31, diario del 22 de mayo de 1970, ap. III; Marienhoff, Miguel S., *La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas*, en "J.A.", Doctrina-1970, p. 255.

1349.— *La característica esencial del dominio público consiste en que los bienes respectivos están afectados al uso y goce de todos los ciudadanos. Así lo expresa el art. 2341, según el cual “las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales”.*

Del carácter mencionado, único que la ley consigna, derivan los demás que corresponden a esta clase de bienes, los cuales son *inalienables, imprescriptibles y de uso gratuito*. La inalienabilidad e imprescriptibilidad son consecuencias evidentes de la afectación al uso y goce común, pues este destino resultaría impedido desde que la cosa pasase por la enajenación o prescripción adquisitiva a poder exclusivo de alguno. En cuanto al uso gratuito, también debe considerarse inexcusable, pues de otra manera el uso y goce de los bienes públicos estaría vedado para las personas carentes de recursos suficientes. Con todo, no debe pensarse que el uso gratuito es incompatible con la percepción de módicos derechos enderezados al mantenimiento de la misma cosa, v.gr., cobro de entradas en paseos públicos, etc. Lo importante es que el bien no se convierta en una fuente de ingresos fiscales.

1350. DESAFECTACIÓN.— Cesa el carácter de bien del dominio público por la *desafectación de su destino* que se haga del mismo. Así como la constitución de un bien de dominio público proviene de que su afectación al uso y goce de todos los habitantes en general, igualmente la pérdida de ese carácter deriva del hecho contrario, o sea la *desafectación*.

Recibe este nombre la decisión del Estado, adoptada por sus autoridades competentes, en el sentido de alterar el destino de la cosa. De ordinario tal determinación corresponde al Poder Legislativo del Estado, pero se ha considerado que también hay desafectación cuando en virtud de una declaración del Poder administrador o de otro acto suyo resulta indudable que la cosa ha dejado de servir directamente al uso y goce público, al cual hasta ese momento se encontraba destinada ¹². Esa desafectación de hecho ha permitido hacer ingresar al dominio privado del Estado, tierras ocupadas por caminos abandonados, etcétera.

1351. DOMINIO PRIVADO.— *Los bienes privados del Estado* están enunciado en el art. 2342, así redactado: “*Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: 1º) Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño*”. Esta disposición tie-

¹² Corte Sup. Nac., 28 de junio de 1926, “Fallos”, t. 146, p. 288; íd., t. 147, p. 154; Cám. Civ. 2ª, Capital, 22 de octubre de 1948, “L.L.”, t. 52, p. 710; conf. Borda, G. A., t. II, n° 805, p. 54; comp. Salvat, R., n° 1499, p. 680.

ne una explicación histórica. En efecto, concedido por el Papa Alejandro VI a los reyes de España y Portugal el dominio sobre las tierras descubiertas en América, los respectivos monarcas usaron de su prerrogativa adjudicando grandes extensiones a los esforzados conquistadores de uno y otro país. Las tierras de que no se dispuso quedaron en el patrimonio de la Corona, y consumada la emancipación política, pasaron en nuestro país a poder del Estado nacional o de las provincias.

Es este derecho originario del Estado sobre las tierras sin dueño, el que explica lo preceptuado en el art. 16 de la ley 14.159, de catastro: "Declárase de propiedad fiscal, nacional o municipal, a todos los excedentes que resulten dentro de las superficies de los terrenos particulares, cubiertos que sean sus legítimos títulos y siempre que sobrepasen las tolerancias técnicamente admitidas en la materia".

Según nuestro parecer, la disposición transcrita no tiene sino el alcance de una mera presunción *juris tantum* de propiedad fiscal de los excedentes de referencia, que no obsta a que los particulares demuestren que pese a la exigüidad del título formal su dominio se extiende al sobrante adquirido por prescripción adquisitiva ¹³.

2º) "*Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra.*"

3) "*Los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código*". En este inciso se contemplan tres categorías de bienes que en rigor puede reducirse a dos: a) bienes vacantes, son las cosas inmuebles de propietario desconocido; b) bienes mostrencos, son cosas muebles igualmente de propietario desconocido; c) bienes de personas fallecidas sin herederos. Esta tercera categoría queda comprendida en una u otra de las anteriores, según la índole mueble o inmueble de las respectivas cosas, pues cuando alguien fallece aparentemente sin herederos, sólo es dable afirmar que se ignora si los tiene, y por consiguiente que los bienes son de propietario desconocido. En la práctica se denominan bienes vacantes los que pertenecen a una sucesión vacante, es decir, sin herederos para recibirla.

La diferencia existente entre los bienes de los incs. 1º y 3º del art. 2342, radica en que los primeros nunca han salido del patrimonio del Estado, mientras los últimos han pasado a poder de los particulares, pero por falta del titular actual son atribuidos al Estado ^{13 bis}.

4º) "*Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título*". Las menciones del presente inciso son, en

¹³ También en este sentido: Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 806, p. 55.

^{13 bis} Cám. Civ., Sala "D", "L.L.", t. 68, p. 53; Cám. Civ. 2ª, "L.L.", t. 16, p. 626.

buena parte, equívocas, y pueden dar lugar a confusión. En efecto, las construcciones hechas por el Estado serán bienes privados de éste si se levantan en terreno fiscal, pero no en caso contrario. Y para llegar a esa conclusión bastaba lo dispuesto en los arts. 2571 y 2578 y ss. En verdad el inc. 4° del art. 2342 debió limitarse a consignar los bienes adquiridos por el Estado por cualquier título.

5°) *“Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios”*. Cuando los restos del naufragio provienen de súbditos del país, de naciones amigas, o súbditos de éstas, no rige el precepto, aplicándose los arts. de la ley 20.094 que a partir del 1° de mayo de 1973 ha derogado los arts. 1283 a 1301, Código de Comercio.

1352.— *El dominio privado* del Estado no se diferencia del derecho similar de los particulares. Por tanto las atribuciones del Estado sobre los bienes de su dominio privado y los eventuales derechos de los particulares se rigen por las disposiciones del Código Civil (arts. 2506 y ss.).

Con todo, el principio no es absoluto y admite dos excepciones.

En primer lugar la enajenación de los bienes está sujeta a las prescripciones del derecho administrativo, en lo relativo a los requisitos previos a adoptarse.

En segundo lugar los bienes afectados a la prestación de servicios públicos están exentos de embargos, y por tanto no integran, mientras dure esa afectación, la garantía colectiva de los acreedores del Estado. En el conflicto del interés particular del acreedor y el interés público que pide el mantenimiento del servicio, debe satisfacerse a este último ¹⁴.

II.— BIENES MUNICIPALES

1353. DOMINIO PÚBLICO O PRIVADO MUNICIPAL.— Las municipalidades son entidades públicas subordinadas, de raíz constitucional, puesto que el art. 5° de la Constitución Nacional, erige al régimen municipal en una condición de la garantía que el gobierno federal brinda a las provincias acerca del goce y ejercicio de sus instituciones.

En el orden del derecho civil, las municipalidades son personas jurídicas de carácter público (nuevo art. 33, inc. 1°). Para el desempeño de sus funciones necesitan medios económicos a los que se refiere el Código en el art. 2344 que dice así: *“Son bienes municipales los que el Estado o los Estados han puesto bajo el domi-*

¹⁴ C.S.N., 5 de mayo de 1888, “Fallos”, t. 33, p. 116. Conf. Borda, G. A., t. II, n° 807. Comp. Salvat, R., n° 1511, p. 685.

nio de las municipalidades. Son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo prescriban”.

Como las municipalidades son entidades públicas subordinadas, debe estimarse que sus bienes, de acuerdo a su destino, integran el dominio público o privado municipal, por lo que son aplicables a los bienes municipales los principios ya estudiados (véase núms. 1347 a 1352).

III.— BIENES DE LA IGLESIA *

1354. APLICACIÓN DEL DERECHO CANÓNICO.— La Iglesia Católica tiene una condición jurídica muy diversa de las demás entidades religiosas, cristianas o no cristianas.

La Iglesia Católica, denominada en nuestro país simplemente, la “Iglesia” (conf. antiguo art. 33, inc. 4º, art. 2345, etc.), es una persona jurídica de carácter público (véase *supra*, cap. IX, § 2), ya se la considere en su entidad universal (Santa Sede), diocesana o parroquial.

En razón de ese carácter se admite la existencia de un dominio público eclesiástico y de un dominio privado eclesiástico. Corresponden al primero las cosas directamente afectadas al culto de Dios, tales como ornamentos sagrados, vasos, altares, templos, etc. Esas cosas son inalienables, imprescriptibles e inembargables en tanto subsista la afectación al destino indicado, el cual no puede alterarse sino por determinación de la autoridad eclesiástica.

El Código Civil, sin atenerse a la clasificación precedente, dedica a los bienes de la Iglesia el art. 2345 que dice así: “*Los templos y las cosas sagradas y religiosas corresponden a las respectivas iglesias y parroquias, y están sujetas a las disposiciones de los arts. 33 y 41. Esos bienes pueden ser enajenados en conformidad a las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos, y a las leyes que rigen el patronato nacional*”.

Acerca de este precepto anotaremos la impropiedad de la remisión al art. 41, el cual rige a las personas jurídicas de carácter privado, tales como órdenes religiosas, congregaciones, cofradías, etc., pero no a la Iglesia, persona jurídica de carácter público (conf. nuevo art. 33).

Dejando eso de lado interesa consignar lo dispuesto por el derecho canónico sobre enajenación de bienes eclesiásticos, ya que el Código se remite tanto a sus

* BIBLIOGRAFÍA Caviglioli, J., *Derecho Canónico*, ed. Madrid, 1946-1947, t. II, ps. 3-185; Spota, A. G., *El dominio público eclesiástico*, “J.A.”, 1942-II, p. 911; Campos y Pulido, J., *Legislación y jurisprudencia canónica novísima*, Madrid, 1917, t. III.

disposiciones como a las leyes que rigen el patronato, las que hasta ahora no han sido dictadas, ni lo serán mientras subsista el criterio de la ley convenio 17.032, que es el apropiado, y que ha venido a derogar este aspecto del precepto del Código.

Según el canon 1530, “para enajenar bienes eclesiásticos inmuebles o muebles que se pueden conservar se requiere: 1º) tasación de la cosa por peritos honrados hecha por escrito; 2º) causa justa, es decir, por necesidad urgente, o utilidad manifiesta de la Iglesia, o piedad; 3º) licencia del Superior legítimo, sin la cual es inválida la enajenación”. Mientras que los dos primeros requisitos hacen a la licitud moral del acto, el tercero se refiere a la validez del mismo. Por tanto, si concurre el permiso del Superior, la enajenación es válida previa la desafectación de la cosa en los casos que corresponda, dispuesta por la autoridad eclesiástica competente.

Por lo demás, el canon 1281 determina que “no pueden enajenarse válidamente ni ser trasladadas a perpetuidad a otra iglesia” sin permiso de la Sede Apostólica “las reliquias insignes de los Santos o de los Beatos, o las imágenes preciosas”, entendiéndose por tales las “insignes por su antigüedad, por el arte o por el culto” (canon 1280).

En los demás casos la enajenación es válida: si se efectúa con permiso de la Sede Apostólica, tratándose de bienes cuyo valor excede de treinta mil liras o francos; con permiso del obispo diocesano y consentimiento tanto del cabildo catedral cuanto del Consejo de Administración, si el valor de los bienes oscila de mil a treinta mil liras o francos; con el solo permiso del obispo previo dictamen del Consejo de Administración, si los bienes no pasan de mil liras o francos (canon 1532).

1355.— Los bienes de las *iglesias disidentes o no cristianas* se encuentran en una situación muy diferente a la descripta. Así lo deja ver el art. 2346: “*Los templos y las cosas religiosas de las iglesias disidentes corresponden a las respectivas corporaciones, y pueden ser enajenadas en conformidad a sus estatutos*”.

Aun cuando la disposición no menciona sino a las iglesias disidentes, es indudable que en la misma condición se encuentran las entidades difusoras de religiones no cristianas, con tal que tanto éstas como aquéllas sean personas jurídicas. Esto es decisivo, pues es en el carácter de personas jurídicas de carácter privado que la ley reconoce solamente a tales entidades.

IV.— BIENES PARTICULARES

1356.— En rigor, con lo dicho podría el codificador haber finalizado el capítulo “De las cosas consideradas con relación a las personas”, puesto que fuera del Estado nacional, las provincias, los municipios y la Iglesia, no hay otros sujetos que comuniquen a las cosas de su pertenencia algún régimen peculiar.

Esto mismo es refirmado por el art. 2347 que sobreabundantemente establece: *“Las cosas que no fuesen bienes del Estado o de los Estados, de las municipalidades o de las iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas”*.

Conviene aclarar que las iglesias mentadas por el precepto son las diversas parroquias de la Iglesia Católica, las cuales tienen personalidad jurídica distinta de las diócesis a que corresponden.

A renglón seguido el Código considera la situación de los puentes y caminos constituidos a expensas de los particulares en terrenos de su propiedad (art. 2348), de los lagos no navegables (art. 2349), de las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad (art. 2350). Tales puentes y caminos son de los propietarios edificantes; los lagos no navegables se atribuyen en uso y goce a los propietarios ribereños quedando reservada la nuda propiedad al Estado ¹⁵; y las vertientes enclavadas en un fundo pertenecen al propietario del fundo.

1357. COSAS SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN PRIVADA.— La apropiación es el primer modo de adquirir el dominio mencionado por el art. 2524, consistente en la aprehensión de cosas muebles sin dueño o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz con el ánimo de hacerlas suyas (conf. art. 2525).

El art. 2343 indica cuáles son las cosas susceptibles de apropiación privada, a través de una enumeración meramente enunciativa, que luego reproducen en parte y amplían los arts. 2527 y ss. Por tanto, el art. 2343 está enteramente de más: nada tiene que hacer en esta parte del Código. Su ubicación está indicada en el capítulo de la apropiación, donde, como se ha dicho, el lugar está tomado por otras disposiciones más completas. Resulta así sorprendente que tanto el Anteproyecto Bibiloni (art. 2292) como el Proyecto de 1936 (art. 120) mantengan el precepto que ha sido eliminado del Anteproyecto de 1954.

El estudio de la disposición aludida debe hacerse en el curso de Derechos Reales.

¹⁵ Conf. Salvat, R., n° 1523, p. 690; Borda, G. A., t. II, n° 812, p. 59; Machado, J. O., VI, p. 228, nota 2349.

TERCERA SECCIÓN

HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

CAPÍTULO XII

CAUSA DE LA RELACIÓN JURÍDICA *

§ 1. Hechos. Hechos jurídicos; concepto; clasificación. Actos jurídicos. Diferencia entre hecho jurídico y acto jurídico.

I.— LOS HECHOS EN GENERAL

1358. HECHOS: SU FUNCIÓN EN EL DERECHO.— Después de haber estudiado lo referente a los dos primeros elementos de la relación jurídica —sujeto y objeto— entramos a examinar ahora el tercer elemento de dicha relación, a saber, *su causa*.

En efecto, toda relación jurídica, lo mismo que cualquier fenómeno del mundo de la naturaleza, está sujeta al principio de razón suficiente, que conduce a la investigación de la causa de dicha relación jurídica. Si analizamos la relación que vincula al acreedor con el deudor, para determinar exactamente la medida de los derechos y deberes de uno y otro será menester acudir al estudio de la causa de esa vinculación. Según sea ella un delito, un cuasidelito, un contrato, un enriquecimiento injusto, una situación de familia, u otro hecho generador de prerrogativas jurídicas, así será el contenido y alcance de la relación jurídica de que se trate.

Es dable, pues, concluir en primer lugar que toda relación jurídica reconoce su origen —causa eficiente— en un hecho que le antecede. En se-

* BIBLIOGRAFÍA: Aguiar, H., *Hechos y actos jurídicos*, t. I, *La voluntad jurídica*, Bs. As., 1950; Orgaz, A., *Concepto del hecho jurídico*, "L.L.", t. 59, ps. 892 y ss.; Scialoja, V., *Negocios jurídicos*, trad. esp., 1942; Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid; Coumaros, N., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, París, 1931; Alsina Atienza, D., *Los hechos jurídicos*, "J.A.", 1955-VI, secc. doct., ps. 57 y ss.; Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 7ª ed., ps. 632 y ss.

gundo término, la índole y calidad de la relación jurídica depende de la índole y calidad del hecho que constituye su causa.

1359.— Esto nos muestra la importante función que desempeñan los hechos en el campo del derecho, lo cual recuerda Vélez Sarsfield en la nota a la sección segunda del Libro segundo del Código Civil, conforme a los siguientes conceptos, que el codificador toma de Ortolán¹: “La función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de los derechos”.

Esta importante trascendencia de los hechos resulta verificada por el más simple análisis de la norma jurídica, que muestra en ella dos partes perfectamente definidas. La primera parte está constituida por los hechos previstos por la ley, cuya ocurrencia dará lugar a la consecuencia que la norma impone. Esos hechos son los que, según una terminología grata a los autores alemanes², se denominan el *factum* de la norma. Toda norma tiene una *parte fáctica*, constituida por la previsión hipotética de ciertos hechos del acontecer humano, que serán hechos humanos o ajenos al hombre, pero capaces de influir sobre él, como una inundación que al provocar la pérdida de una cosecha exonerará al vendedor de la obligación de entregarla.

La segunda parte de la norma, o *parte dispositiva*, se refiere al deber ser, a lo que debe suceder, supuesto que los hechos mentados por la ley ocurran en la forma prevista por ella. Existe una indestructible lógica entre la parte fáctica y la parte dispositiva de la norma, de manera que, producido el *factum* previsto, se seguirá inexorablemente el efecto impuesto por la regla jurídica. Y sucesivamente, una vez establecida la consecuencia o situación jurídica consecuente, permanecerá ella inalterada en el tiempo mientras no acaezca otro *factum* dotado de fuerza modificatoria o extintiva de la situación jurídica existente. Así, adquirido el dominio de una cosa mediante un título apto para constituir ese derecho real, la situación subsecuente subsistirá hasta que ocurra un hecho al cual la ley asigne un efecto modificatorio o extintivo del derecho del propietario, como podría ser el abandono que éste hiciese de su inmueble, seguido de la ocupación por un extraño durante el lapso de la prescripción: esos hechos determinarían que el propietario del inmueble dejara de serlo, y que el poseedor pasara a convertirse en propietario. Tal el principio de *inercia jurídica*.

¹ Ortolán, M., *Generalización del Derecho Romano*, n° 52.

² Ver, por ej., Von Tuhr, Andreas, *Teoría General del Derecho Civil*, II¹, p. 4, Bs. As., 1947.

II.— LOS HECHOS JURÍDICOS

1360. CONCEPTO.— Los hechos que interesan al derecho son aquellos que tienen la virtualidad de causar un efecto jurídico: tales son los *hechos jurídicos* que el art. 896 del Código Civil, define como “*todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones*”.

El concepto transcripto ha sido tomado casi a la letra de Freitas —*Esbozo*, art. 431— con el único agregado del vocablo “obligaciones” que no introduce variación conceptual alguna, puesto que la obligación o derecho creditorio es una especie del género “derecho”.

La noción doctrinaria de hecho jurídico remonta a Savigny para quien es el hecho que produce una adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos. Se advierte una variante de alguna importancia entre el concepto de Savigny y el de Freitas, adoptado por nuestro codificador. En el pensamiento de Savigny el hecho jurídico, para ser tal, tiene ya que haber producido una consecuencia de derecho. En cambio, en el sistema de Freitas y del Código argentino, basta que exista la posibilidad de que un acontecimiento produzca un cierto efecto jurídico para que el ordenamiento legal pueda considerarlo como hecho jurídico a fin de someterlo a su imperio. Para que el derecho pueda prevenir o evitar cierto efecto jurídico inconveniente, es suficiente que exista un hecho que por esto será hecho jurídico con aptitud bastante para crear ese riesgo sin que sea menester esperar a la efectiva realización de la consecuencia, para recién entonces reputar el hecho antecedente como hecho jurídico, y encarar la reparación del nocivo efecto ocurrido. El legislador, con buen criterio, ha preferido seguir lo que Henoch Aguiar denomina una política de justicia preventiva³, que es ventajosa para la protección del hombre, cuyas prerrogativas jurídicas pueden resultar amenazadas por la ocurrencia de consecuencias futuras provenientes de hechos actuales. Desde que exista el hecho portador de ese peligro será posible considerarlo como hecho jurídico y prevenir las malas consecuencias futuras que puedan ocurrir.

En suma, el hecho jurídico se caracteriza por poseer la virtualidad de producir una consecuencia de derecho, aunque aun esa consecuencia no haya ocurrido, o pueda resultar frustrada.

La noción legal puntualiza que la consecuencia podrá consistir en una “adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones”.

A este respecto enseña De Ruggiero que los derechos, como cualesquiera otras entidades existentes, tienen su vida y recorren un ciclo que se resumen en tres momentos: nacimiento (o adquisición), modificación y extinción⁴.

³ Aguiar, Henoch D., *La voluntad jurídica*, ps. 15 a 17.

⁴ De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, § 32, p. 235.

1361.— *a)* La *adquisición* tiene lugar cuando se une un derecho al sujeto que resulta así su titular, entendiéndose por título de adquisición el hecho al cual la ley asigna fuerza bastante para causar la adquisición.

Hay dos clases de adquisición: originaria y derivada. Es *originaria* cuando el derecho que se une al sujeto surge en él directamente y de un modo autónomo, independientemente de toda otra relación jurídica, por ej., la apropiación de una cosa sin dueño (art. 2525, Cód. Civ.). Es *derivada* cuando el derecho procede de una relación jurídica preexistente, de la cual proviene la prerrogativa del nuevo titular, ya sea que se transmita de uno a otro sujeto —adquisición derivada traslativa—, ya que sobre el derecho preexistente se constituya a favor del adquirente alguna parte de las prerrogativas que antes permanecían incluidas en el conjunto de atribuciones del primitivo titular, v.gr., servidumbre, prenda, usufructo —adquisición derivada constitutiva—.

Entre ambas clases de adquisición se advierte una importante diferencia. En la adquisición *originaria*, la ausencia de una relación jurídica preexistente hace al derecho independiente y autónomo, de manera que debe ser apreciado en su eficacia y contenido exclusivamente de acuerdo al hecho que lo ha producido. De otro modo ocurre en la adquisición derivada, que supone un derecho preexistente, por lo que la eficacia y contenido del hecho del actual titular está condicionada, en principio, por la eficacia y contenido de dicho derecho preexistente: es que es el mismo derecho anterior que pasa al nuevo titular, con todos los vicios y las ventajas inherentes a la primitiva relación jurídica “—*Nemo plus juris ad allium transferre potest quam ipse habet*—”⁵.

Pero adviértase, desde ya, que este principio, por motivos de equidad y de utilidad social, sufre importantes excepciones; así en los supuestos de fraude en perjuicio de los acreedores (véase *infra*, n° 1852), de simulación (véase *infra*, núms. 1831 y ss.), de enajenaciones efectuadas por el heredero aparente, y en general en el régimen de los actos inválidos (véase *infra*, núms. 2035 y ss.), la ley expurga a los adquirentes onerosos de buena fe de los vicios que infectaban el título de su autor, a fin de consolidar la adquisición de los respectivos derechos.

1362.— *b)* A los conceptos de nacimiento y de adquisición de derechos que se acaban de examinar, se oponen los de *extinción* y *pérdida*. *Extinción* es la destrucción o consunción de un derecho que deja de existir para el titular sin que comience a existir para alguna otra persona, v.gr., destrucción de una cosa, agotamiento de una prerrogativa jurídica. *Pérdida* es la separación del derecho de su actual titular, que no impide una ulterior adquisición a favor de otra persona, sea por un modo originario, como ocurre en la ocupación de una cosa abandonada, o por un modo derivado, v.gr., la transferencia del dominio sobre una cosa.

⁵ Ulpiano, en el *Digesto*, Libro 50, tít. 17, ley 54.

1363.— c) Entre ambos extremos del nacimiento y de la muerte de un derecho se desenvuelve su existencia con toda suerte de vicisitudes: son los cambios, alteraciones, incrementos que inciden sobre el derecho, todo lo cual entra, como dice De Ruggiero ⁶, en el concepto de *modificación* del derecho, tan variable en sus múltiples especies, que es imposible pretender hacer una adecuada clasificación de ellas. Más aún, la modificación del derecho configura una noción tan fluida, que llega hasta abrazar los conceptos de adquisición y pérdida cuando ambos fenómenos se corresponden por haber adquirido alguien el derecho que ha perdido otra persona.

Sin que se pretenda mencionar todas las alteraciones de que es pasible un derecho, será útil expresar que las modificaciones pueden referirse ya al sujeto, ya al objeto. *Modificación subjetiva* es todo cambio que el derecho experimenta en la persona de su titular, que puede consistir en la sustitución de una persona por otra, o en la agregación de nuevas personas que entran a participar en el goce del derecho con el titular primitivo, v.gr., enajenación de cuotas del dominio sobre una cosa. Las *modificaciones objetivas* se refieren al contenido del derecho, y pueden a su vez dividirse en *cuantitativas* y *cualitativas*. Las *modificaciones cuantitativas* ocurren cuando el objeto se incrementa —es el caso de edificación en terreno ajeno— o disminuye, como, por ejemplo, en la remisión parcial de la deuda. En las *modificaciones cualitativas* no es la extensión del objeto lo que cambia, sino su naturaleza o identidad. Esto se da especialmente en la subrogación real en virtud de la cual una cosa o prestación queda sustituida por otra, v.gr., el derecho del ausente reaparecido a los bienes adquiridos con el producido de los que eran de su propiedad (conf. art. 32, ley 14.394).

1364. CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS. ACTOS.— La más amplia clasificación de los hechos jurídicos adopta como *principium divisionis* la causa que los produce. Se denominan *hechos humanos* los que provienen del hombre, y *hechos externos* —o hechos naturales o accidentales— aquellos cuya causa es extraña al hombre, v.gr., terremotos, tempestades, fallecimientos por causas naturales, etc.

Como es lógico, son los hechos humanos o actos los que revisten mayor importancia para el Derecho. Se subdividen en voluntarios e involuntarios. Son *voluntarios* los actos realizados con discernimiento, intención y libertad. Si falta alguno de estos elementos el acto es *involuntario*.

Los actos voluntarios, a su turno, se subdividen en lícitos e ilícitos. Son actos *lícitos* los que la ley no prohíbe: quedan comprendidos en una zona amplia e indefinida, en cuya órbita se despliega autonómicamente la libertad humana. Son *ilícitos* los actos reprobados por la ley; cuando causan

⁶ De Ruggiero, R., *op. cit.*, § 23, p. 237.

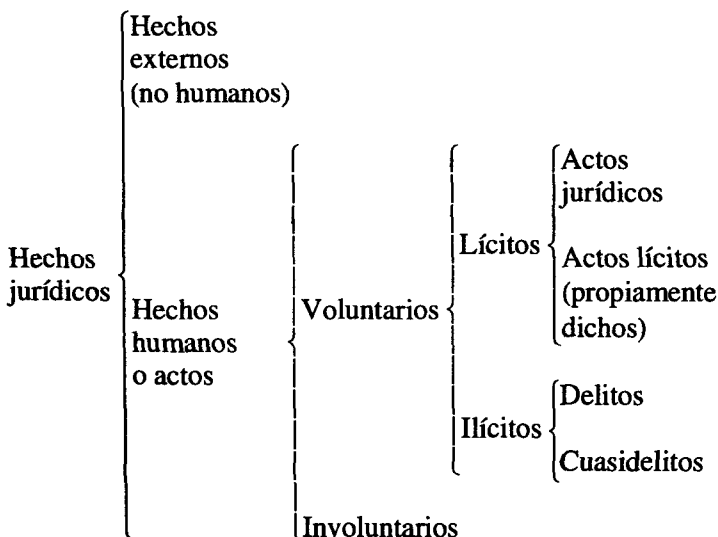
daño, imputable al agente en razón de su culpa o dolo, originan la obligación de indemnizar al damnificado.

Tanto los actos lícitos como los ilícitos admiten nuevas subdivisiones.

Los actos lícitos se dividen según que sus autores tengan o no intención de producir un efecto jurídico, en actos jurídicos y en simples hechos voluntarios lícitos. Los *actos jurídicos* son los actos lícitos realizados con el fin inmediato de producir la adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho —conf. art. 944, Cód. Civ.—, v.gr., el matrimonio. Los actos lícitos que no se ejecutan con ese propósito no tienen una denominación específica, por lo que es dable llamarlos para diferenciarlos de los anteriores, *actos lícitos propiamente dichos*: tales son el cultivo de un campo, la pesca deportiva, etcétera.

Por su parte, los actos ilícitos se subdividen en *delitos* y *cuasidelitos*, según que el autor de ellos haya obrado o no con intención de dañar.

En suma, el cuadro general de clasificación de los hechos jurídicos es el siguiente:



1365. DIFERENCIA ENTRE HECHO JURÍDICO Y ACTO JURÍDICO.— Entre hecho y acto jurídico existe la diferencia que hay entre el género y la especie. Todo acto jurídico (especie) es también hecho jurídico (género), pero a la inversa no todo hecho jurídico es acto jurídico, v.gr., la edificación que se haga en suelo ajeno, es un

hecho jurídico contemplado en los arts. 2587 a 2591 del Código Civil y no es un acto jurídico porque no reúne los caracteres del art. 944 del mismo Código. En efecto, o el edificante sabe que el suelo es ajeno y entonces falla el carácter lícito del acto, o no lo sabe y entonces carece de la intención de provocar una creación, modificación, transferencia o extinción de derechos.

Independientemente de esta correlación, Bonnecase suele usar el concepto de “hecho jurídico” en oposición al de “acto jurídico”, para aludir a “un acontecimiento puramente material tal como el nacimiento o la filiación, o acciones más o menos voluntarias, que fundadas en una regla de Derecho, generan situaciones o efectos jurídicos, aun cuando el sujeto de ese acontecimiento o de esas acciones no haya tenido, ni podido tener, el deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho”⁷. Desde este punto de vista el “hecho jurídico” se caracterizaría por la ausencia del propósito de causar el efecto jurídico que produce.

§ 2. Teoría general de los actos voluntarios. Condiciones internas: enumeración y concepto. Condiciones externas: diversas formas de manifestaciones de voluntad. Examen de las teorías que hacen prevalecer unas u otras.

1366. CUESTIÓN A ESTUDIAR.— La teoría general de los actos voluntarios es estudiada en el presente párrafo, a través de tres cuestiones conexas. En primer lugar se analizan los elementos internos de la voluntad a la luz de las normas jurídicas, a fin de establecer cuándo un acto humano debe reputarse voluntario o involuntario. En segundo término se describen las formas de exteriorización de la voluntad. Finalmente se examinan las doctrinas que toman en cuenta los elementos internos o externos de la voluntad para fijar conforme al predominio de unos u otros el efectivo alcance del acto voluntario.

A) CONDICIONES INTERNAS

1367. ENUMERACIÓN Y CONCEPTO.— Según el art. 897 del Código Civil, “*los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad*”. De donde resulta que los ingredientes internos de la voluntad, a cuyo estudio nos aplicaremos en seguida, son el discernimiento, la intención y la libertad. La ausencia de cualquiera de esos requisitos hace al acto involuntario.

⁷ Bonnecase, J., *Elementos de Derecho Civil*, México, 1945, t. I, n° 186, p. 233.

1368. *a) DISCERNIMIENTO.*— El discernimiento consiste en la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas. El discernimiento es la versión jurídica de esa potencia del alma humana que los filósofos denominan “entendimiento” o “inteligencia”.

Para Freitas el discernimiento es la facultad de conocer, en general. Es la luz constante de la voluntad que constituye la regla general de nuestra existencia en la plenitud de su desenvolvimiento ^{7 bis}.

Según Aguiar es un estado de conciencia determinado por el desarrollo intelectual del individuo, que invistiéndolo de la facultad de conocer, en general, lo coloca en condición de formar un juicio por cuyo medio percibe y declara la diferencia que existe entre varias cosas; y aprecia los actos propios y ajenos y sus consecuencias.

Desde que el hombre es un ser racional, a partir del despuntar de la razón ya aparece en él un principio de discernimiento, que requerirá para la generalidad de las acciones un cierto desarrollo intelectual, a fin de que el sujeto adquiriera un grado de madurez aceptable. Por otra parte, aun cuando la aptitud de discernir existe en forma genérica en los seres humanos, ya que es la nota característica de la especie, se dan casos en que falta en el sujeto el señorío de sus facultades mentales, ya por un trastorno orgánico de ellas, ya como consecuencia de cualquier accidente.

En suma, las *causas obstativas* del discernimiento son dos: la *inmadurez* mental del sujeto, y la *insanidad* mental del mismo, que a su vez puede provenir de un factor orgánico o accidental.

1369. PRIMERA CAUSA OBSTATIVA DEL DISCERNIMIENTO: LA INMADUREZ.— El hombre, hasta haber cumplido cierta edad, variable en función de factores étnicos, geográficos y culturales, no adquiere una suficiente madurez intelectual que lo habilite para el conocimiento general de las cosas y para apreciar el alcance de sus acciones. En realidad cada hombre, conforme al desarrollo más o menos rápido de su inteligencia y a otras circunstancias —medio físico, cultural, etc.—, alcanza a tal o cual edad ese dominio de sí mismo que constituye el fundamento de la imputabilidad de sus acciones, y consiguientemente de su responsabilidad.

¿Pero a partir de qué momento se entiende que el hombre ha salido de la infancia y está dotado de discernimiento?

^{7 bis} Freitas, *op. cit.*, t. I, ps. 237 y 239.

1370.— Acerca de este punto la *legislación comparada* nos muestra el funcionamiento de dos sistemas diversos: el sistema rígido y el sistema flexible.

Las legislaciones que adoptan el *sistema rígido* fijan una edad a partir de la cual presumen, sin admitir prueba en contrario, que el sujeto ha obrado con discernimiento.

Otras legislaciones siguen, en cambio, lo que llamamos el *sistema flexible*, pues sin fijar una edad determinada, reputan el discernimiento siempre presente en el agente, pero autorizan el examen judicial de cada caso para comprobar si el sujeto, en razón de su escasa edad, no ha podido advertir el alcance del acto realizado.

Uno y otro sistema presentan sus ventajas y sus inconvenientes. El sistema flexible, adoptado por los códigos francés y suizo y por el nuevo Código italiano, permite lograr una solución más ajustada a la situación real del sujeto, pero es más inseguro, pues abre la posibilidad de la discusión judicial ulterior y suscita gran incertidumbre sobre la responsabilidad de los menores. En cambio, el sistema rígido es mucho más simple, pues para apreciar si concurre el discernimiento en el agente le basta comparar su edad con la que fija taxativamente la ley. Sólo tiene el inconveniente de sacrificar los casos particulares en que el sujeto, por rusticidad, desarrollo tardío de su inteligencia u otra circunstancia, no ha logrado un efectivo discernimiento en relación a la índole del acto cumplido.

Nuestro Código, inspirado en el *Esbozo* de Freitas, sigue el *sistema rígido*, también adoptado por los códigos alemán y brasileño entre las modernas codificaciones y antiguamente por el Derecho Romano.

1371.— El Derecho Romano de la época clásica establecía tres categorías de personas de acuerdo al discernimiento que se podía presumir en ellas, y que correspondían a tres etapas de la vida del hombre.

La primera etapa romana se extendía desde el nacimiento hasta la edad de siete años, y daba origen a la categoría de los *infantes*, que eran aquellos que no podían hablar —*qui fari non possunt*— en razón de su insuficiente desarrollo intelectual, a diferencia del *mutus*, que estaba impedido para hacerlo por un defecto orgánico. El *infans* era reputado carente de discernimiento para cualquier clase de actos, ya fueren lícitos o ilícitos, ventajosos o desfavorables para el agente.

La segunda etapa romana duraba desde los siete años, edad en que se fijaba el despuntar de la razón, hasta la pubertad, que para los varones llegaba a los catorce años y para las mujeres a los doce. Durante ese período ya se suponía en el agente una cierta dosis de discernimiento, que permitía conferirle capacidad para realizar actos lícitos que le resultasen provechosos. Con relación a los actos ilícitos el derecho romano introducía una subcategoría que comenzaba a los diez años y medio, o sea en la mitad del período que separaba la infancia de la pubertad: quien había alcanzado la edad de diez años y medio, denominado *pubertati proximus*, ya que se reputaba dotado de discernimiento para los actos ilícitos, y consiguientemente era responsable de los daños que causaba.

La tercera etapa, que comenzaba después de la pubertad, se caracterizaba por la presunción de discernimiento para toda clase de actos.

En suma, las categorías de menores en función de su presunto discernimiento eran para el Derecho Romano clásico las siguientes:

- | | |
|---|--|
| 1º) <i>Infantes</i>
(hasta 7 años) | { carentes de todo
discernimiento |
| 2º) <i>Infantiae proximi</i>
(de 7 a 10 años y medio) | { discernimiento sólo para los
actos lícitos ventajosos |
| 3º) <i>Pubertati proximi</i>
(10 años y medio a 14 ó 12) | { discernimiento también para
los actos ilícitos |
| 4º) <i>Púberes</i>
(más de 14 ó 12 años) | { discernimiento para toda
clase de actos |

1372. SISTEMA DE FREITAS.— En la redacción de su *Esbozo*, Freitas tiene muy en cuenta este cuadro general del discernimiento elaborado por el Derecho Romano clásico, pero lo simplifica fundiendo en una sola las segunda y tercera categorías (*infantiae* y *pubertati proximi*). Para Freitas, se carece de todo discernimiento hasta los siete años. A partir de esa edad se considera efectuados con discernimiento los actos ilícitos (art. 449, inc. 1º, del *Esbozo*). Finalmente, desde los catorce años el sujeto se reputa dotado de discernimiento, sin distinción de actos.

1373. SISTEMA DE NUESTRO CÓDIGO.— Según el art. 921, primera parte del Código Civil, “los actos serán reputados hechos sin discernimiento si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años...”.

Como se advierte, Vélez Sarsfield ha adoptado las mismas categorías de Freitas con la sola diferencia de la edad separativa de las dos primeras categorías, que queda fijada en los diez años. Por tanto hasta esa edad falta el discernimiento para toda clase de actos. A partir de los diez años se reputa existente el discernimiento con relación a los actos ilícitos, admitiéndose la idea enteramente lógica de que el ser humano capta antes la noción de lo bueno y lo malo, que la apreciación de lo que para él puede ser conveniente o inconveniente. Finalmente, la ley estima que a partir de los catorce años ya el agente tiene pleno discernimiento, aun tratándose de actos lícitos.

1374.— Una última cuestión debe quedar resuelta en la inteligencia de la disposición examinada, que conforme a la fórmula de su redacción sienta presunciones legales de carencia de discernimiento. Pero ¿se trata de presunciones *juris tantum* o *juris et de jure*?

Debe entenderse que las presunciones del art. 921 no admiten prueba en contrario. Establecida, entonces, la edad del agente, queda también averiguado si tenía o no discernimiento con relación al acto realizado y en razón de su madurez mental sin que se pueda intentar demostrar que el sujeto poseía concretamente un desarrollo intelectual suficiente para comprender el alcance de sus acciones no obstante su escasa edad o, a la inversa, que carecía de ese conocimiento pese a haber alcanzado las edades mínimas fijadas por el art. 921 del Código Civil.

Para llegar a esta comprensión del régimen legal basta tener en cuenta dos consideraciones. Por lo pronto de poco valdría la adopción de topes fijos de edad para determinar la presencia o ausencia de discernimiento si se pudiera argumentar en contra de esos topes con la efectiva situación concreta del agente, lo que equivaldría a eliminar esa seguridad propia del sistema rígido que ha seguido nuestro Código. En segundo lugar, y esto nos resulta decisivo, porque el art. 909 del Código previene que *“para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada”*. Lo cual significa que la ley no admite la referencia concreta a la situación del agente para calificar su actividad como involuntaria, independientemente de las dos causales aceptadas, a saber, la privación de la razón por factores orgánicos o accidentales, y la insuficiencia del desarrollo mental que funciona exclusivamente conforme al criterio de las edades fijas establecidas en el art. 921 del Código.

1375. SEGUNDA CAUSA OBSTATIVA DEL DISCERNIMIENTO: LA INSANIDAD.— La segunda causa obstativa del discernimiento es la insanidad del agente, o sea su falta de salud mental, a la que debe asimilarse la privación de la razón que deriva no de una causa orgánica sino accidental, como puede ser la intoxicación, el traumatismo, la embriaguez, la hipnosis, etc. Ambos supuestos —insania y privación accidental de la razón— están contemplados en el art. 921 del Código, cuyas 2ª y 3ª partes rezan así: *“Los actos serán reputados hechos sin discernimiento...; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón”*.

Con relación a la segunda parte del precepto mencionado, dos son las cuestiones que corresponde dilucidar, a saber: I) si la ley se refiere a toda clase de insanos o sólo a aquellos que han sido declarados judicialmente dementes; II) si sólo se refiere a los actos lícitos, o a los ilícitos, o a unos y otros.

1376.— I) Acerca de la *primera cuestión* se han suscitado algunas divergencias. Machado, entre los primeros comentaristas del Código, y Aguiar entre los modernos autores, opinan que el precepto legal sólo se refiere a los insanos de hecho, sin comprender en la disposición a los dementes declarados, pues entienden que siendo éstos incapaces de hecho con incapacidad absoluta, según el art. 54 del Código, no pueden tener legalmente intervalos de lucidez; y aun cuando los tuvieran, carecerían de relevancia para calificar la actividad obrada por el incapaz durante ellos.

Esta apreciación, que consideramos equivocada, confunde discernimiento con capacidad. Sin duda los dementes declarados son incapaces, y mantienen su situación de incapacidad aun durante los intervalos de lucidez, de manera que los actos jurídicos celebrados por ellos en esos períodos no dejarán de ser nulos por el hecho de haber sido efectuados con una mente lúcida. La sanción de nulidad deriva en tales casos de la falta de capacidad, como bien lo dejan ver los arts. 1040 y 1041 del Código por lo que en nada afectan a dicha sanción otras circunstancias ajenas como puede ser la existencia de discernimiento en el agente.

Pero lo que no se ha visto bien es que el art. 921 para nada alude a la capacidad del sujeto, sino a su discernimiento. Y si de esto se trata, es claro que hay que atender a la efectiva situación mental del agente en el momento de obrar, independientemente de que haya sido declarado incapaz o no. Por esto ha de concluirse que los dementes mentados por el art. 921 son todas las personas que padezcan enajenación mental, sea que hayan sido o no declaradas incapaces, explicándose así que el art. 1070 declare voluntarios los actos ilícitos practicados por dementes declarados incapaces, durante intervalos de lucidez⁸.

Finalmente, como argumento corroborante de la comprensión del art. 921, que se ha desarrollado, cabe citar la fuente de esa disposición, que es el art. 449 del *Esbozo*, donde Freitas aclara que se refiere “a los dementes en general”, sin duda para dejar bien establecido que el precepto abarca tanto a los dementes declarados como a los no declarados.

1377.— II) La *segunda cuestión* a resolver se vincula con la clase de actos previstos por la disposición legal. ¿Son los actos lícitos, o los actos ilícitos? ¿O unos y otros?

Segovia entiende que el artículo sólo contempla a los actos lícitos, pues de los ilícitos se ocupa el ya citado art. 1070.

Llerena, en cambio, sostiene que el precepto incluye tanto a los actos lícitos como a los ilícitos, opinión que estimamos verdadera, pues nada hay en la ley que permita reducir el ámbito de la disposición a sólo una clase de actos. Todavía podría agregarse que, tratándose de caracterizar lo voluntario de la actividad humana, mal puede aludirse a lo lícito o ilícito de esa actividad para introducir una variante

⁸ En sentido concordante con la doctrina sostenida en el texto se han expedido Salvat, Etcheverry Boneo, Orgaz y Spota.

en aquella noción, que exactamente constituye un presupuesto indispensable de la distinción ulterior de actos lícitos e ilícitos: unos y otros son, por lo pronto, actos voluntarios.

1378.— Según ya se ha visto, la falta de razón en el gente puede responder a una causa orgánica, v.gr., enfermedad mental o lesión cerebral congénita, etc., o puede provenir de una causa externa, v.gr., la intoxicación, el traumatismo, la hipnosis, la ebriedad, etc.

En principio, la situación del agente es siempre la misma en todos esos supuestos. Si está privado de razón, cualquiera fuere la causa que lo ha conducido a esa situación, obra en forma inconsciente y por tanto sin discernimiento. Pero la aplicación rigurosa de este principio podría dar lugar a que el sujeto dispuesto a causar un daño a otro, quisiera previamente colocarse en estado de inconsciencia para eludir la subsiguiente responsabilidad por los perjuicios probados en ese estado. Esa consecuencia injusta ha sido eliminada por el codificador con relación a la ebriedad: según el art. 1070 “in fine” del Código Civil, *“no se reputa involuntario... ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que ésta fue involuntaria”*.

Por el juego de esta disposición surge una distinción bien nítida entre los actos de los ebrios, según que ellos sean lícitos o ilícitos. Tratándose de actos lícitos, se reputan involuntarios por haberlos ejecutado el sujeto *“sin uso de razón”* —art. 921 “in fine”—, v.gr., un contrato o el matrimonio que se celebra en esas condiciones, serían anulables de acuerdo al art. 1045, cláusula primera. En cambio si se trata de actos ilícitos, el art. 1070 inspirado en la protección de la sociedad, los declara voluntarios, a menos que el ebrio pueda probar que involuntariamente —es decir sin discernimiento, o sin intención o sin libertad— llegó a este estado ^{8 bis}. Naturalmente el cargo de la prueba de esta causa eximente de responsabilidad pesa sobre el agente que obró bajo el efecto de la embriaguez.

1379. b) INTENCIÓN.— El segundo elemento interno del acto voluntario es la intención del sujeto, que consiste en el propósito de la voluntad en la realización de cada uno de los actos conscientes.

La ausencia de intención se caracteriza por la discordancia entre el fin o propósito del acto y el resultado que éste produce. Cuando hay concordancia entre el fin del acto y el resultado obtenido, entonces el acto es intencionado. Aquí puede usarse una comparación expresiva. La intención del agente es como la flecha que lanza el tirador hacia el blanco y que alcanza su objetivo: la analogía es completa, pues la intención que es el im-

^{8 bis} C.S.N., “J.A.”, t. 56, p. 355; Cám. Civ. 1ª, “G.F.”, t. 94, p. 83. Conf. Spota, A. G., *Tratado*, t. 36, n° 1776, p. 56.

pulso interno que mueve a la voluntad para la consecución de un fin, puede asemejarse a la flecha que es disparada por el arco para alcanzar el blanco.

Cuando existe discordancia entre el propósito del acto y el resultado efectivamente logrado, el acto es inintencionado: es la flecha que no da en el blanco.

Explica Freitas que la intención es el discernimiento aplicado a un acto que se ha deliberado practicar; es la tendencia o dirección de la voluntad esclarecida por el discernimiento en el acto realizado.

Crítica dicho autor la confusión que suele hacerse de la intención con el discernimiento, manifestando que es confundir la facultad de conocer y el hecho del conocimiento en una hipótesis determinada o ejercicio de aquella facultad ^{8 bis 1}.

Borda se hace pasible de esta observación al sostener que los tres elementos internos del acto voluntario pueden reducirse a uno solo: la intención. Para este autor, "si falta el 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 agente ha obrado bajo violencia, lo que significa que la falta de libertad afecta también la intención" ⁹.

Nos parece que para justificar la descripción habitual del acto voluntario, cuyo análisis permite aislar los elementos anímicos que lo integran, basta considerar que pueden darse actos obrados con discernimiento pero sin intención, como ocurre con el acto viciado por dolo, en que el agente tiene discernimiento pero carece de intención con relación al acto efectivamente realizado.

1380.— En suma, es dable consignar las siguientes diferencias entre el discernimiento y la intención:

1º) Por lo pronto son estados de conciencia de presentación sucesiva en orden al progreso de la aplicación de las facultades intelectuales. La intención supone el discernimiento, pues no se puede tener el propósito de realizar un acto determinado si previamente no se posee la aptitud de conocer, en general, cualquier acto. De ahí que la exclusión del discernimiento excluya también la intención, pero a la inversa la exclusión de la intención no trae aparejada la eliminación del discernimiento, como antes se ha visto.

2º) En segundo término el discernimiento es una facultad genérica del espíritu, en tanto que la intención se vincula a cada acto determinado, de manera que la ausencia de intención en un cierto acto no configura una ineptitud general del sujeto para toda clase de situaciones.

^{8 bis 1} Freitas, *op. cit.*, p. 241.

⁹ Borda, G. A., *Derecho Civil, Parte General*, t. II, n° 816, p. 63.

3º) En tercer lugar, la carencia de discernimiento excluye la imputación al agente de cualquier acto y sus consecuencias. En cambio la ausencia de intención sólo excluye la imputación del acto en el cual incide la falta de intención, y de sus consecuencias.

4º) Finalmente, siendo el discernimiento una potencia del ser —aptitud genérica de conocer— no es susceptible de una calificación moral. En cambio, consistiendo la intención en el ejercicio del discernimiento en la realización de un acto concreto determinado, admite una calificación moral, que reviste singular trascendencia en el derecho. La buena intención, o recta intención, configura en todos sus matices la noción jurídica tan importante de *buena fe*. La mala intención constituye la característica de los delitos civiles, que es una de las dos categorías en que se dividen los actos ilícitos, como se verá más adelante (véase *infra*, nº 1433).

1381. CAUSAS OBSTATIVAS DE LA INTENCIÓN.— Las causas obstativas de la intencionalidad del acto son dos: 1ª) el error o ignorancia; 2ª) el dolo.

1382.— En el primer caso se produce, por una contingencia no imputable a persona alguna determinada un desencuentro o discordancia entre el fin o propósito del acto y el resultado del mismo: es lo que ocurre cuando alguien quiere comprar un inmueble, pero a causa de un equívoco resulta alquilándolo; o quiere comprar una casa en Mar del Plata y resulta comprándola en Córdoba; o quiere comprar dos bolsas de papas y resulta adquiriendo doce bolsas; o cree que su hijo ha muerto y por eso lega sus bienes a un extraño, etc.

Al supuesto de error se refiere expresamente el codificador en el art. 922, según el cual “*los actos serán reputados practicados sin intención cuando fueren hechos por ignorancia o error...*”.

1383.— Pero no es el error la única causa obstativa de la intención. Pues puede ocurrir que se dé aquella discordancia entre el propósito y el resultado del acto, que es o característico de la inintencionalidad, pero que aparezca la voluntad de alguien induciendo la realización del acto en tales condiciones. Ya no podrá hablarse de error, que supone una conjunción fortuita de circunstancias que han mostrado las cosas al agente, como en realidad no son, sino que saliendo de esa zona se habrá entrado en la de un error provocado a designio, instigado o inducido por alguien mediante una maniobra engañosa. Esto es lo que se llama dolo (conf. art. 931, Cód. Civ.), por lo que debe admitirse que la segunda causa que obsta a la intencionalidad del acto es el dolo.

1384.— Junto al error, indica el codificador como factor excluyente de la intención a la fuerza o intimidación (conf. art. 922, Cód. Civ.). No puede dejar de verse en esa comprensión una inconsecuencia lógica notoria. Pues si se ha comenzado por computar a la libertad como un ingrediente de la voluntad específicamente diverso de la intención del agente, no es admisible considerar a las fallas de la libertad como fallas de intención.

Por esto nosotros no consideramos a la fuerza e intimidación como causas obstativas de la intención.

1385. PRUEBA DE LA INTENCIÓN.— Los actos humanos se presumen efectuados con intención. Ciertamente la actividad humana se suscita en vista de fines diversos, ya de ordinario el agente acierta con los medios adecuados para alcanzar esos fines pues ello es conforme con su naturaleza racional. Pero excepcionalmente puede haberse producido un equívoco que lleve al sujeto a realizar el acto *A* creyendo efectuar el acto *B*. O también puede haber ocurrido que alguien haya provocado dolosamente el equívoco para determinar al agente a obrar como lo ha hecho. En ambos supuestos excepcionales —error y dolo— se habrán consumado actos carentes de intención efectiva, puesto que el agente entendía realizar actos diferentes de los que en verdad ha efectuado.

La intención en el obrar humano se presume hasta la prueba en contrario —*juris tantum*—. Quien alegue encontrarse en alguno de los supuestos excepcionales mencionados tendrá entonces que desvirtuar aquella presunción, aportando las comprobaciones que permitan configurar todas las circunstancias del error en que se ha incurrido o del dolo que se ha sufrido. Si la víctima del error o del dolo fracasa en la producción de esa prueba, el acto obrado se considerará voluntario.

1386. c) LA LIBERTAD.— El tercer elemento interno de la voluntad consiste en la *espontaneidad* de la determinación del agente. Para Freitas radica la libertad en el imperio de sí, en la posibilidad que tiene efectivamente el agente de elegir entre diversos motivos.

Para Savigny la libertad es la facultad de elección entre muchas determinaciones.

En síntesis, el acto humano será efectuado con libertad cuando no se ejerza sobre el agente coacción externa que excluya la espontaneidad de su determinación. Si por el contrario concurre una causa que elimina la espontaneidad del sujeto, forzándolo a obrar en un cierto sentido, entonces el acto habrá sido realizado sin libertad, y será tratado por la ley como involuntario, con el aditamento de que las consecuencias del acto no serán imputadas a su autor material, sino a su autor moral que sería quien hubiese ejercido la presión exterior para lograr el resultado obtenido. Todavía en las relaciones entre el autor de la violencia y la víctima de ella que ha obrado el acto, la ley somete al primero al deber de resarcir todos los daños y perjuicios que el último ha sufrido (conf. arts. 942, 943 y 1056, Cód. Civ.).

1387. PRUEBA DE LA LIBERTAD.— El régimen probatorio relativo a la libertad es semejante al de los otros dos requisitos internos de la voluntad, antes estudiados. Los actos humanos se reputan libres, pues ello es lo que acontece generalmente. La situación excepcional consiste en la carencia de libertad en el agente, debe ser probada demostrándose la existencia de la causa externa que ha presionado la voluntad del sujeto a punto tal de llegar a excluir la espontaneidad de su determinación.

Pero adviértase que no se trata de exhibir la presencia de cualquier factor exterior que pueda contrariar el íntimo querer del agente. Es menester recordar que la libertad absoluta no existe, y que siempre la actividad humana está condicionada por un cúmulo de factores que restan posibilidades de opción al sujeto, de tal manera que su acción resulta, en cierto modo, el efecto no sólo de su impulso personal sino también de esos factores exteriores. Con todo, las acciones humanas que es dable estimar libres reconocen en ese impulso personal del agente la causa inmediata y desencadenante que las conduce. Por ello para que pueda admitirse la falta de libertad en el sujeto de la actividad, será indispensable probar que el impulso personal del agente ha sido sustituido por una voluntad extraña a un conjunto de circunstancias externas que se han erigido en causa principal de la acción consecuente, y han eliminado enteramente la espontaneidad en la decisión de aquél.

1388. RESTRICCIÓN LEGÍTIMA DE LA LIBERTAD.— Hasta ahora nos hemos ocupado de caracterizar los actos obrados por el sujeto carente de libertad.

Es menester no confundir aquella situación con la que deriva de la lícita restricción de la libertad ajena, que debe ser apreciada conforme a módulos diversos de los expresados en el número precedente.

Nuestro Código consigna *tres supuestos* diferentes de restricción legítima de la libertad, en todos los cuales se concede derecho al autor de la violencia para presionar la voluntad del agente, a fin de determinar su conducta en el sentido adecuado.

1389.— Por lo pronto el art. 912 establece que “*quien por la ley o por comisión del Estado tiene el derecho de dirigir las acciones de otro, puede impedirle por la fuerza que se dañe a sí mismo*”.

Para que el ejercicio de la violencia prevista por este precepto legal resulte legítima, ha de reunir dos condiciones. La primera se refiere a la calidad que debe investir el autor de la violencia; la segunda precisa el fin exclusivo que la justifica.

En cuanto a la primera condición, el autor de la violencia legítima ha de tener el derecho de *dirigir las acciones del coaccionado*, ya por la autoridad de la ley, v.gr., el padre o madre respecto del hijo sujeto a la patria potestad, el tutor legítimo respecto del pupilo (art. 390, Cód. Civ.); ya por comisión del Estado, como ocurre en el caso del tutor dativo respecto del pupilo (art. 392, Cód. Civ.), o de las auto-

ridades de reformatorios u orfanatos respecto de los asilados en los respectivos establecimientos (art. 8º, ley 10.903).

La segunda condición pone un dique preciso al ejercicio de la violencia legítima, al señalar que ella sólo podrá usarse para impedir que el coaccionado se dañe a sí mismo. Si se persiguiese otro objetivo, aunque fuere bueno, la violencia dejará de ser legítima, puesto que la ley la considera un remedio heroico, al que no es dable recurrir sino en casos extremos como es el atentado contra sí mismo.

1390.— El segundo supuesto de restricción legítima de la libertad ajena tiene lugar cuando, mediante convención, alguien compromete algún aspecto de su actividad poniéndola al servicio de otro, como ocurre en la locación de servicios o alguna otra modalidad contractual vinculada a esa figura jurídica, v.gr., el contrato de trabajo.

En previsión de ese supuesto, dice el art. 910 del Código que *“nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa; o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto”*, es decir, sin haber mediado una convención.

Pero es preciso hacer notar que, contrariamente a la hipótesis precedente, en ésta no es aceptable el recurso directo a la fuerza para hacer prevalecer la restricción de la libertad ajena, por lo que sólo quedará abierta, ante la resistencia del subordinado, la vía judicial, que no podrá hacer violencia contra su persona (conf. art. 629, Cód. Civ.).

1391.— Finalmente, el tercer caso de restricción legítima de la libertad está contemplado en el art. 911 del Código, según el cual: *“Nadie puede obligar a otro a abstenerse de un hecho, porque éste pueda ser perjudicial al que lo ejecuta, sino en el caso en que una persona obre contra el deber prescripto por las leyes y no pueda tener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas”*.

En la situación de que se trata se autoriza el uso de la fuerza para impedir la realización de un acto, con tal de que concurran los siguientes extremos: 1º) que el acto que se intente realizar sea ilícito, es decir, reprobado por la ley; 2º) que no haya tiempo para hacer intervenir eficazmente a la autoridad. Es un supuesto excepcional, enteramente justificado, de aplicación de la justicia privada.

B) CONDICIONES EXTERNAS: DIVERSAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

1392.— Las condiciones internas de la voluntad son por sí solas insuficientes para conformar el acto voluntario, que requiere la traducción al mundo exterior del estado de conciencia del sujeto, mediante un hecho perceptible: tal es la manifestación de la voluntad.

Esta necesidad de la exteriorización de la voluntad para que surja de la intimidad del agente el acto voluntario, está consignada en el art. 913 del

Código Civil, según el cual, “ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste”.

En seguida se advierte la extrema obviedad de esta fórmula carente de significación normativa. Bibiloni elimina de su Anteproyecto aquel artículo “porque los hechos voluntarios son acontecimientos realizados, y es por consiguiente de su esencia que haya un acto exterior por el cual la voluntad se manifieste... los hechos voluntarios no son propósitos, sino realidades ejecutadas”¹⁰.

Las *diversas formas de manifestación de la voluntad* están enunciadas en el art. 915 del Código Civil, que reza así: “La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley”.

Pasamos a considerar las categorías indicadas.

1393. a) DECLARACIÓN FORMAL Y NO FORMAL.— El codificador entiende por declaración *formal* de voluntad “aquella cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad” (art. 916, Cód. Civ.). De manera que con relación a esta categoría de declaraciones su efecto está subordinado al cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley.

Por el contrario, la eficacia de las declaraciones *no formales* es independiente del modo de expresión escogido por las partes, que conservan la libertad de elegir la forma del acto que ellas juzgan más adecuada para traducir su voluntad.

La exigencia legal de una precisa forma de declaración de la voluntad para ciertos actos jurídicos da lugar a la importante clasificación de éstos en *formales* y *no formales*, la que será estudiada en el n° 1577.

1394. b) DECLARACIÓN EXPRESA Y TÁCITA.— Por declaración *expresa* ha de entenderse la manifestación de la voluntad de las partes realizada con la intención de exteriorizar dicha voluntad.

La declaración *tácita* de la voluntad, “resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria” (art. 918, Cód. Civ.).

La manifestación tácita de la voluntad es el resultado de la conexión de diversos actos cumplidos por el sujeto que por su trabazón lógica, muestran la existencia de una determinada voluntad en el agente, con independencia de la intención de exteriorizarla que éste haya tenido. El ejemplo típico de esta clase de declaración es el silencio, cuyo estudio realizamos en el número 1396.

¹⁰ Bibiloni, J. A., *Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino*, ed. Abeledo, 1929, t. I, p. 99.

La manifestación expresa de la voluntad se exterioriza “*verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos*” (art. 917, Cód. Civ.).

Los tres modos de manifestación expresa de la voluntad tienen un valor muy diferente. El más importante es desde luego la expresión escrita que aventaja en mucho a la expresión verbal por la seguridad que brinda al negocio, cuando luego se discute el alcance de éste. Ya un antiguo adagio romano decía *verba volant, scripta manent* —las palabras vuelan, los escritos quedan—, máxima que sintetiza las ventajas que ofrece la expresión escrita sobre la verbal. Aun cuando ésta pueda ser más dócil para traducir la efectiva voluntad de las partes, tiene el grave inconveniente de quedar librada en la comprobación ulterior que se haga de ella a la utilización de medios imperfectos, como son los testigos, etc. Por ello la ley ha desestimado la prueba testimonial y exigido la documental, para acreditar la existencia y alcance de los negocios jurídicos que tienen cierta importancia pecuniaria (conf. art. 1193, Cód. Civ.).

La tercera manera por la cual se puede exteriorizar positivamente la voluntad consiste en la expresión *por signos inequívocos con referencia a determinados objetos*, que tiene en el derecho una aplicación muy limitada. En efecto, sólo tiene lugar en los contratos de la vida corriente, de escaso monto pecuniario, v.gr., compra de alimentos y mercaderías de escaso valor.

1395. c) DECLARACIÓN PRESUMIDA POR LA LEY.— Esta manifestación de voluntad es una subespecie de la manifestación tácita, con la particularidad de que es la ley —y no la lógica del hombre— la que deduce de la conducta cumplida por las partes, la existencia de una determinada voluntad.

En suma, la declaración presumida por la ley es una manifestación tácita de la voluntad, dosificada o caracterizada por la ley, como puede verificarse en los siguientes ejemplos: 1º) Según el art. 878 si el deudor posee el documento donde consta su obligación, se presupone que el acreedor se o ha entregado voluntariamente. Se trata de una presunción legal *juris tantum* que sólo podrá caer con la prueba en contrario que rinda el acreedor. 2º) Conforme al art. 1622 del Código Civil, la continuación en el uso de la cosa locada después del plazo convenido, no importa la renovación del contrato por otro período contractual similar al anterior. 3º) La renuncia a la acción civil proveniente de un acto ilícito, importa renuncia a la acción criminal originada en el mismo hecho (conf. art. 1097).

1396. EL SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN TÁCITA DE LA VOLUNTAD.— Contrariamente a lo expresado en el dicho vulgar, según el cual “quien calla otorga”, el silencio no constituye una manifestación de voluntad sino en los *supuestos excepcionales* previstos por la ley.

El codificador ha sentado esta regla y consignado las excepciones apropiadas en el art. 919 del Código que está así redactado: “*El silencio*

opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

La disposición transcrita deja bien en claro que el silencio, en principio, no puede entenderse como un asentimiento del sujeto silente a un acto o interrogatorio precedente. Pero a renglón seguido, a fin de mostrar todo el cuadro completo, consigna la ley las excepciones a esa regla, en cuyos casos el silencio vale como una manifestación de voluntad concordante con la situación anterior.

Así ocurre:

1º) *Cuando hay obligación legal de explicarse*, v.gr., si se imputa a alguien la firma de un documento, el silencio del firmante importa reconocimiento de la firma (conf. arts. 919, inc. 1º, y 1031).

2º) *Cuando hay obligación de explicarse proveniente de las relaciones de familia*. Ejemplos: a) La simple denuncia que haga el marido del hijo habido por su mujer dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio importa admisión de la paternidad (art. 253; ver ahora art. 260, Cód. Civ.). b) El silencio guardado por el marido ante la denuncia de su embarazo hecha por la mujer divorciada dentro de los treinta días de la separación, importa también admisión de la paternidad (arg. art. 249, Cód. Civ.; esta situación no ha sido contemplada por la ley 23.264).

3º) *Cuando hay una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes*. Si el mero silencio no permite afirmar la existencia de la voluntad del silente en uno u otro sentido, no pasa lo mismo cuando es dable relacionar el silencio actual con la conducta anterior del sujeto. Entonces se da lo que Planiol y Ripert llaman “silencio calificado o circunstanciado”, que autoriza a presumir en el silente una voluntad concordante con sus manifestaciones precedentes. Ejemplo: si ha habido periódicas remisiones de mercaderías a una persona, y se notifica a ésta un cambio de precio con la indicación de que se ha de seguir enviando la mercadería al nuevo precio salvo contraorden, el silencio aquí importa aceptación de la propuesta. Igualmente si el mandatario comunica al mandante la celebración de un acto en exceso de atribuciones, el silencio de éste importa ratificar lo obrado ^{10 bis}.

^{10 bis} Cám. Civ., Sala “B”, “J.A.”, 1953-II, p. 490.

C) BREVE EXAMEN DE LAS TEORÍAS QUE HACEN PREVALECER LAS CONDICIONES INTERNAS O EXTERNAS

1397. PLANTEO DE LA CUESTIÓN.— El análisis del acto voluntario permite descubrir los elementos internos y externos que lo integran. Sin duda todos esos elementos deben concurrir para que el acto voluntario pueda ser considerado en ese carácter. Pero puede suscitarse alguna divergencia entre la voluntad interna del sujeto y la exteriorización de esa voluntad, planteándose entonces la importante cuestión referente al predominio ya del querer íntimo del agente, ya de su manifestación externa, para fijar el alcance y contenido del acto realizado.

Ese conflicto planteado entre la voluntad real del sujeto y su declaración ha sido resuelto por la *doctrina*, a través de dos teorías antagónicas: la teoría clásica de la intención o de la *voluntad real*, y la teoría de la declaración o de la *voluntad declarada*. A su vez el legislador ha optado por una posición transaccional, a la que en cada país se ha llegado partiendo de los puntos de vista extremos y haciendo concesiones a la postura contraria, de manera que existe una gran aproximación entre las soluciones que finalmente se han adoptado.

1398. a) TEORÍA CLÁSICA DE LA INTENCIÓN O DE LA VOLUNTAD REAL.— Esta teoría expuesta en las enseñanzas de Savigny, fue consagrada por el Código Civil francés, y es en Francia donde ha recibido las mejores contribuciones doctrinarias, a punto tal que también es conocida bajo la denominación de *teoría francesa*. Fue especialmente desenvuelta con motivo de la elaboración del concepto de error sobre la sustancia del objeto de los contratos ¹¹.

Según esta teoría, el elemento esencial y definidor del acto voluntario, al que hay que acudir para fijar el alcance de éste, es la intención efectiva del agente siendo la declaración de éste un simple medio de prueba de su voluntad interna ^{11 bis}. Si la ley ha conferido a los particulares la facultad de reglar sus derechos conforme a su arbitrio—art. 1134 del Código francés, similar al art. 1197 del Código argentino—, es lógico concluir que para determinar el alcance de los derechos reglados hay que atenerse a la efectiva y real voluntad de las partes más que a su infiel exteriorización. Pues si se discutiese a la voluntad real el derecho de asignar a un acto su verdadero contenido y se fijase éste arbitrariamente de acuerdo a la expresión incorrecta de aquella voluntad, resultaría vulnerado el principio de la autonomía de

¹¹ Véase la importante aportación de la doctrina francesa a este respecto en el n° 1727.

^{11 bis} Conf. Alsina Aienza, D., *Las críticas al papel esencial de la voluntad en los hechos jurídicos voluntarios*, "J.A.", 1955-IV, secc. doct., p. 69, n° 9.

la voluntad, que con las justas limitaciones impuestas por la ley constituye sin duda el aspecto saliente de la teoría del acto jurídico.

Dentro de esta concepción la noción del acto voluntario queda inexorablemente ligada a la efectiva voluntad del hombre, considerándose una regresión jurídica, que nos remontaría al más crudo formalismo, la determinación del contenido de dicho acto en función de la declaración de una voluntad ficticia.

1399. *b) TEORÍA DE LA DECLARACIÓN O DE LA VOLUNTAD DECLARADA.*— Esta teoría, que ha hecho sentir su influencia en el Código Civil alemán, nació como expresión del intenso movimiento científico desenvuelto en las universidades alemanas durante el siglo XIX, por cuya razón recibe el nombre de *teoría alemana*.

Según ella, el acto voluntario debe ser entendido conforme a la voluntad que surge de la declaración, independientemente de que esa significación corresponda o no a la efectiva voluntad interna del sujeto. En realidad el derecho no conoce la voluntad interna de las personas; sólo conoce las manifestaciones exteriores de esa voluntad. Por tanto, lo que tiene valor de la voluntad humana y lo que merece respeto es la declaración de ella, y no lo que pueda ser en sí misma, porque esto constituye un factor ignorado por el derecho, y consiguientemente carente de relevancia jurídica.

De ahí que aquel que emite una declaración jurídica deba aceptar que su vinculación con la contraparte sea considerada conforme al sentido normal de las expresiones empleadas, pues en caso contrario no habría seguridad en las relaciones privadas.

Con esta concepción el acto voluntario y sus efectos aparecen netamente objetivados. Desprendido el acto de su autor, lleva una vida autónoma e independiente del efectivo querer del agente.

Tanto en Francia como en Italia la teoría alemana de la voluntad declarada ha merecido agudas críticas. Observa De Ruggiero, coincidiendo con Bonnecase, que la teoría de la voluntad declarada no es satisfactoria porque subestima el elemento creador del acto voluntario —que es la voluntad humana— y sólo reconoce eficacia a una voluntad, no real sino puramente aparente. Desde que es posible establecer una divergencia entre la voluntad y su declaración, ni siquiera resulta correcto hablar de voluntad declarada, porque esa manifestación no constituiría sino una apariencia de voluntad. Siguiendo esta idea, nos parece que podría decirse mejor que voluntad declarada, “voluntad falseada por la declaración”.

Célíce, autor francés de una valiosa tesis —*El error en los contratos*—, rechaza la teoría alemana, por cuanto ella rompe todo lazo entre el acto voluntario y la persona que le da vida, no pudiéndose resignar a que la voluntad efectiva del hombre, cuando ella puede ser comprobada debidamente carezca de importancia jurídica, y en cambio sí la tenga, un gesto maquinal, la emisión de un sonido o el trazado de unas líneas, que desfiguran la verdadera voluntad del agente. Privada esa manifestación del significado que le atribuye su autor, deja en realidad de ser

un acto humano para quedar reducida a la categoría de un hecho externo, ajeno al hombre.

1400. c) POSICIÓN ECLÉCTICA.— La solución que consulta mejor las exigencias de la vida jurídica no se atiene rigurosamente a alguno de los principios en pugna, sino que, partiendo de uno u otro punto de vista, elabora, mediante concesiones a la posición contraria, un sistema que combina la necesidad de respetar la real intención de las partes creadoras del acto, con la seguridad y confianza que deben prevalecer en las relaciones humanas para que pueda hablarse de un verdadero orden jurídico.

Como enseña De Ruggiero, la solución justa de esta divergencia no puede pagar tributo a una concepción absoluta, debiéndose armonizar las exigencias de la seguridad en la contratación con el principio según el cual no hay acto sin voluntad. Por lo demás, es indispensable tener en cuenta la conciencia que el declarante o el destinatario de la declaración tuvieron de la discordancia, la buena o mala fe respectiva, la imputabilidad de la divergencia, según que fuere motivada por culpa o dolo del declarante, o bien por alguna causa involuntaria ^{11 bis 1}.

Esta vía transaccional es la que han elegido las diversas codificaciones. A veces ellas han partido de la teoría clásica, para reconocer excepciones en favor de la teoría de la voluntad declarada: es el caso del Código Civil francés, cuyo art. 1156 sienta el principio básico, en este orden de cuestiones, diciendo que “se debe en las convenciones investigar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes antes que detenerse en el sentido literal de los términos”. Nuestro Código ha optado por el mismo temperamento, como se verá en el número siguiente.

Otras legislaciones, en cambio, han adoptado un sistema teóricamente distinto, como el Código Civil alemán, que ha partido de la teoría de la declaración para hacer importantes concesiones a favor de la voluntad real de las personas, de modo de lograr un régimen desdibujado que prácticamente no difiere mucho del de aquellos otros códigos. Por ello ha podido decir Von Tuhr que “el acto es un producto del espíritu, es el puente misterioso que une la vida interna del sujeto con el mundo externo. Los hechos de la vida espiritual que lo preceden o acompañan le comunican su carácter espiritual y moral en virtud de los motivos, de las intenciones y de la opinión que el agente tiene respecto de determinadas circunstancias que le interesan, y sobre todo de su conocimiento o ignorancia de ciertos hechos. Así, una vez que la resolución se ha transformado en acto, tienen significación para valorarlo, en los derechos penal y civil, y desde diversos puntos de vista, los motivos y los propósitos del agente”. Y el mismo autor agrega en nota estas frases decisivas: “Es característico de las culturas más antiguas dar importancia únicamente al *factum* externo. Sólo en el derecho desarrollado por un análisis psicológico más sutil se valora el acto externo de acuerdo con su fondo espiritual: las nociones de

^{11 bis 1} De Ruggiero, R., *op. cit.*, t. I, p. 260. Conf. Orgaz, A., *El acto o negocio jurídico*, en “L.L.”, t. 68, p. 871.

dolo y negligencia, de buena y mala fe, son conquistas de una concepción jurídica ya madura”¹².

1401. *d) RÉGIMEN DE NUESTRO CÓDIGO.*— El Código Civil adopta la concepción clásica que hace predominar la voluntad real del agente sobre la declaración que la desfigura^{12 bis}.

Así resulta: 1º) del requisito de la intención como elemento indispensable del acto voluntario —conf. arts. 897 y 900, Cód. Civ.— con la posibilidad consiguiente de que la declaración carente de la intención real del agente, sea considerada como manifestación involuntaria; 2º) de la aceptación de la teoría general de los vicios de la voluntad, que muestra cómo en la divergencia entre la voluntad interna y su declaración suscitada por error o ignorancia, dolo o violencia, hay que atenerse a la real intención del agente; 3º) especialmente, de lo dispuesto en el art. 926 según el cual el error sobre la sustancia de la cosa que anula el acto jurídico es el que recae sobre la cualidad de ella “que se ha tenido en mira”. Este concepto subjetivo acerca de la sustancia del objeto del acto, que está provisto por la intención o propósito de la víctima del error, demuestra acabadamente la prevalencia que corresponde acordar a la voluntad real del agente sobre su incorrecta declaración; 4º) finalmente, de la correspondencia existente entre aquel predominio de la voluntad real sobre la declaración que la desfigura y el fundamental respeto a la autonomía de la voluntad —arts. 1197 y 1198, Cód. Civ.—, que debe ser amparada en tanto se ejerza dentro de la órbita no vedada por la ley. Si se confiere a los particulares la facultad de reglar sus relaciones, dentro de ese sector, conforme a su legítimo arbitrio, no ha de ser para sustituir sus efectivos designios por los que pudieran resultar azarosamente de una desacertada exteriorización del propósito concebido.

1402.— Pero el principio expresado sólo marca una orientación general, moderada por la incidencia de disposiciones particulares que en resguardo de la seguridad del tráfico jurídico, mantienen la eficacia de ciertas manifestaciones de voluntad no obstante la discordancia existente entre ellas y el íntimo querer del sujeto que las realiza. Es lo que ocurre en los siguientes casos: 1º) Actos jurídicos celebrados mediando *error inexcusable*. Para que el error pueda ser invocado por la víctima, debe ser excusable, es decir, debe ella haber tenido razón para errar, conforme a lo dispuesto en el art. 929 del Código Civil. Si el error no es excusable,

¹² Von Tuhr, Andreas, *Teoría General del Derecho Civil alemán*, vol. II¹, p. 140, ed. De palma, Bs. As., 1947.

^{12 bis} Cám. Civ., Sala “F”, “L.L.”, t. 102, p. 654; íd., Sala “C”, L.L., t. 102, p. 603; íd., Sala “E”, “L.L.”, t. 104, ps. 35 y 232.

quien lo ha padecido ha sido víctima de su propia imprudencia, que no lo hace merecedor del amparo de la ley, dado que ésta no protege a los imprudentes; 2º) La simulación de los actos jurídicos no afecta a los terceros, para quienes dichos actos son enteramente correctos, no obstante que las partes no han tenido la intención efectiva de constituirlos. A esta conclusión llegan los autores interpretando el art. 996 del Código Civil; 3º) Otro efecto que es posible asignar a la voluntad tal como ella ha sido expresada, consiste en la reparación de los perjuicios que causa un acto inválido (conf. art. 1056). Aun cuando este acto no produzca sus efectos propios en razón de la nulidad que sobre él pesa, podrá dar lugar a la indemnización de los daños y perjuicios que la frustración del acto provoca, si se han reunido los demás requisitos de los actos ilícitos, o sea si tales daños son imputables a alguna de las partes por su culpa o dolo (conf. arts. 1066, 1067 y el ya citado 1056).

1403.— Otra excepción importante a la teoría de la intención real, no incluida expresamente en nuestro Código pero aceptada por la unanimidad de la doctrina, consiste en la ninguna influencia de la *reserva mental* sobre el contenido del acto jurídico. La reserva mental ocurre cuando conscientemente el declarante quiere en su fuero interno algo diferente a lo expresado; en tal caso el acto vale por lo que se dice y no por lo que se piensa. A esta conclusión se llega por dos razones principales: en primer lugar porque la mala fe no es amparada por el derecho; en segundo término, porque si se admitiese la eficacia de la reserva mental para desvirtuar la declaración, toda seguridad jurídica quedaría arruinada, y con ella la misma ordenación social ^{12 bis 1}.

1404. e) LOS PROYECTOS DE REFORMA.— Aunque no en forma terminante, el Anteproyecto Bibiloni se inclina a la teoría de la voluntad declarada, como resulta del art. 263, 2ª parte —segunda redacción—, que dice: “Si hubiese en el instrumento palabras que no armonizan con la intención que aparece del acto, será éste interpretado según esa intención”.

El principio sentado que confiere la mayor importancia a la intención que surge de la declaración es explicado por el propio Bibiloni, en la nota respectiva, en los siguientes términos: “No hablamos de intención real, expresión que abre la puerta a una extensión excesiva y falsa de la investigación. Hablamos de intención que aparece del acto, esto es, intención que ha de buscarse en la declaración misma y no fuera de ella desde que es principio fundamental de toda esta materia que la voluntad declarada constituye su manifestación legal”.

El *Proyecto de 1936* sienta un principio menos objetivo, que conceptuamos preferible. Según su art. 157, “cuando hubieren en un instrumento palabras que no armonizaren con la intención reflejada en el acto ésta prevalecerá sobre aquéllas”.

^{12 bis 1} En este sentido dice Von Thur que “la ineficacia de la reserva mental es un postulado imperativo del orden jurídico” (*Derecho Civil*, Bs. As., 1947, t. II, vol. 2º, párr. 66, p. 238). Conf. Cám. Civ., Sala “F”, voto del doctor A. Collazo, “E.D.”, t. 3, p. 664.

Lo cual significa que frente a la discordancia entre la intención del agente —elemento interno— y la expresión instrumental —elemento externo— se da prevalencia a la primera para fijar el alcance del acto, cuyo sentido queda ligado a la voluntad que se refleja en la declaración, y no al reflejo —palabras— mismo de aquella voluntad.

Finalmente, el *Anteproyecto de 1954* resuelve la cuestión examinada, conforme al criterio del Código suizo de las obligaciones —art. 18— que conceptuamos el más acertado.

El art. 156 de dicho *Anteproyecto* está así concebido: “La equivocada calificación de las partes no perjudica la eficacia del acto, que se juzgará de acuerdo a su verdadero contenido. Para apreciar el alcance del acto se atenderá a la real intención de sus autores más que a las expresiones o denominaciones inexactas que hubiesen utilizado, y especialmente a la conducta de las partes en consecución del fin previsto por ellas. La parte culpable de la discordancia entre el contenido real del acto y el resultante de la declaración de la voluntad responderá del daño que causare el restablecimiento de la verdadera situación, a la otra parte y a los terceros, si fueren de buena fe”.

En suma, el *Anteproyecto de 1954* estima el alcance del acto en función de la real intención del agente, que se apreciará especialmente a través de su conducta. Si hay divergencia entre la intención real y su inexacta exteriorización prevalece aquélla, pero se obliga al agente culpable de esa divergencia a resarcir a los terceros de buena fe y a la otra parte de los daños sufridos por haber apreciado el acto tal como resultaba de la declaración. En esta forma se obtiene un armónico equilibrio de todos los intereses afectados pues si bien el acto queda fijado en el estado en que entendía realizarlo su autor, éste responde por los equívocos derivados de la desacertada exteriorización de su voluntad.

§ 3. Imputabilidad de los actos voluntarios. Reglas para graduar la responsabilidad. Actos involuntarios; sus efectos.

I.— IMPUTABILIDAD DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS

1405. EXPOSICIÓN PRELIMINAR.— Todos los fenómenos del mundo jurídico, como los del mundo físico, están sujetos al principio de causalidad. En efecto, todo lo que acontece con alguna relevancia en el derecho, responde a un hecho anterior que le sirve de causa o antecedente, e influye en otro u otros hechos concomitantes o consecuentes. La más superficial observación del campo social sometido al derecho, permite verificar la conexión existente entre los hechos, en los que siempre es posible descubrir un hecho generador o creador (antecedente) y otro hecho generado o creado (consecuencia).

Pero la realidad social no es simple, sino compleja, es decir, los hechos no aparecen perfectamente dibujados, sino que de ordinario integran un conjunto o masa de acontecimientos que actúan como factores determinantes, condicionantes o coadyuvantes de sucesivos fenómenos, y que se interfieren recíprocamente en sus respectivas derivaciones, de manera de presentar un panorama borroso que dificulta la apreciación del nexo de causalidad existente entre los hechos.

Por ello, corrientemente, el hecho reputado originario se conecta con otro hecho distinto que modifica las consecuencias intrínsecas del primero, a tal extremo que se convierte en causa eficiente —concausa— de nuevas derivaciones que el hecho originario, por sí mismo, no habría producido. Finalmente este proceso de sucesivas causaciones ocurre en el tiempo, factor que opera alejando y borrando de nuestra conciencia los antecedentes de los hechos que capta nuestro entendimiento, de manera de llegar hasta impedir su vinculación.

Los factores y circunstancias apuntados contribuyen para hacer de la teoría de la imputabilidad de los actos voluntarios y de sus consecuencias una materia sutil y compleja que presenta diversos matices. Desde luego en principio es el agente humano en su carácter de causa inteligente y libre de la actividad que realiza, a quien deberán atribuirse las consecuencias que la misma actividad provoca. Pero no es posible desconocer que la voluntad del sujeto no es el único factor en juego; ella aparece condicionada por elementos externos que concurren para producir nuevas derivaciones de la actividad originaria del sujeto, a veces enteramente extrañas a la intención de éste y hasta contrarias a ella.

De aquí la necesidad de establecer un *criterio* definido que permita resolver cuáles consecuencias de los actos humanos son imputables al agente y cuáles otras no.

1406. a) TEORÍA DE LA REPARACIÓN INTEGRAL.— Una solución simplista de tan importante asunto pretende que siempre es posible atribuir al agente las consecuencias derivadas de sus actos, para exigirle la consiguiente responsabilidad, con tal que se demuestre la relación de causalidad entre el acto del sujeto y el efecto producido. Esta postura, sin tomar en cuenta la intención del sujeto ni su posibilidad de prever las contingencias ocurridas, pone a su cargo la reparación de todos los perjuicios que indefinidamente pueden entenderse desencadenados, aun remotamente, por aquél: es la *teoría objetiva de la reparación integral* que admite la responsabilidad del agente por todas las consecuencias que le son *físicamente imputables*. Ha sido adoptada por el art. 249 del Código alemán.

Si se entiende esta doctrina en la latitud de su formulación, y especialmente en relación a los principios en que se funda, quedan sancionados los mayores ex-

cesos e iniquidades. Ya Ihering advertía que quien “a sabiendas e intencionalmente ha causado daño a tercero, no puede sustraerse a una reparación completa: ha sabido y ha querido lo que ha hecho. La medida de la falta determina la de la responsabilidad: el dolo obliga de manera absoluta a todos los daños e intereses; la culpa no obliga sino dentro de ciertos límites”.

Después de la sanción del Código alemán, varios autores prestigiosos, como Enneccerus, Dernburg y Endemann mostraron con ejemplos reales, y aun hipotéticos, pero muy ilustrativos, cómo la tesis no podía aplicarse con todo su rigor. Repugna al sentido jurídico más elemental que se pueda tratar parejamente el asesino alevoso y a quien da un golpe en la mejilla de otro, que padecía una lesión no visible, la cual degenera a consecuencia de ello y produce la muerte del golpeado (caso resuelto por el Supremo Tribunal del Imperio Alemán); o que se pueda responsabilizar íntegramente al causante de una herida leve por el daño sufrido por el herido que contrajo el cólera con motivo de su traslado a un hospital, o porque el médico que lo vendó transmitió a la familia una infección, o porque el mensajero del farmacéutico que trajo el vendaje aprovechó la inquietud de los parientes para cometer un robo (ejemplos de Enneccerus); o finalmente, que se pueda obligar a reparar todos los daños subsiguientes al descuidado fumador que arroja un fósforo sobre el cerco vecino, dando así ocasión a que se incendie la plantación sembrada, a que el sembrador, privado de sus esperados ingresos, no pueda pagar sus deudas, a que por ello se declare el concurso de éste, cuyos hijos no podrán continuar sus estudios universitarios, etc. (ejemplo de Koch).

Para eludir estas interminables derivaciones, varios autores, sin rechazar el principio sentado por el Código alemán, ensayan diversas fórmulas para contenerlo dentro de ciertos límites, como Enneccerus, Rümelin, Traeger y Kries, sin que tales esfuerzos, por loables que sean parezcan autorizados por el texto legal. Hasta Planck, uno de los más conspicuos redactores de ese Código, ha acabado por decir que no es suficiente la conexión causal y que se requeriría alguna otra condición que no termina de poner en claro. Finalmente, concluye admitiendo que en la indefinida serie de causaciones el sentido jurídico del juez indicará cuál es el límite adecuado.

En suma, el rígido criterio alemán de la reparación integral independientemente de la intención del agente que ha desencadenado el proceso causal, es refutado por las mismas lógicas conclusiones que estaban contenidas en sus premisas. Hasta sus propios creadores se ven precisados a conocer que el sistema, aparentemente tan absoluto, debe ser limitado por el sentido jurídico del juez, con lo cual está también concedido que, ante las exigencias prácticas de la vida, el criterio objetivo de la reparación integral queda sustituido por el prudente arbitrio judicial ^{12 bis 2}.

^{12 bis 2} Para ampliar las consideraciones expuestas en este número, puede consultarse Bibiloni, J. A., *Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino*, t. II, ps. 486 y ss., ed. Abeledo, 1929.

1407. *b) TEORÍA DE LA REPARACIÓN JUSTA: RÉGIMEN DEL CÓDIGO. REGLAS PARA GRADUAR LA RESPONSABILIDAD.*— El régimen de la responsabilidad civil elaborado por el codificador reposa sobre bases tradicionales que en esta materia no han sido superadas.

Dado que la responsabilidad en general se basa en la aptitud que tiene el sujeto de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos voluntarios, en razón de la cual la ley lo hace pasible de una sanción resarcitoria, la extensión de dicha responsabilidad debe quedar regulada por la efectiva posibilidad en que haya estado el agente de apreciar el efecto derivado de su actividad. Como decía Ihering en el pasaje antes recordado, “la medida de la falta determina la de la responsabilidad”, principio básico que también ha sido incorporado al art. 902 del Código Civil, así concebido: “*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*”.

Lo expuesto demuestra la íntima vinculación existente entre la responsabilidad del agente y la gravedad de la falta en que hubiese incurrido: a mayor imprevisión o negligencia, más intensa responsabilidad; a intención dolosa, máxima responsabilidad ¹³.

Pero con esto sólo se ha obtenido el principal factor a tomar en cuenta en esta materia. Pues tratándose de establecer la *extensión* de la responsabilidad del sujeto será indispensable considerar la *magnitud* del daño causado por el sujeto, la *proporción* en que pueda atribuírsele a él o a otros factores extraños (concausa), y la *medida en que sea justo* conforme a su culpa o dolo imputarle el daño que ha causado.

1408.— En suma, según nos parece, la regulación de los principios generales de la responsabilidad civil está gobernada por las siguientes *consideraciones*:

Primera. La base de la responsabilidad radica en la efectiva posibilidad que tenga el sujeto de prever las consecuencias de su actividad.

Segunda. El segundo paso consiste en la computación del daño ocasionado por el agente.

¹³ Por otra parte se ha señalado que la norma del art. 902 es tan importante que rige en toda la vida de relación del hombre, y también en el orden de las relaciones familiares, dado el aspecto fundamental que ellas tienen: Cám. Civ., Sala “B”, “L.L.”, t. 101, p. 400.

Tercera. En seguida sigue la discriminación de las causas del daño, para establecer la proporción en que el efecto total (daño ocasionado) ha sido causado por el agente (daño causado).

Cuarta. Finalmente viene la imputación que en *justicia* corresponde hacer del daño causado, en razón de la culpa o dolo del agente.

1409.— Los principios expresados constituyen el fundamento de la *teoría de la imputabilidad* de los actos voluntarios elaborada por el codificador.

Tal como ella aparece estructurada a través de los arts. 901 y siguientes del Código, se ha partido de la relación de causalidad existente entre el acto del agente (causa eficiente) y el daño producido (consecuencias).

En segundo lugar, y a fin de determinar la medida de la imputabilidad de esas consecuencias al agente, el codificador ha clasificado éstas en tres categorías, que ha tomado del Código Territorial prusiano (*Landrecht*, arts. 4º a 6º): *inmediatas*, *mediatas* y *casuales*.

En este sentido dice el art. 901 del Código Civil argentino: “*Las consecuencias de un hecho que acostumbran suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales*”.

En suma, las *consecuencias inmediatas* son las que suelen suceder ordinariamente si ocurre el hecho originario. No son forzosas, pues pueden frustrarse por la intervención de una causa extraña. Pero de ordinario ellas resultarán del hecho originario por su sola virtud creadora, o por la conexión de otro hecho que invariablemente acompaña al primero.

Las *consecuencias mediatas* derivan de la conexión del hecho originario con otro acontecimiento distinto, no asociado necesariamente al primero. Reciben este nombre porque las causa el hecho originario *por medio* de su vinculación con otro hecho diferente.

Las *consecuencias casuales* son las mismas consecuencias mediatas, cuando resulten *imprevisibles* para el agente.

Según se advierte, si se comparan las consecuencias inmediatas y mediatas se comprueba en ellas una diferencia *objetiva*. En cambio, las consecuencias mediatas y causales se separan por una distinción *subjetiva* consistente en la efectiva posibilidad de preverlas en que el sujeto se haya encontrado.

Luego de clasificar las consecuencias, determina el Código su *grado de imputabilidad*.

1410. IMPUTABILIDAD DE LAS CONSECUENCIAS INMEDIATAS.— Las consecuencias inmediatas son siempre imputables al autor del hecho voluntario. El Código dice en su art. 903 *“que las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de ellos”*. La locución “hecho libre” equivale a hecho voluntario, ya que el acto obrado con libertad presupone la presencia del discernimiento y la intención en el agente.

El fundamento de esta imputación es muy claro. La ley estima que tratándose de consecuencias naturales del hecho obrado por el agente, éste no ha podido dejar de preverlas. De ahí que no sea menester probar nada: la mera realización del acto induce la imputación de la consecuencia inmediata al autor de aquél. Todavía más; aunque el agente pruebe que él no tenía la intención de causar esa consecuencia, desde que ella debía seguir al acto obrado, no se elimina la responsabilidad del sujeto que habría incurrido en grave negligencia.

1411. IMPUTABILIDAD DE LAS CONSECUENCIAS MEDIATAS.— Las consecuencias mediatas, que son de suyo previsibles, se imputan al agente cuanto éste las hubiera previsto o podido prever. Así dice el art. 904: *“Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa haya podido preverlas”*.

El Código adopta a este respecto el criterio de la previsibilidad, pudiendo darse tres supuestos:

1º El sujeto previó la consecuencia dañosa y obró (dolo): hay imputación de la consecuencia y responsabilidad del sujeto. Ejemplo: la persona que administra anestesia a un enfermo del corazón, previendo la muerte de éste.

2º El sujeto no previó la consecuencia pero pudo preverla (culpa): hay igualmente imputación y responsabilidad. Ejemplo: el médico que suministra anestesia a dicho enfermo, sin revisión previa.

3º El sujeto no previó la consecuencia ni pudo preverla (caso fortuito): no hay imputación de la consecuencia. Ejemplo: la enfermera que conforme a la indicación médica suministra al enfermo la inyección de una droga que éste no tolera.

En cuanto al régimen probatorio de la imputabilidad existe una importante diferencia entre las consecuencias inmediatas y las mediatas. Quien pretende la imputación de las primeras al agente sólo necesita probar que éste ha ejecutado el hecho. En cambio si se trata de consecuencias mediatas, se requiere además la prueba de la culpa con respecto a las consecuencias de que se trata. Esa prueba es

innecesaria si ha mediado el dolo del agente (ver conceptos de dolo y culpa en el n° 1433).

1412. IMPUTABILIDAD DE LAS CONSECUENCIAS CASUALES.— Las consecuencias casuales son, por su índole, imprevisibles, y por ende imputables al agente que obra. Es lo que dice el art. 905, primera parte, del Código: “*Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho...*”.

Esta exención de imputabilidad es por entero congruente con el fundamento de la responsabilidad civil que el codificador admite, pues si ésta se establece en función de la previsibilidad del daño, allí donde no cabe la previsibilidad tampoco surge la responsabilidad.

Sin embargo este principio en la regulación de Vélez Sarsfield sufría dos excepciones: una excepción impropia, que actualmente subsiste, y una verdadera excepción que ha suprimido la ley 17.711.

1°) La *excepción impropia* consta en la segunda parte del art. 905, que imputa las consecuencias casuales al agente “...*cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho*”. Decimos que ésta es una excepción impropia del principio antes sentado, porque si bien la consecuencia ocurrente es *objetivamente* imprevisible —y por ello es casual— es *subjetivamente* previsible para el agente que obró sólo en vista de la contingencia de que ocurriera dicha consecuencia. Si esta circunstancia se prueba, habrá quedado establecido también que la consecuencia no era casual para el autor del hecho originario por lo que entonces trasladado el evento a la categoría de las consecuencias mediatas, será regido por el art. 904 que indica incuestionablemente la responsabilidad del sujeto. No hay entonces aquí una real excepción al principio general que rige la materia.

2°) En cambio, sí aparecía una efectiva excepción a dicho principio en el art. 906 cuya oscura redacción ha confundido a los más sagaces comentaristas. Ese precepto, mal traducido del art. 13 del Código Territorial prusiano, decía así: “Son imputables las consecuencias casuales de los hechos reprobados por las leyes, cuando la casualidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho”. Por lo pronto era menester introducir alguna claridad en esa redacción ininteligible, para lo cual ayudaba el Código de Prusia, cuya traducción correcta —“suceso” o sucedido, en lugar de “casualidad de ellas”, locución empleada por el codificador— dejaba a la frase final con la siguiente comprensión: “cuando el suceso ha sido perjudicial por causa del hecho”.

Acerca de esta rectificación literal indispensable para que la disposición legal resultara inteligible, no había discrepancia entre los autores. Pero sí las había, sobre los hechos que daban lugar a la imputación excepcional de las consecuencias casuales.

1413.— Según una *primera opinión*, sostenida, entre otros, por Bibiloni, Salvat y Lafaille, el antiguo art. 906 debía interpretarse literalmente. Los “hechos reprobados por las leyes” eran todos los hechos ilícitos, ya fueren delitos o cuasi-delitos; por tanto, todas las consecuencias imprevisibles de los hechos ilícitos, dolosos o culposos, serían imputables al agente.

A nosotros nos parecía que esta comprensión literal del viejo art. 906 no era aceptable, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque ella quebraba el sistema legal de responsabilidad que el propio Código había adoptado. Pues si una mínima culpa podía dar lugar a la imputación de una gravosa consecuencia absolutamente imprevisible, quedaba desvirtuado el principio básico según el cual la responsabilidad está en relación con la previsión real o posible del daño.

b) En segundo lugar, porque tal interpretación del antiguo artículo 906 no era congruente con lo dispuesto en el art. 904. Según este precepto, no cabe duda de que las consecuencias mediatas no son imputables al agente culposo cuando éste no hubiere podido preverlas. Pero el art. 906, según la opinión que combatimos, le imputaba a dicho agente las consecuencias casuales, con lo cual se ponía a la ley en contradicción consigo misma, pues ella eximiría al agente culposo de las consecuencias mediatas, que no ha podido prever, y al propio tiempo le atribuiría las consecuencias casuales, que nadie, y tampoco el agente, puede prever. Conclusión tanto más absurda cuanto que las consecuencias casuales son, por su índole, imprevisibles, y las mediatas no, pese a lo cual esta interpretación imputaría al agente culposo la consecuencia casual por aplicación del art. 906, pero lo liberaría de la consecuencia mediata, que de hecho no hubiere podido prever dicho agente, por aplicación del art. 904. En otros términos, la imputación se admitía cuando la consecuencia era objetiva y subjetivamente imprevisible (casual), y se rechazaba cuando era sólo subjetiva, pero no objetivamente imprevisible (mediata). La ausencia de razonabilidad para llegar a este aserto no podía ser más notoria.

Podría alguien objetar esta manera de discurrir arguyendo que la contradicción señalada no sería tal por referirse el aludido art. 906 a los hechos ilícitos y entender que el art. 904 sólo comprende a los hechos lícitos. Pero replicamos que no podía dudarse que el art. 904 aludía a los hechos ilícitos y sólo a éstos. Pues debía partirse de la consideración de que la consecuencia de cuya posible reparación se tratara constituía un daño ya que en caso contrario la teoría de la responsabilidad del agente carecería de toda aplicación. Entonces, si la consecuencia era un daño derivado de un hecho culposo —y con mayor razón si fuere doloso—, era lógico concluir que los hechos contemplados por el art. 904 eran siempre ilícitos, por corresponder ese carácter a los hechos dañosos obrados por culpa o negligencia (conf. arts. 1067 y 1109) ^{13 bis}.

^{13 bis} Tampoco era dable pensar que el art. 904 pudiera referirse a la responsabilidad contractual, pues de ésta tratan, con otro criterio, los arts. 520 y 521, Cód. Civ.

c) Finalmente, entendíamos que la interpretación que rechazamos del art. 906 no consultaba satisfactoriamente las exigencias de la justicia, pues no era posible poner en la misma línea a quien había causado a sabiendas el mal que provocara y a quien consumó un acto por descuido, pero ni remotamente pensó en las imprevisibles ulterioridades de su acción.

1414.— La *segunda interpretación* del antiguo art. 906 había sido emitida por Aguiar, quien entendía que la locución “hechos reprobados por las leyes” se refería a los hechos objetivamente ilícitos, sin comprender a los cuasidelitos, que, según dicho autor, son hechos lícitos, o comienzan por serlo, y sólo la culpa del agente los convierte en hechos ilícitos. El mismo autor citaba este ejemplo como comprobatorio de su pensamiento: la persona que quema el rastrojo para facilitar la arada de su campo ejecuta un acto lícito. Pero si el incendio se propaga al campo del vecino, el acto inicial se convertiría en ilícito por no haber el agente tomado las precauciones adecuadas para evitar el daño dando contrafuego en el linde de su predio.

Esta interpretación del antiguo art. 906 nos parece acertada, aunque llegamos a ella por otras consideraciones. No creemos posible que pueda hablarse de actos objetivamente ilícitos, ya que un elemento esencial de los actos ilícitos consiste en la intención culposa o dolosa del agente. Y volviendo al ejemplo de Aguiar, no es que el hecho lícito pase a ser ilícito, sino que ya era originariamente ilícito por omisión de las precauciones correspondientes, aunque el daño que estaba potencialmente contenido en la acción inicial se manifieste con ulterioridad.

Pero aun cuando disintimos acerca del fundamento enunciado por Aguiar, coincidimos con su interpretación del antiguo art. 906. Para nosotros este precepto comprendía en la fórmula “hechos reprobados por las leyes” sólo a los delitos —actos dolosos—, que son los que típicamente revisten ese carácter. Éste es uno de esos casos en que se había echado mano de una expresión demasiado general, que excedía la intención del codificador, quien, según ya hemos demostrado, no podía querer incluir en aquel concepto también a los cuasidelitos para predicar de ellos lo que ya había negado el art. 904, o sea, la imputación a su autor de las consecuencias imprevisibles. Pero este mismo argumento no servía para excluir también a los delitos del régimen del antiguo art. 906, puesto que entonces esta disposición quedaría desprovista de toda significación: no era admisible que se hubieran discriminado las consecuencias casuales de las demás consecuencias mediatas, para luego eliminar toda posible imputación de ellas, en contra de lo establecido por aquel precepto. Sin duda en algún caso las consecuencias casuales eran imputables, puesto que el art. 906 determinaba su imputación. Era menester descubrir cuál era ese caso. Para nosotros era indudable que el artículo examinado sólo comprendía los supuestos de delitos —actos dolosos—, desde que la argumentación desarrollada en el número precedente ha mostrado que no cabían los cuasidelitos dentro de su ámbito. Por exclusión, entonces, la aplicabilidad del antiguo art. 906 quedaba reducida a los delitos.

Esta inteligencia del régimen del Código permitía conciliarlo con el pensamiento de los grandes jurisconsultos de todos los tiempos desde Paulo, quien declaraba inicu imputar a una persona todas las consecuencias de los hechos en que ni siquiera podía pensar, hasta Ihering, para quien el dolo obliga de manera absoluta a todos los daños e intereses, y la culpa no obliga sino dentro de ciertos límites: en nuestro sistema el límite estaría en la exclusión de responsabilidad por las consecuencias casuales de los hechos culposos.

1415. IMPUTACIÓN PARCIAL DE LA CONSECUENCIA CASUAL.— Para terminar la explicación del antiguo art. 906 del Código conviene llamar la atención sobre la frase final, que debía ser entendida así: "...cuando el suceso ha sido perjudicial por causa del hecho".

Nosotros estimamos que esta frase obligaba a discriminar la proporción en que el hecho originario podía ser considerado causa eficiente de la consecuencia imprevisible (casual). Desde que en esta hipótesis se había dejado de lado el eje diamantino sobre el que gira toda la teoría de la responsabilidad civil, a saber la previsión efectiva o posible del daño causado, debía ser examinada con parsimonia la situación, para que el agente no cargara con una reparación que excediese la cuota de causalidad, si se nos permite esta expresión, correspondiente a su actitud. De aquí la necesidad de apreciar el daño en función de los factores que hubiesen concurrido a su producción para determinar la proporción de influencia de cada uno. Es un criterio frecuentemente adoptado por los tribunales, especialmente cuando concurre la culpa del damnificado ^{13 bis 1}.

En suma, por aplicación del antiguo art. 906 comentado, eran imputables las consecuencias casuales al autor del hecho ilícito que las había provocado, si el agente hubiese obrado con dolo, es decir, a sabiendas y con intención de dañar (conf. art. 1072, Cód. Civ.). Pero aun en esa hipótesis, la imputación no excedía la medida en que el hecho había contribuido a producir la consecuencia dañosa.

Es de advertir que la explicación del antiguo art. 906, no ha perdido interés porque los hechos anteriores al 1° de julio de 1968, fecha de vigencia de la ley 17.711, se rigen por esa disposición (conf. nuevo art. 3°).

1415 bis. SUPRESIÓN DEL ANTIGUO ART. 906.— La ley 17.711 ha introducido una importante modificación que concierne a la eliminación del antiguo art. 906. En cuanto a esa supresión, los reformadores se atuvieron al criterio de Bibiloni para quien la responsabilidad del agente siempre se vincula a la previsibilidad de las consecuencias dañosas, y termina allí donde empieza el caso fortuito, es decir, lo imprevisible. Por ello, en el sistema de Bibiloni, las consecuencias casuales no

^{13 bis 1} C.S.N., "J.A.", 1945-IV, p. 243; Cám. Civ., Sala "B", "J.A.", 1954-III, p. 295; Cám. Civ. 1°, Cám. Paz Letr., "J.A.", 1943-II, p. 453; Cám. Ap. Mercedes, "J.A.", t. 49, p. 258; Cám. Civ. 2°, "J.A.", 1947-I, p. 642; "L.L.", t. 74, p. 622; Sup. Corte Tucumán, "J.A.", t. 72, p. 667.

se imputan al autor del hecho ilícito, eliminándose de su articulado la fórmula del antiguo art. 906, y modificando la redacción del art. 905, a cuyo respecto aquél altera la terminología empleada admitiendo que “en los delitos sólo se tomarán en consideración las consecuencias mediatas cuando debieron resultar según las miras que el autor tuvo al ejecutar el hecho” (véase *supra*, núms. 1412 y ss.).

Por lo contrario, el eminente jurista paraguayo Luis De Gásperi, en su Anteproyecto de Código Civil del año 1964, mantiene en su art. 507, literalmente, el art. 906 del Código de Vélez, aunque por lo que dice en la respectiva nota no le asigna el alcance que le dieron Salvat, Bibiloni, Galli y Colombo¹⁴, comprensivo de toda clase de actos ilícitos, fueren delitos o cuasidelitos sino que sólo lo aplica con relación a los delitos como lo insinuara Aguiar^{14 bis} y lo interpretara acabadamente Acuña Anzorena^{14 bis 1}.

Entre la postura de Bibiloni y la de De Gásperi, en orden a la reforma del Código, hemos optado por una vía media, en el Anteproyecto de Código Civil de 1954, cuyo art. 1075, segundo párrafo dice: “Las consecuencias puramente casuales no serán imputables al autor del hecho sino cuando resultaren según las miras que tuvo al ejecutarlo o cuando el efecto dañoso pueda atribuirse en cierta proporción al acto doloso cometido. En este último supuesto la responsabilidad no excederá de esa misma proporción”^{14 bis 2}.

Desde luego, en la emergencia actual, se imponía modificar el antiguo texto del art. 906 que tenía una redacción ininteligible si no se la relacionaba con el art. 13 del Landrecht prusiano. Empero, aclarada la letra legal con alguna sustitución

¹⁴ Salvat-López Olaciregui, *Parte General*, t. II, núms. 1608, 1608-C y 1608-D; Bibiloni, J. A., *Anteproyecto*, nota al art. 1385; Galli, E. V., *Responsabilidad civil por delitos penales*, párr. 16 “in fine”; Colombo, L. A., *Culpa aquiliana*, 3ª ed., t. II, n° 214, p. 289.

^{14bis} Aguiar, H., *Daño económico indemnizable*, ps. 94 y ss. y *Actos ilícitos, responsabilidad civil*, Bs. As., 1936, ps. 61/62, n° 15 c.

Por nuestra parte, hemos expuesto la misma interpretación del antiguo art. 906, *supra*, núms. 1414-1415.

^{14 bis 1} Acuña Anzorena, A., *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, 1963, p. 51.

^{14 bis 2} Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina, año 1968, editado por la Universidad Nacional de Tucumán, p. 437. En la nota al art. 1075 se lee: “El sistema establecido no se aparta en lo fundamental del régimen del Código vigente también aceptado por Bibiloni. Pone a cargo del autor del hecho, las consecuencias inmediatas del mismo, así como las mediatas que pudieren preverse. Tal es el sistema normal que encuentra en la nota del art. 1385 del Anteproyecto (de Bibiloni) una fundamentación que nos parece irrefutable. Ese régimen no es, con todo, rígido. Admite una morigeración y una agravación. La morigeración permite al juez usar de su discreción cuando medie evidente desproporción entre la escasa importancia de la culpa del agente y la magnitud del daño ocasionado. La agravación pone a cargo del responsable aun las consecuencias fortuitas o imprevisibles (aplicación de la noción de caso fortuito), lo que ocurre cuando el agente previó (dolo) la contingencia del daño o cuando el acto doloso se conecta con otras causas extrañas, no obstante lo cual es dable imputar en cierta medida el efecto dañoso al hecho ilícito originario, y establecer la proporción correspondiente” (*op. cit.*, p. 457).

indispensable (véase *supra*, n° 1412) no era conveniente prescindir por completo, de la imputación parcial de las consecuencias casuales cuando ellas provinieran de un delito civil. Había, pues, que discriminar entre los hechos dañosos: si era un cuasidelito, se imponía descargar a su autor de las consecuencias casuales para no poner al art. 906 frente al art. 904 en una inconciliable pugna (*supra*, n° 1413); pero, tratándose de un delito civil, convenía mantener la imputación de tales consecuencias al agente, en la medida que su dolo hubiese influido en la producción del resultado dañoso. Pues de otro modo, el caso fortuito ulterior resulta soportado por el damnificado y desgravado el agente doloso de la reparación de un daño que su hecho en cierta medida causó. Es lo que explicaba la regulación de la responsabilidad civil, por actos ilícitos, estructurada por el Anteproyecto de 1954.

Con la supresión del antiguo art. 906 “in totum”, dispuesta por la ley 17.711, se ha consagrado una solución inarmónica: en el ámbito de la responsabilidad contractual el caso fortuito sobreviniente a la mora del deudor, perjudica a éste (conf. art. 513 del Cód. Civ.), pero el mismo caso fortuito sobreviniente a la comisión de un delito civil, y que no hubiese ocurrido sin él, perjudica a la víctima y no al delincuente, pues es una consecuencia casual —por eso es un caso fortuito— que ahora sólo se le imputa al autor del hecho ilícito pese a estar en mora desde entonces, en el raro supuesto del art. 905.

En definitiva, creemos que se imponía la modificación literal del anterior art. 906, pero nos parece que su supresión total deja a la situación actual en términos insatisfactorios. Ello nos lleva a proponer la modificación que sugerimos más adelante (*infra*, n° 1419).

1416. INIMPUTABILIDAD DE LAS CONSECUENCIAS REMOTAS.— En cuanto a las consecuencias remotas del hecho originario, que son las que guardan con él una vinculación lejana, en ningún caso son imputables al autor de aquel hecho, cuya acción ya no aparece como causa eficiente o determinante de esta clase de consecuencia, sino como su causa meramente ocasional. Ejemplo: el causante de una herida no responde del hurto cometido por el empleado de la farmacia que acude a llevar vendas y medicamentos para atender al herido y aprovecha la confusión general para alzarse con lo ajeno. Ese resultado es una consecuencia remota de la lesión originaria por lo que el autor de éste no responde por la pérdida proveniente del hurto ¹⁵.

1416 bis.— Con respecto a este asunto, la ley 17.711 ha sentado el principio de inimputabilidad de las consecuencias remotas al autor del hecho que ha actuado como factor desencadenante de tales consecuencias.

¹⁵ Conf. Cám. Civ., Sala “F”, “L.L.”, t. 101, p. 45.

El nuevo art. 906 dice así: “*En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad*”.

No cabe dudar de lo acertado de la reforma en cuanto corta el nexo causal entre el hecho originario y las consecuencias remotas del mismo. Aun a falta de ese texto, se había concluido que las consecuencias remotas de un hecho, por guardar con él una vinculación lejana, no podían imputarse al autor del hecho, puesto que su acción no aparecía como la causa eficiente o determinante. Si, en general, la razón de la imputación de las consecuencias de un hecho al agente, radica en la previsibilidad de esas derivaciones, es lógico que nunca (arg. “en ningún caso” del nuevo art. 906) pueden atribuirse a él las consecuencias remotas que por su lejanía en el proceso causal son máximamente imprevisibles.

Si no cabe la discrepancia a ese respecto, en cambio corresponde apuntarla con relación a la frase final del nuevo art. 906: “*...que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad*”. Es una frase explicativa que se la puede entender en uno de los dos sentidos: 1) como definición de lo que ha de entenderse por consecuencia remota; 2) como indicación de la razón por la cual no se imputa la consecuencia remota al autor del hecho que lejanamente la provocó.

En ninguno de esos dos sentidos se justifica el agregado de la frase en cuestión. Por lo pronto, porque no encierra una definición apropiada de lo que es una consecuencia remota, sino que señala una característica que es común a todas las consecuencias que no son las denominadas “inmediatas”, a saber, las consecuencias “mediatas”, “casuales” y “remotas”. Pero tampoco es correcta la frase como explicación de por qué no se atribuye una consecuencia remota al autor del hecho originario de ella: esa razón no es la ausencia de nexo adecuado de causalidad, porque las consecuencias mediatas y las casuales se encuentran en la misma situación y, sin embargo, las mediatas son imputables a quien actúa con dolo o con culpa, y las casuales a quien con dolo obra en mira de la contingencia de que ellas ocurran. En verdad, la razón de la inimputabilidad reside en la imposibilidad de prever las consecuencias remotas que son máximamente imprevisibles por la prolongación del nexo causal. Si toda la teoría de la responsabilidad civil descansa en la aptitud del ser humano de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos voluntarios, en razón de lo cual la ley lo hace pasible de una sanción resarcitoria del daño que otro ha sufrido por su causa, deben quedar *fuera* del marco de la responsabilidad que se exige a alguien los daños que sean consecuencia *imprevisible* de su obrar. Tales daños, no pueden atribuirse al agente —*no le son imputables a él*— por ausencia de posibilidad de prever lo imprevisible, lo cual es un presupuesto de cualquier responsabilidad ^{15 bis}.

^{15 bis} Dice acertadamente Acuña Anzorena, A., que “para que a una persona pueda serle imputable un acto ilícito, es necesario que sea ella la causa material de ese acto y se le atribuya el mismo en consideración a la posibilidad que tuvo de preverlo y evitarlo como así también las consecuencias perjudiciales del mismo” (su adición a Salvat, R., *Fuentes de las obligaciones*, t. IV, n° 2713 a, p. 44).

Por tanto, toda imputación supone que el imputable sea causante físico del hecho que se le

En suma, la frase final del nuevo art. 906 no es apropiada, siendo aconsejable su eliminación, que en nada habrá de dificultar la ulterior interpretación del precepto.

1417.— En *síntesis*, la teoría general de la imputabilidad de los actos voluntarios, puede presentarse esquemáticamente así:

Consecuencias inmediatas { Responde todo
 agente

Consecuencias mediatas { Responde el agente
 que obra con { dolo
 culpa

Consecuencias causales { Responde el autor doloso,
 cuando ha obrado en mira
 de la contingencia de que
 ocurrieran tales consecuencias

Consecuencias remotas { No responde
 el agente

1418. c) LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.— En el sistema logrado por el *Anteproyecto Bibiloni* la responsabilidad del agente siempre se vincula a la previsibilidad, y termina allí donde empieza el caso fortuito. Por consiguiente, las consecuencias casuales nunca resultan imputables, eliminando Bibiloni de su articulado la norma del art. 906 del Código de Vélez.

En cuanto a las consecuencias mediatas, sólo son imputables al agente que actúa con dolo (intención de dañar).

Todavía la responsabilidad que incumbe al agente culposo (consecuencias inmediatas) o doloso (consecuencias inmediatas y mediatas) puede ser moderada por el juez, y hasta dispensada “cuando hubiera evidente desproporción entre la ac-

imputa y que sea su causante moral o subjetivo, lo que se da “...cuando la autoría material del hecho se cumple por persona que en razón de gozar de discernimiento, intención y libertad al tiempo de realizarlo estuvo en condiciones de prever y evitar sus resultados” (Acuña Anzorena, A., *loc. cit.*).

ción ejecutada con intención, o por culpa, y el daño efectivamente causado” (art. 1385 del Anteproyecto Bibiloni).

La Comisión Reformadora dejó enteramente de lado tanto el sistema tan interesante y bien fundado de Bibiloni, cuanto el régimen del Código de Vélez para seguir el criterio alemán de la reparación integral, sin efectuar discriminación alguna entre los delitos y los cuasidelitos (art. 866, 2ª parte, del Proyecto de 1936). En esta forma, al optar por el principio de causalidad material, se hace ese Proyecto pasible de todas las críticas que antes hemos opuesto (véase nº 1406) a la doctrina que lo inspira.

Acerca del Anteproyecto de 1954, véase *supra*, nº 1415 bis.

1419. REFORMA QUE SE SUGIERE.— Ante la sustitución del antiguo art. 906 por el que ahora luce en el Código que ha concretado la ley 17.711 sugerimos un leve retoque que bastará para eliminar los inconvenientes que hemos expresado *supra*, en el nº 1415 bis. Para ello basta acoplar el actual art. 906 al subsistente art. 905, pero aligerando a aquél de la última frase que por lo que hemos explicado, no se justifica. Quedaría así como art. 905, segundo párrafo: “En ningún caso son imputables las consecuencias remotas”.

En cuanto al art. 906, debería restablecerse el antiguo texto aunque depurado de las fallas exteriores que evidentemente tenía. Sugerimos la siguiente redacción: “Son imputables las consecuencias casuales de un delito cuando el efecto dañoso pueda atribuirse en cierta proporción causal al acto doloso cometido. La responsabilidad no excederá a esa proporción”.

II.— ACTOS INVOLUNTARIOS: SUS EFECTOS

1420. SISTEMA DEL CÓDIGO.— El principio general que rige la materia de los actos involuntarios está consignado en el art. 900, según el cual “*los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna*”.

Esto significa que el autor de un hecho involuntario carece de responsabilidad, no siendo entonces viable imputarle ninguna de las consecuencias derivadas de su actividad. Es que, como recuerda Vélez Sarsfield en su nota al art. 900, repitiendo a Maynz, “el elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito”.

Pero no conviene exagerar las deducciones de estas premisas. Obsérvese que lo único que excluye el texto legal es la responsabilidad del agente, es decir, la im-

putabilidad pasiva de las consecuencias del hecho, pues en tal sentido debe entenderse la frase final del artículo: “*no producen por sí obligación alguna*” a cargo del agente.

En cambio lo que no impide el artículo es la imputación activa de consecuencias a favor de dicho agente. En otros términos, si el art. 900 del Código Civil, sobre todo desprendido de su nota que no integra el texto legal, elimina la posibilidad de que se imponga al agente involuntario alguna obligación, no obsta para que se le atribuyan derechos fundados en el mismo acto. Por esto quien obra por error o movido por el dolo ajeno (acto involuntario por carencia de intención, conf. art. 922) puede aprovechar de los beneficios del acto si decide no impugnarlo, y hasta puede confirmarlo (conf. arts. 1060 y 1158). En igual situación se encuentra el que otorga un acto mediando violencia (conf. arts. 922, 1060 y 1158), y según nuestro punto de vista, corroborado por la jurisprudencia, el insano, sea o no interdicto ^{15 bis 1}.

Adelantada esta conclusión, corresponde examinar dos situaciones que la doctrina suele mencionar como excepciones al principio de irresponsabilidad establecido por el art. 900, aun cuando en verdad no tengan ese carácter.

1421.— *a)* La primera supuesta excepción estaría dada por el art. 907, primera parte, concebido así: “*Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho y, en tanto, en cuanto se hubiera enriquecido*”.

En esta hipótesis no hay ningún relajamiento del principio de irresponsabilidad: se trata de la aplicación de otra fuente obligatoria, el enriquecimiento sin causa, que explica suficientemente la restitución a cargo del agente involuntario, cuya obligación no deriva de una responsabilidad que funcione en ese supuesto.

1422.— *b)* La segunda titulada excepción, resultaría del art. 908, que a renglón seguido agrega: “*Quedan, sin embargo, a salvo los derechos de los perjudicados, a la responsabilidad de los que tienen a su cargo personas que obren sin el discernimiento correspondiente*”.

Todavía es aquí más claro, si cabe, que no hay excepción alguna a la irresponsabilidad del agente involuntario, puesto que aun en la situación descripta esa irresponsabilidad subsiste. Lo que ocurre es que, como pasa en otros supuestos de responsabilidad indirecta, o refleja, el acto de una persona puede comprometer la responsabilidad de otra: es el caso de los guardadores de personas carentes de discernimiento, que responden por los actos de éstos, en razón de su propia culpa *in vigilando* (conf. arts. 908, 1113, 1114 y 1117, Cód. Civ.).

^{15 bis 1} Véase fallos publicados en “J.A.”, 1949-II, p. 571 y 1953-II, p. 443. Por lo demás observa Spota que el principio del art. 900 no se aplica a las obligaciones que nacen *ex statu*, como la del insano que engendra un hijo y le debe alimentos (*Tratado*, t. 36, n° 1776, p. 53, nota 96).

Por tanto, aunque involuntario desde el punto de vista de su autor, el acto muestra la culpa de otra persona, y es en razón de esa culpa que queda establecida la responsabilidad del culpable (conf. art. 1109, Cód. Civ.).

1423. APRECIACIÓN DEL SISTEMA DEL CÓDIGO DE VÉLEZ SARSFIELD. TENDENCIA LEGISLATIVA.— Algunos autores han criticado el sistema subjetivo de responsabilidad de nuestro Código, en cuanto libera al agente involuntario de todas las consecuencias de sus actos. Para este punto de vista resulta injusto que en tal supuesto el damnificado no obtenga reparación alguna, y que por tanto deba sufrir exclusivamente la pérdida producida mientras el causante material de ella permanece indemne, sin soportar los efectos nocivos de su actividad.

De ahí que se haya abierto camino una *tendencia doctrinaria y legislativa* que, *sin negar* la base fundamental de la teoría de la responsabilidad, a saber la aptitud de imputación del sujeto, sugiere la posibilidad de resolver situaciones marginales mediante la *equidad*, distribuyendo los daños derivados de los actos involuntarios entre el causante material de ellos y el damnificado.

No se trata de sustituir el criterio subjetivo de responsabilidad por otro criterio objetivo que se atenga a la mera imputabilidad física y moral, por cuanto éste sí sería indudablemente injusto al obligar a responder a sujetos carentes de la facultad de conocer y aceptar las derivaciones de sus actos. Pero es posible, respetando el principio, hacer un llamado a esa noción superior del orden jurídico que es la equidad, para en virtud de ella, y en función de diversas circunstancias, admitir la resarcibilidad parcial del daño, pues si es injusto exigir responsabilidad al irresponsable, es sin duda inequitativo dejar al inocente damnificado soportar toda la pérdida sufrida.

El más lejano antecedente de la tendencia que sugiere la decisión de estos casos mediante soluciones de equidad, remonta al *Código Civil de Austria*, cuyo art. 1310 fija la “indemnización total o parcial con arreglo a la equidad... teniendo en cuenta la fortuna del causante y del perjudicado”.

Los códigos modernos han aceptado esa orientación.

Conforme al art. 58 del *Código Federal suizo de las Obligaciones* del año 1881, “si la equidad lo exige, el juez puede condenar a una persona incapaz de discernimiento a la reparación total o parcial del daño que ella ha causado”.

El art. 829 del *Código alemán* determina que quien no es responsable por actuación inconsciente debe reparar el daño que ha ocasionado “en los límites en que, según las circunstancias y en particular la posición del interesado, la equidad reclame una indemnización”.

Asimismo, el art. 406 del *Código Civil* de la Rusia Soviética dispone: “Si el que ha causado el daño no está obligado a la reparación el tribunal puede obligarlo a hacerlo teniendo en cuenta su situación de fortuna y la de la víctima”.

En el mismo rumbo marcado por las legislaciones mencionadas se orientan el derogado Código Civil de China de 1927, art. 187; el Proyecto franco italiano de

las Obligaciones, de 1927, art. 76: el Código Civil italiano de 1942, art. 2047; y el Código de Venezuela, también de 1942, art. 1187.

Por su parte el Código Civil portugués de 1867, en el afán de proteger al damnificado por hechos involuntarios, mantiene la responsabilidad civil de quienes obraren en estado de embriaguez o demencia, excepto cuando se hallen bajo tutela o vigilancia legal de otro (art. 2377), criterio que ya establecía el Código Penal español de 1850 (art. 16), que reproduce el art. 19 del Código de 1870. Nosotros consideramos a esta solución poco razonable, por cuanto quiebra la teoría de la responsabilidad sin fundamento apreciable. Si se justifica que por motivos de equidad se distribuya el daño entre el agente involuntario y el damnificado, carece de base racional que se ponga a cargo de aquél la total indemnización, lo cual equivale a echar por el suelo esa delicada elaboración del pensamiento humano a través de los siglos, que es la teoría de la responsabilidad.

1424.— En nuestro país la tendencia primeramente señalada ha sido propiciada por Aguiar, quien sin duda para eludir la discrecionalidad judicial, no se ha conformado con una indefinida invocación de la equidad, y ha procurado elaborar un criterio estrictamente jurídico. De ahí que haya propuesto que en los casos de irresponsabilidad del agente se distribuya el daño entre el causante material y el damnificado en proporción de sus respectivos patrimonios.

Esta interesante idea tiene un fundamento muy sólido. Sin duda el agente involuntario y la víctima del daño son enteramente inocentes del hecho perjudicial ocurrido. Pero por esto mismo la equidad pide que el caso fortuito —daño— sea soportado por todos los que han intervenido en él, según las posibilidades de cada uno. Es lo que condice con la fraternidad de todos los hombres, hijos de un mismo padre, Dios.

No obstante lo razonable de esta idea que hizo suya el Primer Congreso de Derecho Civil, reunido en la ciudad de Córdoba en el año 1927, el *Anteproyecto Biliboni* y el *Proyecto del año 1936*, no la recogieron.

En cambio ella ha sido adoptada por el *Anteproyecto de Código Civil de 1954*, cuyo art. 140 está redactado así: "Los actos involuntarios no comprometen la responsabilidad del agente. Sin embargo, el juez podrá, fundado en la equidad, distribuir el daño proveniente de un acto involuntario entre el agente y el damnificado, en proporción de su respectiva fortuna".

1424 bis. INDEMNIZACIÓN POR RAZÓN DE EQUIDAD, DEL DAÑO INVOLUNTARIO.— Acerca de este interesante asunto la ley 17.711 ha agregado al art. 907 el siguiente párrafo:

“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”.

Con este agregado se modera sabiamente, el riguroso principio del art. 900 del Código Civil, según el cual los hechos involuntarios *“no producen por sí obligación alguna”*. Ya en el n° 1421, destacamos que por la redacción originaria del art. 907 el autor de un hecho involuntario no era responsable salvo en la medida en que el daño causado lo hubiese enriquecido, lo que era una clara aplicación del principio de enriquecimiento sin causa y venía a ratificar *“a contrario sensu”* (arg. *“sólo se responderá”*) que únicamente cabía adjudicar a alguien responsabilidad por las derivaciones de su actividad si la conducta obrada era voluntaria. Es que hablar de *“responsabilidad implica suscitar una idea de reproche, de censura, que se formula sobre el comportamiento de alguien, que es lo que justifica la imposición de una sanción a cargo del responsable, es decir, de aquel a quien se exige responsabilidad”*¹⁶. Dice Acuña Anzorena que *“puede definirse la responsabilidad civil diciendo que es la sanción que se impone a una persona obligándola a reparar el daño experimentado por otra como consecuencia de una conducta jurídicamente reprochable o censurable”*^{16 bis}. Ahora bien; si en la base de la noción de responsabilidad está la idea de reproche o censura que la explica, como su razón suficiente, se comprende, como dice Vélez Sarsfield^{16 bis 1}, que *“el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no sea considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito”*. Por ello, bien pudo decir Aguiar que *“hacer soportar a alguien las consecuencias dañosas de un acto que no puede moralmente atribuírsele y que afectan la persona o el patrimonio de otro como puede afectarlo una de tantas fuerzas ciegas de la naturaleza, no se conforma con ningún principio jurídico, ni satisface ningún ideal de justicia individual o social; porque un acto moralmente inimputable, no es un acto humano, sino obra del acaso o de la fuerza mayor, de la cual no surge responsabilidad alguna”*^{16 bis 2}.

Esa maciza, armoniosa y saludable doctrina de la responsabilidad civil, no resulta conmovida por el agregado hecho al art. 907 del Código Civil por la ley 17.711, puesto que dicha ley no crea una obligación de reparar, a título de responsabilidad, o sea por el reproche que alguien merece, sino que establece en apropiados términos, una *indemnización de equidad*, que es algo muy diferente.

¹⁶ Nuestro trabajo *“El derecho no es una física de las acciones humanas”*, “L.L.”, t. 107, p. 1015, n° 2.

^{16 bis} En la obra citada en la nota 15 bis, t. IV, n° 2702, ch, *“in fine”*.

^{16 bis 1} En la nota al art. 900, reproduciendo a Maynz, *Derecho Romano*, t. I, párr. 119, con una intercalación del propio codificador: *“o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos”* (véase Segovia, L., *Código Civil comentado*, t. I, p. 246, sobre el art. 900, nota).

^{16 bis 2} Aguiar, H., *Responsabilidad civil*, Bs. As., 1936, p. 144, párr. 32.

Como hemos recordado en el n° 1423 de esta obra, ya desde bastante tiempo atrás, se abrió camino en el extranjero con cierto eco en nuestro país ¹⁷, una tendencia doctrinaria y legislativa que, sin negar la base fundamental de la teoría de la responsabilidad, que radica en la aptitud de imputación del sujeto, sugiere la posibilidad de solucionar situaciones marginales, mediante un llamado a la equidad, conducente a la distribución de los daños derivados de los actos involuntarios entre el causante material de ellos y el damnificado.

A los antecedentes de esa tendencia, reseñados en el n° 1423, de esta obra, cabe agregar el Código Polaco de las Obligaciones, el reciente Código Portugués del año 1966 y la ley belga del 16 de abril de 1935 ^{17 bis}.

La ley 17.711 ha mantenido esta misma orientación que cuenta con el respaldo de los prestigiosos códigos recordados. Empero, los reformadores dejaron de lado el criterio rigurosamente objetivo enunciado por Aguiar (véase *supra*, n° 1424), también adoptado por el Anteproyecto de Código Civil de 1954 en su art. 140 que hemos transcritto, para medir el resarcimiento debido, y prefirieron atenerse a módulos o "standards" más fluidos, sólo sujetos al tamiz de la prudencia judicial.

1424 ter. ELEMENTOS INTERPRETATIVOS.— En el agregado hecho al art. 907 resaltan los siguientes elementos interpretativos:

a) El verbo "podrán" que confiere a los jueces una atribución librada en su ejercicio a su sola discreción. Adviértase que el precepto no consigna un derecho estricto del damnificado, que simplemente hubiera necesidad de declarar en la sentencia ante el desconocimiento del autor material del hecho dañoso. Si de ello se tratara, el legislador no habría puesto el acento sino en los extremos condicionantes del derecho del damnificado, por ejemplo, bajo una fórmula como la siguiente: "También procederá un resarcimiento a favor de la víctima, en función de la importancia del patrimonio, etc.". Pero no se han encarado objetivamente los presupuestos de un derecho a la indemnización, sino que se ha querido deferir la decisión del asunto al prudente arbitrio judicial, para lo cual se le indican al magistrado pautas muy fluidas, dependientes de su propia estimación y buen sentido: así, la mención del fundamento de equidad en que habrá de arraigar el pronunciamiento del juez; la indefinición con que el texto alude a "un" resarcimiento, el que el juez estime

¹⁷ Conf. Aguiar, H., *loc. cit.*, en nota precedente. Véase también Acuña Anzorena, A., adición a Salvat, R., *Fuentes de las obligaciones*, t. IV, n° 2718 hacia el final y n° 2725-I, p. 73; y esta obra núms. 1423-1424.

^{17 bis} Art. 143 del Cód. polaco de las Obligaciones y art. único de la ley belga citada. El art. 489 del reciente Código portugués dice: "Si el acto causante de los daños hubiere sido practicado por persona no imputable, puede ésta, por motivos de equidad, ser condenado a repararlos, siempre que no sea posible obtener la debida reparación de las personas a quienes incumbe su vigilancia.

"La indemnización será, sin embargo, calculada de modo de no privar a la persona no imputable de los alimentos necesarios conforme a su estado y condición, ni de los medios indispensables para cumplir sus deberes legales de alimentos".

equitativo, puesto que él se funda en la equidad; en fin, la mera referencia a un “tomar en cuenta” la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima sin precisar la influencia de esos factores sobre el resarcimiento, ni calificar la situación del damnificado. Todo queda librado a la ponderación del magistrado.

b) La ley habla de “un” resarcimiento, no “del” resarcimiento. De ahí surge que se está lejos de la reparación “integral” que es frecuente propiciar en materia de indemnización de daños ^{17 bis 1}. No se trata de borrar el daño, colmando la brecha que el hecho nocivo ha causado en el patrimonio del damnificado. Sólo se quiere acudir en socorro de éste, concediéndole “algún” remedio para su infortunio, en la medida en que la equidad lo exija. De donde se sigue que en toda hipótesis de duda el juez tendrá que inclinarse por la menor indemnización ante el juego del principio “favor debitoris”. Sólo excepcionalmente corresponderá la indemnización total del perjuicio ^{17 bis 2}.

c) El nuevo texto pone bien en claro que el magistrado, al establecer en esta hipótesis “algún” resarcimiento, lo hace “*fundado en razones de equidad*”. Ello es esencial para que se penetre el sentido de la indemnización, que no sanciona una responsabilidad aquí inexistente. “Para quienes vemos en la responsabilidad una consecuencia necesaria de la idea de culpa —dice Acuña Anzorena, y nosotros estamos, ciertamente en esa línea ¹⁸— la indemnización que en estos casos se acuerda no es a aquel título, es decir, como sanción a un comportamiento reprochable, sino en consideración a un deber de asistencia, como que el resarcimiento se acuerda conforme a la situación respectiva de los interesados” ^{18 bis}.

^{17 bis 1} Por nuestra parte siempre nos hemos resistido a emplear la calificación integral prefiriendo hablar de *indemnización justa* (véase *supra*, n° 1406-1407).

La expresión “reparación integral” es equívoca y engañosa: sugiere una dimensión uniforme de la vinculación causal e insinúa la necesidad de resarcir siempre *todo* daño causado. Empero, la justicia no obliga sino a la indemnización del daño que en cada caso sea jurídicamente resarcible. Conviene, pues, abandonar una terminología que puede originar simplificaciones aberrantes en una materia tan gravitada por la delicadeza de los matices.

Para una ampliación de este enfoque, remitimos a lo que hemos expuesto en nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, núms. 281-314, o bien a nuestro trabajo “Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes” en el volumen *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille*, ps. 451-494.

^{17 bis 2} Ello procederá sólo cuando no admita punto de comparación la indigencia del damnificado con la opulencia del causante material del daño, y en razón de ello, la indemnización total del daño no habrá de alterar la condición de vida del autor material del daño.

¹⁸ Véase nuestro trabajo “El derecho no es una física de las acciones humanas”, en “L.L.”, t. 107, p. 1015.

^{18 bis} Acuña Anzorena, A., su adición a Salvat, R., *Fuentes de las obligaciones*, t. IV, n° 1718 “in fine”. Este autor cita, en conformidad con su pensamiento, a Savatier, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, París, 1939, t. I, n° 201, p. 252; a Gaudemet, E., *Théorie générale des obligations*, p. 308; y a Joatton, P., *Essai critique sur la théorie générale de la responsabilité civile*, París, 1933, ps. 39-40. También es de recordar el propio Acuña Anzorena, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, 1963, p. 33, ap. XI.

La variante es fundamental, no sólo para graduar el monto de la indemnización que no corresponderá necesariamente a las consecuencias inmediatas o mediatas del hecho dañoso, como en los supuestos ordinarios (conf. arts. 901, 903 y 904 del Cód. Civ.), sino también para concluir que en esta hipótesis no juega la responsabilidad del principal, la cual supone la previa responsabilidad del subordinado ^{18 bis 1}. Por consiguiente, si un dependiente en un ataque de epilepsia causa un daño, el damnificado podrá aspirar a la indemnización de equidad que puedan otorgarle los jueces, a cargo del autor del hecho por la vía del art. 907, segunda parte del Código Civil pero nunca pretender en la misma medida hacer valer la responsabilidad del principal en los términos del art. 1113.

d) Finalmente, es de notar la fluidez de las pautas que habrán de esclarecer la actuación judicial, en orden a la determinación de la indemnización de equidad. El juez sólo está precisado a "tomar en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima", sin otra atadura. Será su criterio y sensibilidad lo que decidirá cómo se traducen la fortuna del victimario involuntario y la situación de la víctima en el monto de la indemnización que se acuerde a ésta. En esa apreciación, el magistrado está exento de todo control, porque es la misma ley la que se ha remitido a su discreción que no quiso restringir con directivas más precisas ^{18 bis 2}.

^{18 bis 1} Conf. Salvat-Acuña Anzorena, *Fuentes de las Obligaciones*, t. IV, n° 2806; Colombo, L. A., *Culpa aquiliana*, 3ª ed., n° 114, letra b; Aguiar, H., *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., 1952, t. III, n° 99; Cammarotta, A., *Responsabilidad extracontractual*, Bs. As., 1947, t. II, n° 322; Morello, A. M., en De Gásperi, *Tratado de Derecho Civil*, t. IV, n° 1896, letra e; Acuña Anzorena, A., *Estudios sobre la responsabilidad civil*, p. 270, texto-nota 56 y p. 284, letra A; Cám. Civ. 1ª Cap., "J.A.", t. 52, p. 429; Cám. 1ª La Plata, "J.A.", t. 71, p. 421; Sup. Corte Bs. As., "J.A.", 1958-I, p. 154; Cám. Nac. Resistencia, "J.A.", 1958-II, p. 67.

Contra: Borda, G. A., *Obligaciones*, 2ª ed., t. II, n° 1376 donde sostiene que el carácter culpable del hecho del dependiente no es un requisito de la responsabilidad del principal.

^{18 bis 2} Aunque valoramos la significación y la alta dignidad que acuerda a la magistratura esta convocatoria del legislador a la sabiduría y prudencia del juez para una administración concreta de la equidad, hubiésemos preferido la enunciación de una cierta pauta de orientación del cometido judicial. Y a ese respecto nos parece especialmente apropiado el criterio de Aguiar, que por nuestra parte aceptamos en el Anteproyecto de 1954 (véase n° 1424 de esta obra) y que habría sido simpático ver acogido por la ley 17.711, por el eco, que habría representado, del pensamiento de un egregio jurista que difundió su enseñanza en la prestigiosa Universidad de Córdoba.

Por otra parte, si se concuerda en que más allá de la justicia estricta, cabe "alguna" indemnización, por razón de equidad a cargo de quien no es, sin embargo, responsable, como en esa hipótesis no juegan los principios que encausan, ordinariamente el cometido del juez (culpa o dolo del agente, tipo de conexión causal del hecho con el daño) parece prudente suministrar al juez alguna guía que aleje el peligro de su puro arbitrio que no deja de ser un efectivo riesgo en esta materia: no sea que por la latitud de atribuciones que se ha dejado al magistrado, pueda el damnificado obtener por este camino una indemnización mayor que la que en justicia y no según equidad le hubiese correspondido.

1424 quater. APRECIACIÓN DE LA INNOVACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 17.711.— Pensamos que esta novedad de la reciente reforma es sumamente auspiciosa.

Por lo pronto, porque remarca la presencia vital de la equidad en la sociedad de los hombres. Para el mayor bien de éstos, no basta la sola vivencia de la justicia legal: hay que darle también el lugar apropiado a la equidad que en el decir de Aristóteles “obtiene una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal”. Hay ciertas materias rebeldes a una sujeción a normas generales. “Y así —dice el filósofo griego— en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es menos buena por esto: la falta está por entero en la naturaleza misma de las cosas, porque ésta es precisamente, la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se engaña por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregir y suplir su silencio”¹⁹.

En nuestro asunto —la reparación de daños— la justicia exige que la obligación de reparar se imponga al autor consciente del hecho dañoso y que se exima de ella al autor involuntario del daño: de otro modo, entraría en crisis toda la teoría de la responsabilidad civil, si se impusiera la sanción del resarcimiento al irresponsable. Empero, esa solución no es plenamente satisfactoria en cuanto abandona a su desgracia al inocente damnificado. En su socorro viene la equidad a templar la dureza del principio de pura justicia legal, y a estimular una solidaria participación en el infortunio, de todos los implicados en él. Lo que hasta ahora era sólo un dictado del derecho natural que creaba en el fuero de la conciencia del autor involuntario del daño, la necesidad moral de contribuir a su reparación^{19 bis} según las po-

¹⁹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, cap. X.

^{19 bis} Ya la doctrina aceptaba que había obligación natural de indemnizar en cierta medida el daño causado, cuando faltaba el discernimiento en la actividad dañosa (conf. Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 195; Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado práctico de Derecho Civil*, Ed. Habana, v. VII, n° 986, p. 298; Busso, E., *Código Civil anotado*, t. II, p. 372, núms. 320-321), v.gr., insanos o menores de baja edad. Aunque estos no tengan los diez años del discernimiento legal (conf. art. 921), pueden estar urgidos por su conciencia a satisfacer en todo o en parte la indemnización del perjuicio causado. Y en cuanto a los insanos, lo mismo puede ocurrir si llegasen a recuperar la razón; y aun manteniéndose la enajenación mental, la conciencia social aprueba la indemnización parcial, siempre que no sea a título de responsabilidad.

Otro supuesto de obligación natural de indemnizar aparece cuando falla la culpa, reuniéndose los demás requisitos, v.gr., el padre de un hijo menor que se excusa demostrando que él no pudo evitar la comisión del daño obrado por el hijo o que éste no vivía bajo su vigilancia (arg. arts. 1115 y 1116 del Cód. Civ.; conf. Busso, E., *op. cit.*, t. III, p. 372, n° 324); o bien, el principal a quien no le alcanza la responsabilidad civil por los daños provocados por el dependiente mediante un acto obrado en el ejercicio de las funciones encomendadas, cuando no le es imputable al agente.

Igualmente, hay obligación natural de indemnizar si el autor del daño actúa en infracción a

sibilidades de cada cual, ahora la ley 17.711 la refuerza por la regulación positiva. Ello habla de una afirmación de la delicadeza de la conciencia social que es reconfortante verificar, así como de la lúcida actuación de los autores de la ley 17.711, que supieron interpretar ese estado de conciencia de la sociedad, promoviendo el progreso del derecho positivo.

En cuanto al criterio que habrá de orientar al juez en la fijación de “algún” resarcimiento con que se paliará la situación del damnificado, lo estimamos demasiado fluido e inseguro. El nuevo texto legal lo remite todo a la estimación del juez a quien sólo le aclara que su cometido tiene un fundamento de equidad, indicándole fuera de ello, que tendrá que tomar en cuenta “*la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima*”. Con una directiva tan imprecisa, el juez queda sin brújula, pues no sabe cómo hacer gravitar tales elementos en su decisión. No nos asusta la discrecionalidad judicial cuando no hay otro modo de hacer prevalecer la justicia. Pero si es posible eludirla, es más prudente no ceder a ella para no caer en el peligro de la inseguridad jurídica. En este asunto se corre el riesgo de que nunca se pueda prever el importe del resarcimiento y que, eventualmente, pueda resultar mayor la obligación del autor involuntario del daño que la del agente voluntario del mismo. Hubiéramos preferido el objetivo criterio de Aguiar que prorratea el daño involuntario entre su causante y el damnificado en proporción a su respectiva fortuna, lo cual es materia sujeta a prueba que origina un pronunciamiento controlable. Ese mecanismo simple ya habría repre-

la moral y buenas costumbres; así, quien seduce a una mujer honesta, sin incurrir en delito, tiene deber de conciencia de reparar los daños y perjuicios que ella sufre por ese hecho. Si el acto inmoral no viola la ley, no hay responsabilidad civil en nuestro derecho (conf. art. 1066 del Cód. Civ.), a diferencia de otras legislaciones extranjeras que admiten la ilicitud civil por la sola transgresión de la moral y buenas costumbres (Cód. Civ. alemán, art. 826; Cód. suizo de las Obligaciones, art. 41 “in fine”; Código Civil austríaco, art. 1925, parte segunda, primer período; Código griego, art. 919; Anteproyecto de Código de las Obligaciones para el Brasil, art. 152). Nuestro Anteproyecto de Código Civil de 1954 sigue también esta última orientación en su art. 1072 “in fine”.

Comp. en el sentido de que la transgresión a la moral es un acto ilícito civil que obliga al resarcimiento del daño causado: Acuña Anzorena, A., su anotación a Salvat, R., *Fuentes de las Obligaciones*, t. IV, n° 2706, a, p. 20. A nosotros nos parece que esta interpretación muy plausible en sí misma, por la incorporación plena del orden moral al orden jurídico que ella comporta, es extraña al art. 1066 y concordantes del Código Civil. El codificador distinguió a ese respecto, la materia contractual de la extracontractual: lo inmoral no puede ser objeto de un contrato, que en esas condiciones es causa ilícita o ilegítima de obligación (conf. arts. 502, 953 y 1167 Cód. Civ.; véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, n° 39); pero no configura un acto ilícito civil si falta la reprobación expresa de la ley (conf. art. 1066, Cód. Civ.). No compartimos esa política discriminatoria, y por ello hemos erigido en acto ilícito civil al hecho dañoso cometido a sabiendas contra las buenas costumbres, en el Anteproyecto de Código Civil del año 1954 (art. 1072). La inmoralidad debe ser reprimida siempre que trascienda al orden jurídico. No obstante, entendemos que la distinción puntualizada se impone al intérprete por corresponder a la verdad de la doctrina latente en el Código Civil.

sentado un claro progreso en la comparación con el sistema precedente, sin contener el peligro que implica el criterio ahora adoptado.

§ 4. Actos ilícitos; elementos. Clasificación. El dolo. La culpa. Delito civil y delito criminal: distinción.

1425. CONCEPTO DEL ACTO ILÍCITO: SUS ELEMENTOS.— Los actos ilícitos son actos voluntarios, reprobados por las leyes, que causan un daño imputable al agente en razón de su dolo o culpa. Tal el concepto que surge de la conjugación de varias disposiciones del Código Civil: los arts. 898, 1066 y 1067.

El análisis de la definición nos permite ver en ella la concurrencia de cuatro elementos esenciales, a saber: a) la *voluntariedad* del acto; b) la *reprobación* de la ley; c) la existencia de un *daño*, y d) la intención *dolosa* o *culposa* del agente. Basta que alguno de estos elementos falte para que la noción del acto ilícito quede entonces eliminada.

1426.— a) El *primer elemento* del acto ilícito consiste en la calidad voluntaria de la acción del sujeto. Siendo los actos ilícitos una subdivisión de los actos voluntarios, según se ha visto en el n° 1364, todos los elementos de éstos deben estar presentes en aquéllos. No hay al respecto dificultad alguna.

1427.— b) El *segundo elemento* del acto ilícito está provisto por la ley que veda al hombre la realización de ciertas acciones. Según el art. 1066 del Código Civil, “ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto”.

Las acciones humanas son innumerables y quedan libradas en su realización a la espontánea decisión de los particulares. Esta libertad de acción está asegurada por la Constitución Nacional, que impide que alguien “sea obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19, 2ª parte).

Si el hábito de desenvolvimiento de las acciones humanas, en general, es indefinido, no ocurre así con los actos ilícitos, que constituyen un campo delimitado, vedado explícitamente por el legislador a la libre actividad de los particulares. Por otra parte, como lo hace resaltar el codificador en el precepto antes transcripto, la reprobación debe estar contenida en una norma legal, en sentido material, es decir, en una disposición general proveniente de autoridad competente, sea ésta el Congreso nacional, el presidente de la República, las legislaturas locales, las autoridades municipales o policiales.

1428.— El *tercer elemento* del acto ilícito es el *daño causado*. Así resulta del art. 1067 que dice: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño, u otro acto exterior que lo pueda causar...”.

Por daño debe entenderse todo “perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria” (conf. art. 1068, Cód. Civ.) y “comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito” (art. 1069, Cód. Civ.).

En el concepto de daño quedan englobadas, entonces, las nociones romanas de *damnum emergens* y *lucrum cessans*. El daño emergente consiste en la pérdida o merma patrimonial que se sufre, v.gr., si alguien es embestido por un vehículo y debe ser hospitalizado para curarse, todo los gastos de curación incluso los honorarios médicos, etc., entran en este renglón. El lucro cesante consiste en la utilidad o ganancia que habría obtenido el damnificado, si no hubiese ocurrido el acto ilícito, de manera que este hecho no obra como causa positiva sino negativa de ese perjuicio. Ejemplo: la ganancia frustrada durante el período de curación del accidentado en el supuesto precedente.

El daño puede ser: 1) directo o indirecto; 2) actual, futuro o eventual; 3) patrimonial o moral.

1429.— 1) Daño *directo* es el que sufre el damnificado directamente en las cosas de su dominio o posesión (art. 1068, Cód. Civ.). Ejemplo: el deterioro de una cosa.

Daño *indirecto* es el menoscabo patrimonial que el damnificado sufre por el mal hecho a su persona, o a sus derechos o facultades (art. 1068, Cód. Civ.). Ejemplos: la retracción de la clientela que sufre un médico calumniado; la ocupación injusta de una casa que priva al propietario de la renta posible, o que lo obliga a desembolsos extraordinarios para obtener vivienda, etc.

El daño indirecto no debe ser confundido con el daño moral.

1430.— 2) Daño *actual* es el detrimento patrimonial ya ocurrido pero que aún subsiste sin reparar.

Daño *futuro* es el detrimento patrimonial que ha de sufrir necesariamente el damnificado en un tiempo ulterior, el cual es indemnizable si puede desde ya apreciarse económicamente. El daño futuro está previsto como un elemento computable de la indemnización en el art. 1067 del Código.

El daño futuro no debe ser confundido con el daño *eventual*. El primero es el que habrá de producirse necesariamente, y por tanto puede ya incluirse en la indemnización. El daño eventual es el que puede ocurrir o no, y no es computable. Si el peligro que comporta puede constituir un daño por la desvalorización de la cosa sometida a ese riesgo, ello será un daño actual y por tanto resarcible.

1431.— 3) El daño *patrimonial* es el menoscabo susceptible de apreciación pecuniaria al cual se refiere exclusivamente el Código Civil como elemento computable del resarcimiento de los perjuicios (véase art. 1068, Cód. Civ.).

El daño *moral* consiste en la aflicción, la angustia, el dolor que puede sufrir la víctima de un hecho ilícito independientemente de toda incidencia en su patrimonio. Si a causa de ese dolor el damnificado sufre un perjuicio económico, éste será un daño patrimonial indirecto que no es posible confundir con el daño moral, el cual, por afectar el espíritu de la víctima, es insusceptible de estimación pecuniaria.

Algunos autores ^{19 bis 1} opinan que el daño moral no da lugar a un resarcimiento que estiman impracticable y por definición imposible, pero puede sí servir de antecedente justificativo de una condena al pago de una suma pecuniaria, en el carácter de satisfacción por el agravio que se ha causado al ofendido.

Este carácter represivo y ejemplar que reviste la reparación del agravio moral, explica que en el sistema del Código de Vélez no constituyera el daño moral un factor computable de la indemnización de daños y perjuicios, sino respecto de los delitos del derecho criminal (conf. art. 1078, Cód. Civ.). Sólo entonces era procedente la reparación del daño moral, a modo de pena civil que se agregaba a la pena del derecho criminal ^{19 bis 2}.

1432.— El *cuarto elemento* del acto ilícito consiste en la *intención, dolosa o culposa*, del agente. No basta que el acto dañoso y reprobado por la ley sea voluntario para que ya al propio tiempo sea ilícito: se requiere que el agente haya obrado con una determinada intención susceptible de ser calificada como dolosa o como culposa, según que en ella aparezca el dolo o la culpa, conceptos a los cuales nos hemos de referir en seguida.

1433. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS ILÍCITOS. EL DOLO. LA CULPA.— Los actos ilícitos se clasifican en delitos y cuasidelitos, según que la intención del agente haya sido dolosa o culposa.

Delito es, entonces, el acto ilícito obrado con dolo. *Cuasidelito* es el acto ilícito realizado con culpa.

^{19 bis 1} Llambías, J. J., *El precio del dolor*, "J.A.", 1954-III, p. 358; Legón, Fernando, *Naturaleza de la reparación del daño moral*, "J.A.", t. 52, p. 794. Conf. Cám. Civ., Sala "D", "L.L.", t. 89, p. 465; íd., Sala "E", "J.A.", 1962-II, p. 307, fallo n° 5524; íd., Sala "A", votos en disidencia del autor, en "L.L.", t. 93, ps. 372 y 504.

^{19 bis 2} El daño moral era ajeno a la responsabilidad contractual: Cám. Civ., Sala "E", "L.L.", t. 105, p. 87. Sólo procedía cuando mediasen delitos criminales juzgados tales en sede penal: Cám. Civ., Sala "E", "L.L.", t. 108, p. 278.

La ley 17.711 ha alterado esa situación en términos que hemos juzgado apropiados: véase nuestra obra *Estudio de la Reforma del Código Civil, Ley 17.711*, ps. 139 y ss. Asimismo el tomo I de nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, 2ª ed. y sigs., n° 270 bis.

El dolo como elemento intencional de los actos ilícitos, consiste en la intención de perjudicar, en la intención maligna de provocar el daño que el agente causa. Cuando el sujeto actúa voluntariamente (primer elemento) y ejecuta un acto reprobado por la ley (segundo elemento), del que se sigue un daño (tercer elemento) querido por el agente (cuarto elemento: dolo), éste ha incurrido en un delito, definido en el art. 1072 del Código Civil, como *el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro*.

El cuarto elemento del acto ilícito a que nos estamos refiriendo es alternativo. El dolo puede ser sustituido por la culpa, y entonces el acto ilícito resultará mudado en su especie. Subsistirá el género —acto ilícito— pero estará cambiada la especie, el delito por el cuasidelito.

La culpa, que es el elemento intencional característico del cuasidelito, consiste en la omisión de aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de las cosas, para evitar el daño sobreveniente. El Código Civil contiene una definición muy apropiada de la culpa en el cumplimiento de las obligaciones, en el art. 512, según el cual *“la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiese la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”*.

Este concepto de culpa se refiere al incumplimiento de las obligaciones, pero como es sustancialmente idéntico al que ahora interesa destacar, es posible trasladarlo a este lugar con las variantes adecuadas. Y entonces, diremos que la culpa consiste en la omisión de las diligencias que exigiere la naturaleza del acto y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, a fin de evitar el daño sobreveniente.

Lo característico de la culpa, según se ve, radica en una inadvertencia, una incuria, un descuido, una imprudencia, en fin, en una negligencia, concepto global que encierra a los anteriores, por lo cual el codificador lo usa a veces como sinónimo de culpa (v.gr., art. 1067 “in fine”).

El agente que obra con culpa, no tenía la intención de causar el daño producido. Pero estaba en el deber de advertir las consecuencias de sus actos, de prever el resultado de su acción. Y porque no previó el daño, o no lo evitó, pudiendo hacerlo, se lo hace responsable del mismo, y se lo obliga a repararlo.

Existe una corriente doctrinaria que tiende a fusionar ambas categorías de actos ilícitos en una sola, y tratar parejamente a los agentes dolosos o culposos. Estimamos que esta opinión es equivocada, como lo hemos demostrado al criticar la teoría alemana de la reparación integral (véase *supra*, n° 1406).

En una postura diferente, nuestro sistema legal distingue acertadamente los delitos de los cuasidelitos, para agravar la responsabilidad que incumbe a los autores de los primeros. En efecto, recordamos que los agentes que obran con culpa sólo responden de las consecuencias inmediatas y mediatas del acto. En cambio, quienes actúan con dolo, también responden por las consecuencias casuales cuando el agente hubiere obrado en mira de la producción eventual de tales consecuencias (véase *supra*, n° 1412, 1°).

1434. DIFERENCIACIÓN DE LOS ACTOS ILÍCITOS CIVILES Y LOS DELITOS CRIMINALES.— En los números precedentes hemos tratado de los actos ilícitos civiles (delitos y cuasidelitos), sin referirnos para nada al Derecho Penal.

Es que *lo ilícito civil* se distingue de *lo ilícito penal*, y de esto último no se ocupa el derecho civil. Conviene, entonces, indicar sumariamente las diferencias existentes entre ambos órdenes, para impedir cualquier confusión al respecto.

El derecho civil constituye el núcleo fundamental del derecho privado, que ya los romanos definían “*quo ad singulorum utilitatem pertinet*”²⁰, es decir, aquél referente a la utilidad de los particulares. Por tanto, toda vez que una acción injusta —es decir, contra derecho— lesiona un interés particular, queda configurado *lo ilícito civil*, e interviene el derecho civil para poner remedio al entuerto mediante la sanción adecuada: la reparación de daños y perjuicios.

Lo que importa por ahora destacar es que la “injusticia” del acto lesivo no es definida propiamente por el derecho civil, sino que éste recoge el concepto de cualquier disposición integrante del ordenamiento jurídico: por ejemplo, las ordenanzas municipales que prohíben la circulación de vehículos por ciertas calles, o a contramano, o a velocidad excesiva; o los edictos de policía que prohíben el uso de petardos, cohetes, etc. Pero además será indispensable, para que la acción injusta configure un “acto ilícito civil”, que ella produzca un daño a algún individuo en particular, pues de lo contrario no interviene el derecho civil, que tutela principalmente el bien de los particulares. Por esto es que si alguien circula a velocidad excesiva o a contramano sin dañar a nadie, comete una contravención municipal pero no un acto ilícito civil.

El derecho penal, contrariamente a lo expuesto, es una rama del derecho público que en líneas generales procura el bien de la comunidad, y sólo secundariamente el bien individual. Lo ilícito penal comprende un número restringido de acciones que atentan contra la sociedad haciendo peligrar su digna subsistencia: son los delitos criminales, que suscitan una represión penal mucho más rigurosa que la que el derecho civil provee para los delitos o cuasidelitos civiles, como que en algunos países llega hasta la privación de la vida al delincuente (pena de muerte). Pero por lo mismo que las sanciones son incomparablemente más intensas, las acciones pasibles de ellas están prefijadas en el Código Penal, de manera que cualquier acto humano no incluido en este ordenamiento no constituye un delito criminal. Finalmente, la existencia de un daño particular es en sí misma indiferente, y sólo es tomada en cuenta para caracterizar adecuadamente la figura delictiva correspondiente, sin que la ausencia de perjuicio sea obstáculo para la incriminación penal: por esto la mera tentativa de delito configura un hecho penalmente reprehensible.

En suma, entre lo ilícito civil y lo ilícito penal pueden anotarse las diferencias principales siguientes:

²⁰ Instituta de Justiniano, Libro Iº, tít. 1º, § 4º.

Primera: Los actos ilícitos civiles son innumerables, pues ellos pueden resultar de cualquier contravención al ordenamiento legal; los delitos criminales están taxativamente determinados en el Código Penal.

Segunda: Los actos ilícitos civiles requieren indispensablemente la producción de un daño a un particular; los delitos criminales, no.

Tercera: Los actos ilícitos civiles dan lugar a sanciones resarcitorias que restablecen el precedente equilibrio de intereses; los delitos criminales originan sanciones represivas más variadas e intensas.

Cuarta: La terminología de delitos y cuasidelitos es propia del derecho civil. Para el derecho penal no hay nada más que delitos, que son las acciones (dolosas o culposas) incriminadas por el Código Penal.

Es claro que, siendo los actos ilícitos civiles o los delitos penales categorías conceptuales diferentes, pueden corresponder a un mismo acto del hombre, y así ocurre con relativa frecuencia. Ejemplo: *A* dispara un arma de fuego contra *B*, y lo hiere. El mismo acto configura un delito civil (si *A* tenía intención de herir) y un delito penal; dará, por tanto, lugar a una sanción resarcitoria, que se regula por las disposiciones del Código Civil, y a una sanción represiva, que se rige por el Código Penal. Pero aun cuando, por razones de economía procesal, pueda ser el mismo magistrado quien imponga ambas sanciones (conf. art. 29, Cód. Penal), no por ello sufrirá confusión la independencia de ambos órdenes jurídicos, el civil y el penal, con su respectiva teoría de la responsabilidad.

CAPÍTULO XIII

ACTOS JURÍDICOS

§ 1. Actos jurídicos. Definición legal. Caracteres *.

1435. FUNCIÓN Y LÍMITES DE LA VOLUNTAD PRIVADA.— La *teoría del acto jurídico* reviste en el derecho la mayor importancia, por cuanto dicho acto es el medio por el cual el hombre impone un orden de relaciones jurídicas adecuado a las diversas finalidades que se propone alcanzar.

Un amplio sector del derecho privado ha sido entregado por el legislador, en lo sustancial, al gobierno de los particulares. Son las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, que quedan sometidas en su regulación al *principio de la autonomía de la voluntad*. Por lo demás, aun en la parte restante del derecho privado, lo que podría denominarse el sector autoritario, puesto que su régimen proviene exclusivamente de la autoridad pública que lo determina, v.gr., el derecho de familia, el derecho hereditario, los derechos reales, etc., aun allí, se advierte la importancia de la voluntad del sujeto que puede decidir sobre la aplicabilidad concreta de tal o cual estatuto en lo que a él respecta. Así el régimen matrimonial se define por el legislador sin consulta alguna a la voluntad particular, pero cada sujeto puede

* BIBLIOGRAFÍA: Orgaz, A., "El concepto del acto jurídico", *Estudios de Derecho Civil*, ps. 127 y ss.; íd., "El acto o negocio jurídico", en *Nuevos Estudios de Derecho Civil*, Bs. As., 1945, ps. 200 y ss.; Von Tuhr, A., *Teoría general del Derecho Civil alemán*, t. III, ps. 161 a 369; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil*, 10ª ed., t. I, núms. 261 y ss., ps. 104 y ss.; Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado Práctico de Derecho Civil*, ed. La Habana, t. VI, núms. 45 y ss.; Ennecerus, Kipp y Wolf, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, ed. Barcelona, 1934, t. I, vol. 2º, ps. 52 y ss.; Scialoja, V., *Negocios jurídicos*, trad. española, 1942; Danz, E., *Interpretación de los negocios jurídicos*, trad. española, Madrid, 1926; Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 2ª ed., Madrid, 1949, ps. 655 y ss.; Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. española, Madrid; Boffi Boggero, Luis M., *El objeto del acto jurídico*, en "Rev. de Derecho y Ciencias Sociales", Bs. As., año III, núms. 3-4, p. 11.

decidir si desea formalizar ese acto jurídico trascendente que es el matrimonio, y por tanto si acepta que se le aplique el estatuto matrimonial fijado por la ley.

No cabe duda, por lo que se ha dicho, de que aun en un plano subordinado a la ley, la voluntad humana individual constituye un medio de expresión del derecho, siendo el acto jurídico el conducto por el cual aquella voluntad se exterioriza e impone.

De ahí la trascendencia de la teoría del acto jurídico, que es una de las fundamentales de la ciencia del derecho.

1435 bis. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD; CONSAGRACIÓN POR EL ORDENAMIENTO. CONCEPCIONES VARIAS.— El principio de la autonomía de la voluntad está consagrado en el art. 1197: “*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*”.

Esa fórmula que pone en un pie de igualdad al contrato y a la ley, muestra la estima que el pensamiento jurídico del siglo pasado tuvo por la voluntad de los particulares, a cuya libertad se dio la mayor expansión. Diversamente, en la primera mitad de nuestro siglo el movimiento de las ideas siguió una dirección opuesta, subestimándose extremadamente la función de la voluntad particular frente a la autoridad avasallante del Estado. En verdad la organización jurídica apropiada debe equilibrar esos factores en juego, y superar el falso antagonismo de “libertad” y “autoridad” para lograr un ordenamiento social en el cual el contrato llena una función que al propio tiempo que satisface el interés individual de los contratantes coadyuva al bien común de la sociedad; y la autoridad estatal, sin dejar de respaldar el régimen contractual en lo que tiene de conforme con la naturaleza libre y social del hombre, resguarda eminentemente los fueros de la justicia.

La sabiduría de Vélez Sarsfield en buena medida, ha consistido en elaborar una obra que permite al intérprete valorar el principio de la autonomía de la voluntad particular, en lo que tiene de saludable, sin caer en exageraciones lesivas de la justicia y del bien común. Cuando la libertad se desorbita, desentendiéndose del bien del hombre para el cual ella existe, el intérprete encuentra en el ordenamiento jurídico argentino, los resortes apropiados que permiten rectificarla y encauzarla.

1436. DEFINICIÓN LEGAL DEL ACTO JURÍDICO.— El art. 944 del Cód. Civil dice así: “*Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan*

por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”.

El precepto refleja apropiadamente el concepto de acto jurídico, conforme a la noción consignada en el art. 437 del *Esbozo* de Freitas, que ha inspirado al codificador en esta materia.

Por otra parte, el concepto de acto jurídico, ya bajo esta denominación o la de negocio jurídico, utilizada en Alemania, Italia y España, es una elaboración de la ciencia jurídica universal que muestra unánime coincidencia.

1437.— En Francia se usa la misma terminología de nuestro Código. Colin y Capitant definen al acto jurídico como la “manifestación de voluntad hecha con la intención de engendrar, modificar o extinguir un derecho”. Para Planiol los actos jurídicos son “los actos cumplidos únicamente para realizar uno o varios efectos de derecho”. Y Bonnecase nos suministra la siguiente noción analítica: acto jurídico es “la manifestación exterior de la voluntad unilateral o bilateral, cuyo fin directo es engendrar, sobre el fundamento de una regla de derecho, contra o en beneficio de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente, o por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”.

En Italia y en Alemania se acuerda a la expresión “actos jurídicos” un alcance más amplio, comprensivo de todos los actos voluntarios lícitos, reservándose para aquel concepto la denominación de “negocio jurídico”. Así Scialoja entiende por negocio jurídico “la exteriorización de la voluntad dirigida a un efecto sancionado por el derecho”, y De Ruggiero “la declaración de voluntad del particular, dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico”.

Pero es sobre todo en Alemania donde mejor se advierte la relación de género a especie existente entre los actos y los negocios jurídicos. Por lo pronto Savigny entendía por actos jurídicos a todas las declaraciones de voluntad, siendo Windscheid quien conceptúa al negocio jurídico como una declaración de la voluntad privada efectuada en vista de la producción de un efecto jurídico.

A su vez Von Tuhr identifica a todos los actos lícitos que producen un efecto en el derecho privado, como actos jurídicos (género), a los cuales subdivide en tres especies: 1º) *negocios jurídicos*, o manifestaciones de voluntad que procuran un efecto jurídico; 2º) *actos jurídicos propiamente dichos*, o manifestaciones de voluntad que procuran un resultado material, al que la ley asigna un efecto jurídico (ejemplo: la intimación de pago); 3º) *operaciones jurídicas*, o manifestaciones de la voluntad que procuran un resultado material, las que sólo producen efecto jurídico cuando se alcanza ese resultado (ejemplo: el empleo útil o la gestión de negocios).

En España, Valverde y Valverde define al negocio jurídico como “la declaración de voluntad que tiene especialmente por fin crear, modificar y extinguir derechos”.

1438.— En suma, se advierte a través de esta compulsa de opiniones, cómo el concepto de acto jurídico que adopta nuestro codificador coincide con el sustentado por Freitas y los autores franceses, así como con el negocio jurídico de los autores alemanes, italianos y españoles. En pura teoría esta última terminología tiene la ventaja de dejar la expresión de actos jurídicos reservada para los actos voluntarios lícitos, que entre nosotros carecen de una denominación específica. No obstante ello, como las cuestiones terminológicas no dependen tanto de la lógica cuanto de los efectivos usos de los hombres, y en el caso, de la nomenclatura legal, nos atendremos a ésta, sin perjuicio de usar la denominación de negocio jurídico en estricta sinonimia con la de acto jurídico en el sentido expresado por el recordado art. 944.

1439. CARACTERES DEL ACTO JURÍDICO.— El acto jurídico presenta los siguientes caracteres enunciados en un orden de generalidad decreciente: 1º) es un hecho humano o acto; 2º) es un acto voluntario; 3º) es un acto lícito; 4º) tiene un fin jurídico. Los tres primeros caracteres son comunes a los actos jurídicos y a otros actos. El cuarto y último carácter constituye la nota específica de los actos jurídicos que sirve para distinguirlos de los demás.

1º) El acto jurídico es un *hecho humano*. Es el carácter de mayor generalidad, que lo opone a los hechos jurídicos naturales o externos.

2º) El acto jurídico es un *acto voluntario*. Sostiene De Ruggiero que éste es el aspecto central y predominante, estimando ocioso discutir si la eficacia del acto jurídico deriva de la voluntad que lo crea o de la ley que sanciona su resultado, ya que ni la voluntad por sí sola alcanzaría el propósito buscado sin el amparo del ordenamiento legal, ni éste podría tomar en cuenta el efecto producido sin la iniciativa de la voluntad particular. El acto jurídico está vertebrado en la noción de la voluntad, razón por la cual el sujeto que celebra un acto formalmente jurídico, sin discernimiento, o sin intención, o sin libertad, puede impugnarlo para desentenderse de sus efectos propios. Así se advierte la vinculación existente entre la teoría de los actos voluntarios y la de las nulidades: las fallas de la voluntad configuran causas determinantes de la anulación de los actos jurídicos respectivos.

3º) El acto jurídico es un *acto lícito*. Desde luego no se concibe que el ordenamiento legal pueda amparar a actos que tengan un fin contrario al mismo ordenamiento, razón por la cual la voluntad del agente debe subordinarse a la ley, para no incurrir en la sanción de nulidad del acto realizado que sólo sería formal, pero no sustancialmente jurídico. Como en la consideración del carácter precedente, aquí también se presenta una conexión con la teoría de las nulidades, ya que el acto de objeto ilícito carece de validez (conf. arts. 1044, inc. 2º, y 1045, inc. 3º). Pero es menester hacer notar que mientras en el caso anterior la sanción de nulidad actúa a favor del agente, como una medida de protección, por lo que sólo puede ser aducida por él (nulidad relativa), en este otro la sanción reacciona contra el autor del acto que no se somete a la ley, a punto tal que la nulidad puede ser invocada por todos menos por el mismo agente (nulidad absoluta, conf. art. 1047, 2ª parte).

4º) El acto jurídico tiene un *fin específicamente jurídico*: el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica. Ésta es la nota característica exclusiva del acto jurídico, su rasgo distintivo y propio.

1440. MÉTODO DEL CÓDIGO Y DE LOS PROYECTOS DE REFORMA.— El codificador ha reunido las disposiciones generales aplicables a los actos jurídicos en el título II, de la Sección 2ª del Libro Segundo, después de haber tratado en el título anterior de los “Hechos en General”, método sin duda apropiado, porque comienza por ocuparse del género —los hechos jurídicos— para luego seguir con la especie principal: los actos jurídicos.

Por lo demás, la sistematización de normas referentes a los actos jurídicos, inspirada en Freitas, representa un sensible progreso sobre el método seguido por los códigos de la época, que sin elaborar la teoría del acto jurídico, refirieron las disposiciones respectivas a los contratos, v.gr., la teoría de los vicios del consentimiento, desenvuelta como un capítulo de aquéllos, lo cual se advierte hasta en la misma denominación, no obstante ser aplicable a toda clase de actos voluntarios y especialmente a los actos jurídicos.

Ese acierto metodológico fundamental del codificador se ve empañado por algunas fallas secundarias. En efecto, las modalidades de los actos jurídicos debieron ser ubicadas en esta sección y no en la referente a las obligaciones como aparecen en el Código actual. Otro tanto ocurre con el régimen de la prueba de los hechos y actos jurídicos, del cual se ocupa Vélez Sarsfield, exclusivamente con relación a los contratos (arts. 1190 a 1194). Asimismo, falta en el Código actual una teoría general de la representación, que refiriéndose a una manera de ser de los actos jurídicos debió tener aquí su tratamiento adecuado, en lugar de aparecer la materia dispersa, a través del contrato de mandato (arts. 1869 y ss.) y de la representación legal en las instituciones del derecho de familia: patria potestad (arts. 264 y ss.), tutela (arts. 377 y ss.) y curatela (arts. 468 y ss.). Finalmente, también se nota en el Código la ausencia de un título dedicado a la extinción de las relaciones jurídicas, donde debe tratarse de la caducidad y también de la transacción, de

la renuncia y de la confusión que el codificador ha considerado sólo como modos de extinción de la obligación, no obstante extenderse su aplicabilidad a los derechos reales.

Los proyectos nacionales de reforma han enmendado esas deficiencias.

El *Anteproyecto Bibiloni* sujeta la sección 3ª de su Libro Primero, Parte General (segunda redacción), al siguiente desarrollo: Título X, De los hechos; Título XI, De los actos jurídicos; Título XII, carece de denominación, pero trata de las modalidades de los actos jurídicos; Título XIII, De la representación en los actos jurídicos; Título XIV, De la autorización y ratificación de los actos jurídicos; Título XV, De la nulidad de los actos jurídicos; Título XVI, De la confirmación de los actos nulos o anulables.

El *Proyecto del año 1936*, somete la materia a este desenvolvimiento: Libro Primero (Parte General), Sección 3ª (Hechos y actos jurídicos); Título I, De los actos voluntarios; Título II, De los actos jurídicos; Título III, De las modalidades de los actos jurídicos; Título IV, De la representación en los actos jurídicos; Título V, De la nulidad de los actos jurídicos; Título VI, De la extinción de las relaciones jurídicas. Es de hacer notar que el método del Proyecto de 1936 coincide sustancialmente con el del *Anteproyecto Bibiloni*, pero agrega el último título que no aparecía en este texto.

El *Anteproyecto del Código Civil del año 1954* trata la materia en el siguiente orden: Libro Primero (Parte General), Sección 3ª (Hechos y actos jurídicos); Título VII, De los hechos; Título VIII, De los actos jurídicos; Título IX, De la simulación de los actos jurídicos; Título X, De las modalidades de los actos jurídicos; Título XI, De la representación; Título XII, De la invalidez de los actos jurídicos; Título XIII, De la extinción de las relaciones jurídicas.

Dentro de la gran similitud de ordenamiento que siguen estos textos, es posible señalar algunas diferencias. Por lo pronto la *simulación*, que ocupaba un capítulo del título de los actos jurídicos en los proyectos anteriores, llena todo un título en el *Anteproyecto* de 1954, sin duda porque esa materia presenta diversos matices e incluye situaciones de derecho sobre las que conviene legislar en forma conexa no obstante su diversidad específica. Asimismo las *sanciones de invalidez* de los actos jurídicos son más variadas en el *Anteproyecto* de 1954 que distingue la nulidad, la anulación y la inoponibilidad. Por último, el *Anteproyecto* de 1954 trata de la *caducidad* entre las causas de extinción de las relaciones jurídicas, que distingue de la prescripción sin duda por no afectar esta última a la existencia del derecho sino sólo a la acción respectiva.

§ 2. Clasificación de los actos jurídicos: positivos y negativos; entre vivos y de última voluntad; unilaterales y bilaterales. Otras clasificaciones.

1441.— Aun cuando no es la clasificación de los actos jurídicos asunto que admita una normación legislativa, por cuanto la actividad de clasificar es notoriamente propia de la ciencia del derecho, el codificador argentino, con ese sentido un tanto docente que suele presentar su obra, incluye en los arts. 945, 946 y 947 del Código Civil algunas clasificaciones doctrinarias que en realidad escasa importancia revisten. En cambio, y ya que el Código asume en esta parte la apariencia de un libro científico, habría sido útil mentar otras clasificaciones que tienen un efectivo interés jurídico. Nos referiremos, por su orden, a las clasificaciones enunciadas por el codificador, y trataremos luego otras clasificaciones que hace la doctrina y que tienen positivo interés.

1442. CLASIFICACIONES ENUNCIADAS EN EL CÓDIGO.— Son *tres* las clasificaciones de los actos jurídicos indicadas por el codificador.

1443. ACTOS POSITIVOS O NEGATIVOS.— La *primera clasificación* está tomada de Savigny, pero no la incluyen ni Maynz ni Mackeldey, a todos cuyos autores consultó Vélez Sarsfield en este punto. Esa omisión, dice Segovia, se justifica por no tener tal clasificación importancia alguna.

Para el art. 945, “*los actos jurídicos son positivos o negativos, según que sea necesaria la realización u omisión de un acto, para que un derecho comience o acabe*”.

Un contrato de compraventa es un acto positivo porque requiere la entrega de la cosa para que comience el dominio sobre ella, a favor del comprador.

En cambio, el pacto celebrado para que no se eleve una pared arriba de cierta altura —servidumbre de *altius non tollendi*— es desde este punto de vista un acto jurídico negativo, porque el derecho del beneficiario requiere para su plena subsistencia la continuada abstención del obligado.

1444. ACTOS UNILATERALES O BILATERALES.— La *segunda clasificación* está tomada de Mackeldey. Dice el art. 946: “*Los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales. 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*”, v.gr., el matrimonio.

Esta clasificación no debe confundirse con la similar de los contratos que aun cuando utiliza la misma nomenclatura tiene un fundamento enteramente diferente.

La clasificación de los actos jurídicos se basa en el número de voluntades que entran en la formación del acto; en cambio, la clasificación de los contratos toma en cuenta el número de partes obligadas. El contrato unilateral obliga a sólo una de

las partes intervinientes, v. gr., la donación, el mutuo, el comodato, el depósito. El contrato bilateral crea obligaciones para ambas partes. Ejemplo: compraventa, locación, sociedad, etc.

Esta clasificación interesa en el sistema de las nulidades pues la nulidad parcial sólo funciona en principio respecto de los actos unilaterales (véase *infra*, n° 1894).

1445. ACTOS ENTRE VIVOS O DE ÚLTIMA VOLUNTAD.— La *tercera clasificación* de los actos jurídicos, proviene de Freitas (*Esbozo*, arts. 438 y 438). Dice el art. 947: “*Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este Código ‘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*”.

La diferencia entre unos y otros actos radica en el comienzo de su existencia. Los actos entre vivos, comienzan a existir desde su celebración (conf. art. 951) aun cuando las obligaciones que de ellos derivan puedan exigirse ulteriormente; ejemplo, el seguro de vida.

En cambio, las disposiciones de última voluntad no existen sino a partir de la muerte del disponente. Durante el intervalo, llevan una vida sólo potencial: no son, pero pueden llegar a ser. Por esto dice el art. 952: “*La existencia de las disposiciones de última voluntad comenzará el día en que fallecieren los respectivos disponentes, o en que la ley presumiese que hubiesen fallecido*”.

1446. OTRAS CLASIFICACIONES.— Las clasificaciones de los actos jurídicos no enunciadas por el codificador son las siguientes: 1) actos onerosos y gratuitos; 2) actos formales y no formales; 3) actos principales y accesorios; 4) actos puros y simples, y modales; 5) actos patrimoniales y extrapatrimoniales; 6) actos de administración y de disposición. Nos referiremos a ellas:

1447. 1) ACTOS ONEROSOS Y GRATUITOS.— Actos *onerosos* son aquellos que confieren alguna ventaja a alguna de las partes que a su vez queda obligada a satisfacer determinada contraprestación; ejemplo: la compraventa, la locación, el préstamo oneroso, etcétera.

Actos *gratuitos* son los que benefician exclusivamente a una sola de las partes intervinientes, sin que ella quede obligada a contraprestación alguna; ejemplo: la donación, la institución de herederos, el legado, etc.

Como indica Segovia, esta clasificación es importante porque según sea la índole onerosa o gratuita del acto, difiere la *capacidad* de las partes

para otorgarlo, la *posición* de los acreedores frente a los actos de enajenación del deudor insolvente y el funcionamiento de la garantía de *evicción*.

Con relación a la *capacidad* de las partes, ella es más restringida para realizar actos gratuitos que para celebrar actos onerosos. Ejemplos: *a*) el menor emancipado no puede efectuar actos gratuitos entre vivos referentes a bienes que hubiese recibido a título gratuito (conf. nuevo art. 134), pero sí puede realizar enajenaciones a título oneroso de esos bienes, ya con autorización judicial (art. 135), ya con la conformidad de su consorte si fuese mayor de edad; *b*) la mujer casada no podía con anterioridad a la ley 17.711 hacer donación de sus bienes propios, pero sí podía enajenarlos a título oneroso (ley 11.357, art. 3º, inc. 2º *c*); *c*) el marido no puede donar los bienes raíces adquiridos después de la celebración del matrimonio (conf. art. 1807, inc. 2º). Y de paso, anotemos la aparente incongruencia del régimen legal anterior a la ley 17.711 que prohibía al marido donar los inmuebles gananciales, pero no a la mujer (conf. ley 11.357, art. 3º, inc. 2º, *a*)¹, y a la inversa permitía al marido donar sus bienes propios por sí solo, lo que no autorizaba a la mujer (arg. disposiciones citadas).

En cuanto a la *posición de los acreedores* frente a los actos de enajenación realizados por el deudor insolvente, es más cómoda si la índole de tales actos es gratuita, pues entonces no necesitan acreditar la mala fe del donatario de los bienes, extremo que sí es indispensable establecer respecto de los terceros adquirentes a título oneroso (véase *infra*, nº 1852).

Finalmente, en los actos onerosos concurre la *garantía de evicción a favor del adquirente*, la que no existe en los actos gratuitos salvo pacto expreso. La garantía de evicción implica la seguridad de que el derecho que se transmite es legítimo, y obliga al transmitente a indemnizar al adquirente en caso de pérdida del derecho. Pero esta garantía no funciona a favor del adquirente gratuito, por lo que el donatario obligado a restituir a un tercero la cosa donada, carece de acción de evicción contra el donante.

1448. 2) ACTOS FORMALES Y NO FORMALES.— Actos *formales* son aquellos cuya validez depende de la celebración bajo la forma exclusivamente indicada por la ley. Actos *no formales* son aquellos cuya validez es independiente de la forma de celebración. Para el examen de esta importantísima clasificación véase *infra*, nº 1577.

¹ Esta incongruencia textual era intolerable y debía ser superada por el intérprete en el sentido de que la facultad de donar los bienes adquiridos por la mujer estaba sujeta a las mismas restricciones que el art. 1807, inc. 2º del Código Civil impone con respecto al marido (conf. Cám. Civ., Sala "A", "J.A.", 1962-I, fallo nº 4650, con bien fundado voto del doctor Borda, al que adhirió el autor).

1449. 3) ACTOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS.— Actos *principales* son aquellos cuya existencia no depende de la existencia de otro acto (arg. arts. 523, 2327 y 2328); ejemplo: el matrimonio, el contrato de compraventa, el contrato de mutuo. Actos *accesorios* son aquellos cuya existencia depende de la existencia de otros a los cuales acceden. Ejemplos: las convenciones nupciales (art. 1217), el pacto de retroventa (art. 1366), la hipoteca (art. 3108), respectivamente.

Esta clasificación tiene interés por cuanto los actos comprendidos en ella se rigen por el principio *accessio cedit principali*, es decir, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Así, pues, si el acto principal es inválido también lo es el acto accesorio, pero no a la inversa. Por ejemplo, si es nulo el contrato de mutuo por incapacidad del mutuuario, también es nula la hipoteca constituida para asegurar la restitución del préstamo; pero a la inversa si es nula la hipoteca, v.gr., por defecto de forma, no por ello es nulo el contrato de mutuo al cual la hipoteca accede (arg. art. 525, Cód. Civ.).

1450. 4) ACTOS PUROS Y SIMPLES, Y MODALES. Actos *puros y simples* son los que presentan sólo los elementos esenciales del acto, a saber, el sujeto, el objeto y la forma. Actos *modales* son los que presentan además ciertos accidentes que postergan la ejecución de acto (plazo), o inciden en la existencia de los derechos a que él se refiere (condición), o imponen obligaciones anexas a la adquisición de algún derecho (cargo).

Para el examen de las diversas modalidades, véase *infra*, núms. 1512 y ss.

1451. 5) ACTOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES.— Actos *patrimoniales* son aquellos que tienen un contenido económico, v.gr., el contrato de edición, de sociedad, etc. Actos *extrapatrimoniales*, en cambio, son los que se refieren a derechos y obligaciones insusceptibles de apreciación pecuniaria, v.gr., el reconocimiento de filiación, la adopción, el matrimonio, etc.

1452. 6) ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DE DISPOSICIÓN.— A su vez los actos de contenido patrimonial se distinguen en actos de *administración* y de *disposición*. Como enseñan Planiol, Ripert y Savatier, acto de *administración* es el que tiende, por procedimientos normales, a la conservación y explotación del patrimonio, así como al empleo de las rentas, v.gr., la explotación de un establecimiento rural, la continuación del giro comercial de un negocio, la reparación de un edificio para mantenerlo en buen estado, la percepción de alquileres, etc. Acto de *disposición*, en cambio, es el que introduce una modificación sustancial en el patrimonio, ya porque causa el desplazamiento de un valor integrante de la masa, por ejemplo, la venta del establecimiento rural, del negocio o del edificio antes aludidos, ya porque realiza la gestión patrimonial por procedimientos anormales, que reportan algún riesgo para el mantenimiento del capital, ejemplo: el arrendamiento por un lapso prolongado que puede redundar en desvalorización de la cosa en cuanto inmoviliza la renta en una cifra que puede resultar castigada por la inflación. Esto ex-

plica que se impida a los administradores legales de bienes ajenos los arrendamientos por períodos largos (arts. 443, inc. 10 y 475).

Excepcionalmente no se considera acto de disposición, pese a importar un desplazamiento de bienes, la enajenación de frutos.

§ 3. Elementos de los actos jurídicos: a) el sujeto: requisito de capacidad; b) el objeto: requisitos; el art. 953 del Código Civil y el contenido moral del acto; jurisprudencia. La lesión subjetiva; c) la forma: noción; d) la causa; el problema de la causa.

1453. ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS ACTOS JURÍDICOS: EL SUJETO, EL OBJETO Y LA FORMA.— Después de haber enunciado las diversas clasificaciones de los actos jurídicos, entramos a considerar sus elementos esenciales, es decir, aquellos factores de cuya concurrencia resulta la misma existencia del acto. Dichos elementos son el sujeto, el objeto y la forma.

El *sujeto* es el autor del acto, o persona de quien emana.

El *objeto* es la materia sobre la cual recae, o a la cual tiende, la voluntad del sujeto. Consiste en una cosa o en un hecho.

La *forma* es la manera como se relaciona el sujeto con el objeto, o sea la exteriorización de la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto.

La ausencia de cualquiera de estos elementos esenciales, importa la desintegración de la misma noción de acto jurídico. Por tanto si ocurre en la realidad algún hecho que aparente ser un acto jurídico, careciendo de sujeto, o de objeto, o de forma, *no será acto jurídico*. Y a este *no ser* lo designa nuestro entendimiento como *acto jurídico inexistente*.

La *existencia* no es una categoría legal, sino racional. En cambio, la *validez* del acto jurídico es sí una categoría legal, pues supuesta la existencia del acto, la ley puede establecer cuáles son los requisitos que deben llenarse para que el acto tenga valor o eficacia jurídica.

Seguidamente expondremos los *requisitos de validez* de los actos jurídicos con relación al sujeto, al objeto y a la forma.

1454. SUJETO DEL ACTO JURÍDICO: CAPACIDAD.— La sola actuación voluntaria del sujeto no es suficiente para dar eficacia a un acto jurídico. Para que el efecto jurídico deseado se obtenga, la voluntad del sujeto debe estar calificada por la *capacidad*. Es lo que exige el art. 1040 del Código Civil, según el cual el “*acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho*”.

La exigencia de la *capacidad* como requisito de validez del acto jurídico tiene un fundamento notorio. No obstante la aptitud de conocer, en general, que el sujeto adquiere desde los catorce años para toda clase de actos —discernimiento completo—, la ley ha deseado impedir hasta cierta edad ulterior la celebración de los actos jurídicos, por la repercusión desfavorable que éstos pueden reportarle a la persona, todavía inexperta en razón de su insuficiente madurez. El impedimento resulta de esa situación de *incapacidad* que se prolonga hasta los veintiún años y que se define como la ineptitud del sujeto para celebrar válidamente actos jurídicos por sí mismo.

La capacidad requiere un desarrollo mental completo, afinado por la instrucción recibida y por las lecciones de las primeras experiencias personales. El empleo constante del discernimiento lo afina, pues, como dice el proverbio, el hábito hace a los hábiles. Por ello, dice Aguiar, la ley no otorga la capacidad plena apenas el sujeto alcanza la edad del discernimiento, “sino que la demora hasta los veintidós años, y con relación a ciertos actos (testamento, ejercicio del comercio), la concede a medida que el discernimiento se afina y agudiza por la experiencia” ^{1 bis}.

1454 bis. OTORGANTES, PARTES, REPRESENTANTES, SUCESORES: REMISIÓN.— Examinamos esos conceptos *infra*, núms. 1481 y ss., adonde remitimos al lector.

1454 ter. CONCEPTO DE LEGITIMACIÓN O PODER DE DISPOSICIÓN.— La doctrina moderna distingue la *capacidad* del poder de disposición o *legitimación*. La primera es una aptitud genérica del sujeto; la segunda es la aptitud específica para el acto concreto que se analiza ^{1 bis 1}. Así una persona mayor de edad tiene *capacidad* para pagar una deuda a su acreedor (conf. arts. 726 y 738; véase nuestro *Tra-tado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II, núms. 1406 y 1454 y ss.), pero *carece de legitimación* si se le ha notificado el embargo del crédito para que se abstenga de pagar en manos del acreedor y proceda a consignar el pago a la orden del juez (ídem., t. II, núms. 1484 y ss.).

Se ha observado con razón que la nulidad derivada de la falta de capacidad no se confirma automáticamente por la ulterior capacidad que adquiera el incapaz, sino que es menester un acto especial de confirmación; en cambio, la ineficacia por falta de legitimación queda suplida por el poder de disposición que adquiera luego el disponente ^{1 bis 2}.

Esta diversidad de régimen atribuye a esta distinción la mayor significación.

^{1 bis} Aguiar, H., *La voluntad jurídica*, p. 55, n° 26.

^{1 bis 1} López Olaciregui, J. M., en Salvat, *Parte General*, ed. del cincuentenario, n° 1630-C, ap. V.

^{1 bis 2} Von Tuhr, A., *Derecho Civil, Teoría general del Derecho Civil alemán*, ed. Bs. As., 1947, vol. 4, § 60, p. 41.

1455. OBJETO DE LOS ACTOS JURÍDICOS: DISPOSICIÓN LEGAL.— Si la ley exige respecto del sujeto un requisito positivo para la validez del acto jurídico (capacidad), tratándose del objeto sólo indica requisitos negativos, señalando cuáles son las cosas y los hechos que no pueden constituir el objeto de los actos jurídicos.

En esta materia rige el principio de raíz constitucional (conf. art. 19, segunda parte, Const. Nac.), según el cual la determinación del objeto del acto jurídico es asunto entregado a la libertad de los particulares, que pueden, según sus fines, concretar el contenido del acto jurídico, o su objeto-fin, conforme a la expresión usada entre nosotros por Spota². Desde luego, la voluntad del sujeto se tenderá en busca de un bien o de un hecho, aptos para satisfacer el fin propuesto.

Establecido el principio general referente a la libertad en la determinación del objeto, corresponde examinar ese sector restringido que incluye las cosas y los hechos que *no pueden ser* objeto válido de los actos jurídicos.

Esa enunciación negativa está efectuada en el art. 953 del Código, que sintetiza en un precepto legal varias disposiciones de Freitas (arts. 549, 552, 558 y 559, del *Esbozo*), y que pese a los defectos secundarios que exhibe, constituye una verdadera clave de todo el orden jurídico, que permite resolver, adecuadamente, cuestiones propias de las diversas ramas del derecho privado.

En cuanto a la materia que no puede ser objeto del acto jurídico, el codificador se refiere separadamente a las cosas y a los hechos, que trataremos en este orden.

1456. a) COSAS.— Según el art. 953 “*el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico...*”.

1457.— 1) Las cosas que están en el comercio, a que se refiere la disposición son aquellas “*cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública*” (art. 2336, Cód. Civ.). Pero ese mismo concepto muestra lo erróneo de aquel artículo en cuanto impide que respecto de tales cosas se pueda celebrar toda clase de actos jurídicos. Se comprende que tratándose de cosas inenajenables no se pueda convenir la enajenación de ellas, pero de ningún modo es objetable que se realice un acto jurídico que no verse sobre su enajenación; ejemplos: la locación, el comodato, etc. Por ello no se justifica el impedimento con un carácter general, debiendo reservárselo para los actos particulares que

² Spota, A. G., *El objeto-fin social del acto jurídico*, “J.A.”, 1943-IV, p. 248.

versen sobre la transmisión del dominio, v.gr., compraventa, donación, permuta. En nuestro ordenamiento hasta con lo dispuesto en los arts. 1327, 1491 y 1799 del Código Civil.

El Anteproyecto Bibiloni (art. 299, 1ª redacción, art. 262, 2ª redacción) y el Proyecto de 1936 (art. 155, inc. 1º) son pasibles de la misma crítica. No así el Anteproyecto de 1954, que ha eliminado de su art. 157 la inadecuada mención de las cosas que no están en el comercio.

1458.— 2) En segundo término, el art. 953 alude a las *“cosas que... por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico”*.

Desde el punto de vista técnico, también el aserto está de más, pues es una afirmación vacía de contenido, ya que la prohibición debe resultar de otro artículo que la disponga. Aquí el codificador, dejándose llevar del doctrinarismo de Freitas, ha confundido lo que es una generalización normativa que puede ser muy apropiada, con una teorización inaceptable en un cuerpo legal. Es plausible que se incluya una norma general, que elimine cantidad de disposiciones particulares; pero es técnicamente defectuoso que la ley teorice sobre la necesidad de que las cosas no han de ser prohibidas por algún motivo especial, pues como entonces la prohibición proviene del precepto particular que la determina, queda aquella enunciación como vacua e inoperante. Al régimen del acto le basta con la prohibición contenida en el precepto particular y con la sanción correlativa establecida en el art. 1044 que declara nulo el acto jurídico *“cuando fuese prohibido el objeto principal del acto”*.

En suma, el artículo que se examina contiene en esta parte una simple remisión en blanco a otras disposiciones particulares. De aquí que para suministrar ejemplos de la situación prevista deba acudir a esas disposiciones particulares. Así, las cosas ajenas no pueden ser objeto de la compraventa (art. 1329), ni las cosas muebles de la hipoteca (art. 3108), ni los inmuebles de la prenda (art. 2304), etc.

1459. b) HECHOS.— La parte del art. 953 referente a los hechos es, en realidad, la medular. Según ese precepto, *“el objeto de los actos jurídicos deben ser... hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero”*.

Nos referiremos, sumariamente, a estas prohibiciones.

1460.— 1) Los hechos no deben ser *jurídicamente imposibles*, entendiéndose por tales los que no pueden tener lugar según el ordenamiento legal, v.gr., la dirección de una obra constructiva por quien no es ingeniero o arquitecto; el asesoramiento jurídico por quien no es abogado, la cesión de los derechos correspondientes a la patria potestad, etc.

Según la nota de este artículo el codificador ha incluido en el precepto a los hechos naturalmente imposibles, v.gr., tocar el cielo con la mano. Estimamos que hay en esto una confusión sobre el cometido y atribuciones del legislador. La posibilidad natural de cierta acción humana no es un requisito de validez del respectivo acto jurídico sino una condición de su existencia. Si no hay posibilidad natural de que el acto se realice, es contradictorio que la ley determine su invalidez que ya está establecida y aun de una manera más terminante —inexistencia— por la misma naturaleza de las cosas. Finalmente, para comprobar que la posibilidad o imposibilidad natural es independiente de la sanción legal, basta considerar que aun cuando por un absurdo quisiera la ley dar eficacia a un acto naturalmente imposible, no por esto resultarían alteradas las leyes naturales, ni obligado alguien a tocar el cielo con la mano, o a aumentar en un ápice su propia estatura. *Ad impossibilia nemo tenetur*.

1461.— 2) Los hechos no deben ser *ilícitos*, entendiéndose por tales, en general, los que son prohibidos por la ley. El concepto de ilícito se confunde con el de prohibido por la ley que menciona el codificador a renglón seguido. Ejemplos de hechos ilícitos: la sociedad para cometer delitos; la estipulación de un precio para dictar sentencia en cierto sentido, etc. ^{2 bis}.

1462.— 3) Los hechos no deben ser *opuestos a la libertad de las acciones o de la conciencia*. Caen en esta prohibición: el compromiso de habitar un lugar determinado o profesar en religión, o convertirse a otra religión, o contraer matrimonio o dejar de hacerlo (conf. art. 531, Cód. Civ.).

1463.— 4) Los hechos no deben *perjudicar los derechos de un tercero*. El caso típico lo da el acto de disposición en fraude de los acreedores. Pero aun sin llegar a ese extremo, nos encontramos con supuestos de aplicabilidad de esta prohibición legal; v.gr., si *A* se obliga a enajenar una cosa a favor de *B* y luego la transmite a *C* conociendo éste la obligación primitiva, el acto se realiza en *perjuicio de los derechos de un tercero*: la sanción es la nulidad del acto (conf. arts. 592, 594, 953 y 1044) y la responsabilidad de *A* y *C* frente a *B*. Pero si en el mismo caso el tercero *C* ignora la obligación precedente, su buena fe salva la eficacia del acto y lo exime de responsabilidad; entonces no puede decirse que el perjuicio de *B* proviene del acto, emanado de ambas partes *A* y *C*, sino exclusivamente del comportamiento doloso de *A*, del cual es *C* inocente (conf. art. 595, Cód. Civ.).

1464.— 5) Los hechos no deben ser *contrarios a las buenas costumbres*. Pero la importancia de esta exigencia requiere un tratamiento separado.

^{2bis} Es de objeto ilícito la sociedad celebrada para dar remates, entre un martillero y dos personas que no lo son: Cám. Com., Sala "B", "L.L.", t. 102, p. 726.

1465. CONTENIDO MORAL DEL ACTO JURÍDICO *. — De todas las menciones que contiene el art. 953, la más importante y trascendente es la que se refiere a las buenas costumbres, esto es, el contenido moral del acto jurídico. El derecho es una disciplina de conducta al servicio del hombre, en la plenitud de su vida y en la dignidad de sus fines. Por esto es que el derecho no autoriza ni ampara los actos contrarios a la moral, a los que esta misma disposición legal declara con una frase enfática: “nulos como si no tuviesen objeto”.

El concepto de “buenas costumbres” se identifica con la moral. Esta identificación surge hasta de la fórmula “moral y buenas costumbres” que usa el codificador en los arts. 14, inc. 1º, y 1501. En otras ocasiones utiliza la frase “buenas costumbres” (arts. 21, 530, 792, 795, 953, 1503, 2261 y 3608), y en otras más alude lisa y llanamente a la moral (arts. 564, 1047, 1206 y 1891). Pero no cabe duda de que el concepto significado es siempre el mismo en todos los casos.

Acerca de qué es lo que concretamente debe entenderse por moral y buenas costumbres se han emitido dos opiniones. Para la primera se trata de un concepto relativo dependiente de la aceptación general que de él hagan los individuos³. Según otra opinión, a la que nosotros adherimos, la moral mentada por el Código Civil es la moral católica, es decir la que define la Iglesia y enseñan los teólogos y doctores. Ya Vélez Sarsfield se pronuncia a favor de una moral de base religiosa, y no laica, en su nota al art. 530, donde nos dice en un estilo un exento de elegancia que “en el lenguaje del derecho se entiende por buenas costumbres el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas”.

Nos parece que esta tesis cuenta en nuestro país con un sólido fundamento constitucional, dado que la Iglesia Católica define el contenido de la moral, y desde que ella no es en la organización jurídica argentina una institución contingente, sino necesaria (conf. antiguo art. 33, Cód. Civ.), estando el gobierno obligado a sostener el culto católico (art. 2º, Const. Nac.). En efecto, los constituyentes argentinos, después de haber dispuesto la organización del Estado (art. 1º, Const. Nac.), han impuesto a éste su primer deber, consistente en el sostenimiento del culto católico apostólico romano (art. 2º, Const. Nac.).

A veces se ha atribuido al verbo “sostener” que usa la Constitución un sentido materialista, restringido a la provisión de fondos para costear las ceremonias del culto divino. No es el adecuado en una buena hermenéutica, ya que sería absur-

* BIBLIOGRAFÍA: Ripert, G., *La regla moral en las obligaciones civiles*, Bogotá, 1946; Saignet, J., *Le contras immoral*, París, 1939; Borda, G. A., *Derecho Civil, Parte General*, t. II, núms. 857 y ss., ps. 87 y ss.; Spota, A. G., *La moral y las buenas costumbres y las ventas por mensualidades*, “J.A.”, 1942-III, p. 361.

³ Salvat, *Parte General*, 5ª ed., n° 250, p. 130.

do que el Estado costeara una nueva apariencia ritual, desentendiéndose indiferentemente de la doctrina enseñada por la institución que tributa ese mismo culto, y desconociendo que culto y doctrina moral son dos aspectos del servicio de Dios que no es posible disociar. Cuando esto se hace se infiere a los constituyentes una injuria gratuita consistente en la hipocresía de mostrar un aparente respeto por el culto a Dios acompañado del menosprecio por la doctrina moral que a ese culto está ligada.

Lo cierto es que “sostener”, según la acepción corriente, no quiere decir simplemente proveer de recursos a alguien, sino que significa mantener firme una cosa, sustentar y en sentido figurado, dar apoyo o aliento. Por tanto, si nos atenemos a la extensión adecuada de los conceptos significados, se advierte que todo un ideal de vida está presente en esta doble disposición de los arts. 1º y 2º de la Constitución Nacional, pues inmediatamente después de establecido el órgano del Estado temporal, se asigna a éste una función de primordial importancia, referente al mantenimiento del ideal espiritual de los argentinos.

Al apreciar el contenido moral concreto que debe tener el acto jurídico nos atenemos a la directiva que emana de nuestra Carta Magna. Esta tesis, además de ser correcta conforme a los principios básicos de la hermenéutica, tiene la ventaja de dar a la noción de la ética una gran estabilidad y firmeza puesto que independiza el contenido moral del acto de una apreciación subjetiva del juez; no es asunto que dependa de la moralidad rigurosa o desaprensiva de los individuos que ejerzan la judicatura, sino de la moral católica definida por la Iglesia.

Ésa es también la opinión que en Francia ha sustentado Ripert ⁴, no obstante que en ese país no concurren los motivos constitucionales que se han recordado.

1466. JURISPRUDENCIA.— Para ilustrar la trascendencia que tiene el precepto del art. 953 del Código, señalaremos algunos casos en los que los tribunales han echado mano de esa disposición para rectificar o morigerar el sentido de otros preceptos considerados aisladamente.

a) *Intereses.* Según el art. 621, “la obligación puede llevar intereses y son válidos los que se hubiesen convenido entre deudor y acreedor”. El precepto, que refleja el criterio individualista del codificador, fue en una primera época interpretado literalmente por los tribunales, que llegaron hasta autorizar intereses del 120% anual. Pero pronto se advirtió que así se fomentaba la usura. Entonces, los tribunales reaccionaron y, haciendo jugar el art. 953, redujeron los intereses hasta un máximo del 10% ⁵, o llegaron a la anulación del pacto de intereses ⁶.

⁴ Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, núms. 17 y 18, ps. 29 a 32.

⁵ Cám. Civ. 1ª Cap., “J.A.”, t. 20, p. 224; t. 29, p. 182; t. 38, p. 1069; t. 47, p. 848; t. 69, p. 431; t. 71, p. 47; t. 73, p. 678, etc.; Cám. Civ. 2ª, “L.L.”, t. 11, p. 654.

⁶ Cám. Civ. 2ª Cap., “J.A.”, t. 34, p. 445; t. 38, p. 283; t. 50, p. 189; Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 64, p. 153.

Hasta hace poco la Cámara Civil sólo admitía intereses máximos del 15% anual ⁷, pero en la actualidad el tope ha sido llevado a elevados porcentajes atendiendo a la intensa inflación, pues, entonces la mayor parte del interés intenta cubrir el deterioro sufrido por el capital ^{7 bis}.

A partir de la sanción de la ley 23.928, se ha entendido que la suma de los intereses no debería superar la correspondiente a una tasa del 24% anual, entre compensatorios y punitivos ^{7 ter}.

Lo importante es señalar que para llegar a esta conclusión se ha tenido presente que el art. 621 no es un precepto aislado, sino que, integrando el articulado del Código, recibe la influencia de otras disposiciones, y en especial de las que tienen un claro sentido orientador, como el art. 953. Por tanto, los intereses convenidos que el art. 621 declara válidos, debe entenderse que son los que no repugnan a las buenas costumbres.

b) Cláusula penal. También acerca de este punto se ha sentido la influencia benéfica del art. 953, pues no obstante que el antiguo art. 522 del Código determinaba la inmutabilidad de la suma pactada por el incumplimiento de una obligación, los tribunales la redujeron y hasta anularon cuando ella constituía una exorbitancia comparada con el efectivo perjuicio sufrido por el acreedor ⁸. Es una jurisprudencia prudente que la ley 17.711 ha respaldado en el agregado hecho al art. 656.

c) Pacto comisorio en compraventa a plazos. El pacto comisorio es una cláusula que se puede estipular en cualquier contrato, por la cual una de las partes queda facultada para rescindir el contrato si la otra no cumple sus obligaciones. La inclusión de este pacto en las compraventas de terrenos por cuotas mensuales dio lugar a abusos, pues los vendedores exigían la rescisión por la falta de pago de tres o seis mensualidades, después de haber satisfecho el comprador casi todo el precio, que quedaba a favor del vendedor a título de alquiler por la ocupación del terreno, con lo que el propietario se quedaba con el terreno y con el precio.

Aunque con muchas vacilaciones y soluciones contradictorias, los tribunales se inclinaron a rechazar la aplicabilidad del pacto comisorio cuando el comprador

⁷ Cám. Civ., Sala "A", 6-VII-59, causa n° 58.358; íd., Sala "B", 30-IV-59, n° 56.420; íd., Sala "D", 13-VIII-59, n° 57.636; íd., Sala "D", 6-VIII-59, n° 57.849; íd., Sala "E", 10-III-60, n° 63.094 (fallos inéditos); íd., Sala "C", "L.L.", 22-XI-59; Cám. Com., Sala "A", "L.L.", t. 93, fallo n° 43.180.

^{7 bis} Véase Cám. Com., Sala "B", "E.D.", t. 69, p. 411 (interés del 120%); Cám. Civ., Sala "E", "E.D.", t. 71, p. 453 (interés del 95%).

^{7 ter} Cám. Nac. Civ., Sala "A", r. 77.370, del 13/2/91; íd., Sala "D", r. 127.127, del 20/4/93; íd., Sala "E", r. 66.549, del 11/9/90. También se fijó el tope del 22% (Cám. Nac. Civ., Sala "C", r. 126.267, del 4/5/93) y del 18% (Cám. Nac. Civ., Sala "G", r. 129.592, del 27/4/93).

⁸ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 34, p. 1162; t. 43, p. 555; t. 48, p. 111; "L.L.", t. 6, p. 974; Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 24, p. 943; t. 72, p. 47, t. 73, p. 678; 1944-I, p. 382; Cám. Civ., Sala "D", "J.A.", 1956-II, p. 400; íd., Sala "A", "L.L.", t. 98, p. 535.

ya había pagado un número de cuotas —generalmente el 25% del precio total— suficiente para exigir la escrituración del inmueble. Para llegar a esta conclusión se invocó el art. 953 del Código Civil, considerándose que si se autorizaba al vendedor a rescindir la venta en esas condiciones y a quedarse con el terreno y la suma pagada se consentía en el despojo de una parte por la otra, lo cual era notoriamente contrario a las buenas costumbres ⁹.

Esta jurisprudencia es tan fuertemente convincente, que ella ha dado origen a la sanción de la ley 14.005, reglamentaria de la venta a plazos de inmuebles fraccionados en lotes, la cual, en su art. 8º, niega eficacia al pacto comisorio por falta de pago después de haber satisfecho el adquirente el 25% del precio, o de haber efectuado mejoras por el 50% del precio de compra.

d) Lucro immoral. La ganancia proveniente de una operación tiene que tener una causa honesta, no reputándose tal el lucro que intenta quien paga al acreedor de su hermano fallecido un precio inferior al monto del crédito, para favorecer a los herederos de aquél, según dice, y luego pretende cobrar a la sucesión el monto íntegro del crédito, beneficiándose con la diferencia ¹⁰. También por este motivo se han anulado contratos leoninos, como aquel en que el precio no guarda honesta proporción con el riesgo asumido por el cesionario ^{10bis}, o cuando la remuneración pactada es exorbitante en comparación con el servicio prestado ^{10bis 1}.

e) Convenciones contrarias a la moral sexual. La jurisprudencia ha aplicado el art. 953, que se examina, para sancionar la nulidad de la venta de una casa de tolerancia ¹¹, así como de la locación de una casa destinada a prostíbulo ¹². Asimismo para anular la obligación de ejercer la prostitución ^{12bis}, el préstamo realizado para facilitar la compra, explotación o provisión de muebles de un lenocinio ^{12bis 1}, y la comisión convenida por la intermediación en contratos vinculados a la prostitución ^{12bis 2}.

f) Venta de influencia. También por falta del contenido moral del acto se ha sancionado la nulidad del convenio por el cual se obligaba alguien a pagar cierta

⁹ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 74, p. 389; Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 74, p. 982, con nota aprobatoria de Spota, A. G.; íd., "L.L.", t. 17, p. 330, también con nota de Spota; S. C. Bs. As., "L.L.", t. 19, p. 977; Cám. 1ª La Plata, "J.A.", 1943-IV, p. 697. En igual sentido, pero con fundamentos menos adecuados, Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 42, p. 797 y t. 50, p. 174.

¹⁰ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", 1943-IV, p. 248.

^{10bis} Cám. Civ. 2ª, "L.L.", t. 43, p. 263.

^{10bis 1} Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 101, p. 208; íd., Sala "B", "L.L.", t. 68, p. 420.

¹¹ Cám. Com. Cap., "J.A.", t. 76, p. 487.

¹² S. C. Bs. As., "J.A.", 1944-III, p. 134, con valiosa nota de Alberto G. Spota, *El acto jurídico de objeto immoral y sus consecuencias legales*.

^{12bis} Cám. Com., Fallos de esa Cámara, t. 4, p. 295.

^{12bis 1} Cám. Com., "J.A.", t. 776, p. 487.

^{12bis 2} Cám. Civ. 1ª, "Gac. del Foro", t. 61, p. 69.

suma de dinero si la otra parte influía ante el perito ingeniero designado a propuesta de la municipalidad para tasar un inmueble expropiado y obtenía la estimación en un precio determinado ¹³.

En sentido semejante se ha juzgado que es nulo el convenio sobre retribución de servicios celebrado entre mandante y mandatario en virtud del cual el último se beneficia con el 50% de la indemnización por accidente de trabajo correspondiente al primero ¹⁴; o el contrato social mediante el cual una de las partes se compromete a aportar la clientela y la otra su profesión de abogado o procurador ¹⁵.

g) Finalmente se ha juzgado que repugna a nuestro ambiente moral el correaje matrimonial ^{15 bis}.

1467. LA LESIÓN ENORME *.— Se relaciona con el objeto de los actos jurídicos, el vicio de lesión enorme, a punto tal que Bibiloni ha entendido que los actos afectados de ese vicio están ya reprobados por el art. 953, por ser contrarios a las buenas costumbres. Por lo tanto cree innecesario dedicar alguna disposición especial acerca de este tema, que quedaría comprendido dentro de los principios generales del art. 953.

El vicio de lesión consiste en “el daño que en un acto a título oneroso, se deriva de la falta de equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe” (Giorgi y Aubry y Rau).

Según el *criterio tradicional*, la lesión constituía un vicio del acto, bajo el nombre de lesión enorme, cuando el daño excedía la mitad del valor entregado por el damnificado (*outré moitié*, en el francés antiguo), v.gr., cuando se vendía por 49 lo que valía 100.

El *derecho moderno*, a partir de la sanción del Código Civil alemán, no formula una apreciación cuantitativa del daño, prefiriendo aludir a una chocante inequivalencia de las prestaciones, pero exige además que haya mediado *abuso* de la desgracia o inferioridad del lesionado: *es la llamada lesión subjetiva*. El Código Civil soviético deja de lado el requisito del abuso, ateniéndose exclusivamente al estado apremiante del lesionado.

¹³ Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 53, p. 670.

¹⁴ Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 51, p. 547.

¹⁵ Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 52, p. 466.

^{15bis} Cám. Civ. 2ª, “L.L.”, t. 51, p. 876.

* BIBLIOGRAFÍA: Morixe, H., *Contribución al estudio de la lesión*, Bs. As., 1927; Josserand, L., *Derecho Civil*, ed. Bs. As., t. II, vol. 1º, núms. 260 y ss., ps. 77 y ss.; Ripert y Boulanger, *Traité élémentaire de Droit Civil de Marcel Planiol*, t. II, núms. 260 y ss., p. 95; Borda, G. A., *Derecho Civil, Parte General*, t. II, núms. 865 y ss., ps. 103 y ss.; Moisset de Espanés, L., *La lesión en los actos jurídicos*, Córdoba, 1965.

1468. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— El derecho romano primitivo no conoció el vicio de lesión. Aun cuando luego el pretor concedió en ciertos casos el beneficio de *restitutio in integrum* respecto de los actos lesivos, la institución no aparece perfectamente definida hasta la época imperial, en que los emperadores Diocleciano y Maximiliano resolvieron que el vendedor de inmuebles lesionado en más de a mitad en el precio de la cosa estaba autorizado a pedir la rescisión de la venta.

Durante la Edad oscura, nombre que dan los historiadores modernos al primer período medieval —siglos V al X—, la lesión cayó en desuso, reapareciendo en el siglo XI con la escuela de Bolonia, que la admitía con severas restricciones. Ya en la alta Edad Media, durante el siglo XIII, Bartolo extendió el concepto, pero fue especialmente el derecho canónico el que, imbuido de una moral superior generalizó la institución decidido a hacer imperar la justicia conmutativa en los contratos y a extirpar la usura.

A partir del Renacimiento la lesión vuelve a los antiguos límites con que se la admitía en el derecho romano clásico. Pero debía sufrir un completo aunque breve eclipse durante la Revolución Francesa, cuya legislación burguesa e individualista allanó los fueros de la justicia para lograr una mayor expansión de la libertad particular. Así, en 1789 se implantó en Francia la libertad de prestar, y en 1795 se abolió la lesión, que debió ser restablecida dos años más tarde. La discusión que al respecto se suscitó antes de la sanción del Código Civil francés fue muy ilustrativa, incluso acerca de los principios característicos de esa época. Se pronunciaron a favor de la lesión Portalis y Tronchet, quienes recordaron las opiniones también favorables de Domat y Pothier, y en contra de la institución estuvo Berlier. Finalmente, Napoleón zanjó la disidencia admitiendo la lesión sólo en ciertos contratos, o a favor de determinadas personas.

1469. ESTADO ACTUAL DE LA INSTITUCIÓN.— En nuestro tiempo, la institución ha triunfado en casi todos los países como el medio técnico adecuado para sancionar los contratos notoriamente violatorios de la justicia conmutativa.

En la época actual sólo desestiman la lesión como vicio autónomo de los actos jurídicos los códigos portugués, brasileño y el argentino, hasta la sanción de la ley 17.711 que innovó al respecto. En cambio, reconocen ampliamente a la lesión como causa de anulación de los contratos los códigos italiano (art. 1448), mexicano (art. 17), austríaco (arts. 879 y 934), suizo de las Obligaciones (art. 21), soviético (art. 33), así como el derecho inglés, el proyecto argentino de 1936 (art. 156), el proyecto húngaro de 1900 (arts. 956 y 957), y el Anteproyecto argentino de 1954 (arts. 150 y 160). Si bien con restricciones más o menos severas, también acogen la lesión enorme los códigos francés (arts. 1118 y 1674), español (arts. 1074 y 1291), chileno (arts. 1888 y 1896 y concordantes), uruguayo (art. 1161), y japonés (arts. 90 y 1142).

1470.— En cuanto a los *extremos* de la lesión se afilian al criterio *objetivo* tradicional que exige un daño superior a la mitad u otra fracción del valor cuestionado: los códigos francés, venezolano, peruano, español y chileno.

Siguen, en cambio, el criterio *subjetivo*, introducido por el Código Civil alemán, a más de éste, los códigos mexicano, suizo de las Obligaciones, el proyecto húngaro de Código Civil de 1900 y el Proyecto argentino de 1936.

El Código Civil italiano requiere concurrentemente ambos extremos, lo que nos parece excesivo.

Finalmente, el Código Civil austríaco después de la reforma de 1916, el Proyecto de Código Civil checoslovaco y el Anteproyecto argentino de Código Civil de 1954 admiten alternativamente ambos extremos, solución que estimamos la más adecuada, por no existir incompatibilidad entre uno y otro criterio, y favorecerse así por una u otra vía el imperio de la justicia.

1471.— En cuanto a la *sanción* correspondiente al acto lesivo, si todas las legislaciones concuerdan en que ha de ser la nulidad y la indemnización de daños y perjuicios, complementaria o supletoria, no subsiste el acuerdo acerca del rigor de la nulidad. Las legislaciones que se inspiran en el punto de vista tradicional encaran la lesión como una violación de la justicia conmutativa, que infecta el acto en la medida en que esa justicia se quebranta, pero que no impide la subsistencia del negocio después de la satisfacción de esa exigencia. Es, entonces, una nulidad relativa, susceptible de confirmación, similar a la que corresponde a los vicios de la voluntad, con la particularidad de que el causante de la nulidad puede salvar la eficacia del acto complementando adecuadamente su propia prestación: tal el sistema de los códigos francés, italiano, suizo de las Obligaciones y del Anteproyecto argentino de 1954.

Por el contrario, el Código Civil alemán, seguido fielmente por el mexicano y el Proyecto argentino de 1936, ve en el vicio de lesión una contravención al orden público y a las buenas costumbres que determina la nulidad absoluta del acto. Nos parece que se exagera la protección del interés particular vulnerado cuando se hace de la lesión un caso de nulidad absoluta, rigor que se vuelve contra el lesionado interesado, en mantener la eficacia del acto, después de cubierto el daño sufrido. Sin duda la lesión no es más ofensiva del orden público, o del orden moral, que el dolo o la violencia, por lo que, si con entera unanimidad se estima de nulidad relativa los actos viciados por dolo o violencia, idéntica sanción debe corresponder a los actos viciados por lesión. Tal vez la causa de la escasa aplicación que los tribunales han hecho del art. 138 del Código alemán —apunta Morixe— deba verse en la excesiva sanción que comporta ¹⁶.

1472. LA LESIÓN EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ Y EN LOS PROYECTOS NACIONALES DE REFORMA.— Con su recelo característico por todo lo que

¹⁶ Morixe, H., *Contribución al estudio de la lesión*, ps. 106 a 109.

puede restringir la autonomía individual, Vélez Sarsfield había eliminado del articulado del Código el más mínimo vestigio de lesión enorme. Las razones que lo movieron a ello y que consignó en su nota al art. 943 ya son inactuales, y han sido muchas veces refutadas¹⁷; en una apretada síntesis es posible decir que el acto lesivo viola la justicia, y lo que es injusto carece de fueros en el derecho, es decir, no merece respeto.

1472 bis. JURISPRUDENCIA.— Durante largo tiempo los tribunales plegados a la manifiesta intención de Vélez Sarsfield consignada en la nota al art. 943, de radicar del ordenamiento jurídico el vicio de lesión, no dedicaron a este asunto la mínima atención. Pero aun con anterioridad a la ley 17.711 ya se había operado una decidida reacción dictándose varios pronunciamientos contrarios a la validez de los contratos en que aparecía una grosera inequivalencia de las prestaciones recíprocas^{17 bis}. Especialmente notable, en ese sentido, es un voto dado por el doctor Borda, que con todo no contó con la adhesión del doctor Abelleyra ni del autor por motivos de orden procesal^{17 bis 1}.

1473. ANTEPROYECTO BIBILONI.— Aún un resabio de la posición liberal se advierte en el *Anteproyecto Bibiloni*, que ha temido dedicar algún artículo a la lesión enorme. El citado jurisconsulto entendía que ya estaba alojada la institución en los amplios términos del art. 953 que él reproducía. Según *nuestra opinión*, aun cuando los actos lesivos, son de ordinario reprobados por la moral, la verdadera razón de su rechazo por el derecho no está en ello, sino en la violación de la justicia conmutativa. El vicio de lesión es el resorte que permite restituir a las prestaciones de las partes un nivel de justo equilibrio^{17 bis 2}.

1474. PROYECTO DE 1936.— El *Proyecto de 1936* ha preferido reproducir fielmente el sistema alemán. Según el art. 155, inc. 3º), “no podrá ser objeto de los

¹⁷ Véase por ejemplo Borda, G. A., *Derecho Civil*, II, n° 866, y especialmente Morixe, H., *op. cit.*, ps. 1555 y ss.

^{17bis} Cám. Civ., Sala “A”, “L.A.L.”, t. 83, p. 511; íd., Sala “B”, “L.L.”, t. 68, p. 420, y “J.A.”, 1953-I, p. 327; íd., Sala “C”, “L.L.”, t. 74, p. 376; íd., Sala “D”, “L.L.”, t. 88, p. 104; Cám. Paz, “L.L.”, t. 74, p. 821; Cám. Civ., Sala “D”, “J.A.”, 1960-III, fallo n° 2360; S. T. Santa Fe, “L.L.”, t. 101, p. 776; Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 101, p. 209, voto del autor; íd., Sala “C”, “L.L.”, t. 105, p. 594, voto del Dr. Chute. Comp. Cám. Ap. Rosario, “L.L.”, t. 103, p. 251.

^{17 bis 1} Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 93, p. 543.

^{17 bis 2} La distinción es importante. Si la causa de la invalidez del acto lesivo es su infracción a la moral, no hay sobre ello transacción posible y la nulidad absoluta se impone. En cambio, si esa causa es la violación de la justicia el acto puede ser confirmado luego de eliminarse el injusto desnivel: es lo que tradicionalmente se admite, calificando el acto como de mera nulidad relativa.

actos jurídicos... 3º) los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral o a las buenas costumbres, o que perjudiquen los derechos de tercero". Y el art. 156 agrega: "Se juzgará especialmente contrario a las buenas costumbres el acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia ajenas, se hiciere prometer u otorgar para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas de orden patrimonial evidentemente desproporcionadas".

Esto significa que para la Comisión Reformadora de 1936 el acto lesivo es una especie de género de los actos inmorales, comprensión que conduce a proyectar sobre aquel acto que afecta el mero interés privado, las sanciones rigurosas (nulidad absoluta) que protegen las normas de interés público.

1475. ANTEPROYECTO DE 1954.— El *Anteproyecto de Código Civil de 1954* ha conservado a la institución su fisonomía propia, en este aspecto, sin perjuicio de la adopción del criterio subjetivo para caracterizar la lesión calificada. Los arts. 159 y 160 dedicados a esta materia están redactados así:

"Art. 159: Si mediare desproporción evidente entre la prestación de una de las partes y la contraprestación correspondiente, el acto podrá anularse, cuando la lesión hubiese sido determinada por la explotación de la desgracia, ligereza o inexperiencia del lesionado.

"También podrá anularse el acto cuando el daño resultante de la inequivalencia de las prestaciones excediera la mitad del valor prometido o entregado por el lesionado, salvo que éste hubiere tenido la intención de beneficiar a la otra parte.

"La lesión se computará al tiempo de la celebración del acto y deberá perdurar al promoverse la demanda.

"No podrá anularse por lesión los contratos aleatorios.

"Art. 160: La impugnación del acto viciado por lesión, sólo competirá al lesionado.

"La parte que hubiese aprovechado la lesión podrá mantener la eficacia de acto suplementando su propia prestación en la medida suficiente para equilibrar la contraprestación correspondiente".

1475 bis. LEY 17.711: INCORPORACIÓN DEL VICIO DE LESIÓN SUBJETIVA.— Éste es uno de los grandes aciertos de la ley 17.711 que ha restablecido el instituto de la lesión aunque no bajo la fisonomía tradicional que hacía una comparación objetiva del valor de las prestaciones recíprocas de las partes, sino según el enfoque moderno que reputa como vicio del acto el aprovechamiento que una de las partes realice de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra.

Dice el nuevo art. 954: "Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.

"También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia

de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

"Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

"Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto, y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

"El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda".

No se requieren mayores consideraciones para aprobar la reincorporación del viejo instituto de la lesión a nuestra legislación ¹⁸.

En nuestro tiempo, como lo hemos explicado *supra*, núms. 1469 y ss. la institución ha triunfado en casi todos los países como el medio técnico adecuado para sancionar los contratos notoriamente violatorios de la justicia conmutativa.

En nuestro país, por influencia de la doctrina de los autores, se ha cumplido una evolución jurisprudencial sumamente interesante que en los hechos ha venido a significar la inclusión del vicio de lesión como complemento del cuadro general

¹⁸ Esa reincorporación, omitida por Bibiloni en su Anteproyecto, fue propiciada por Horacio Morixe en su valiosa obra "Contribución al estudio de la lesión", Bs. As., 1929, y casi en seguida por el Proyecto de 1936 que en sus arts. 155, inc. 3º y 156 reprodujo fielmente el sistema consagrado en el art. 138 del Código alemán.

El Anteproyecto de 1954, con influencia del código italiano, conservó la fisonomía tradicional de la lesión enorme, sin perjuicio de aceptar paralelamente la lesión calificada por el abuso cometido por una de las partes de la desgracia o inferioridad de la parte lesionada. Los arts. 159 y 160 de ese Anteproyecto, han sido transcritos en el n° 1475 de esta obra.

Ulteriormente, el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil votó la recomendación n° 14, en los siguientes términos: "Podrá demandarse la nulidad o la modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, en el cual alguien aprovechando la necesidad, penuria o inexperiencia extrema, de otro, se hiciese prometer u otorgar para sí o un tercero, ventajas patrimoniales en evidente desproporción a su prestación.

"La lesión deberá subsistir al momento de deducirse la acción, cuyo plazo de caducidad será de un año, contado desde la fecha en que deba ser cumplida la prestación a cargo del lesionado. La acción será irrenunciable al momento de la celebración del acto.

"La parte contra la cual se pida la nulidad, podrá evitarla si ofrece modificar el acto de modo tal que el juez considere equitativo, por haber desaparecido la notoria desproporción entre las prestaciones".

El Anteproyecto de Código Civil del Dr. De Gásperi, del año 1964, para el Paraguay, adoptó el vicio de lesión en términos semejantes a los utilizados por la Comisión Reformadora de 1936 (art. 550).

Son también dignas de tomarse en cuenta las fórmulas del Dr. Fassi insertas en el proyecto de ley presentado a la Cámara de Senadores de la Nación (véase Diario de Sesiones del Senado, año 1965, p. 583) y del Dr. Moisset d'Espanés, autor del libro de tesis *La lesión en los actos jurídicos*, Córdoba, 1965.

de las causas de nulidad de los actos jurídicos. El nuevo texto consolida y concreta en la legislación esa caudalosa tendencia doctrinaria, legislativa y jurisprudencial de que hemos dado cuenta en los números mencionados.

En cuanto a las *condiciones de aplicación* del vicio de lesión, en el sistema de la ley 17.711, aparece configurado cuando se reúnen tres requisitos: 1º) Obtención de una “*ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificar*”, correspondiendo a quien alega el vicio, la prueba de la desproporción exagerada e injustificable, a que se refiere el texto; 2º) Estado de “*necesidad, ligereza o inexperiencia*” del lesionado a quien también le incumbe la prueba de esos extremos legales; 3º) “*Explotación*” de esa inferioridad por el lesionante, que se presume “*en caso de notable desproporción de las prestaciones*”. Lo cual significa que con respecto a este tercer requisito se produce una inversión del cargo de la prueba: la desproporción probada por el impugnante del acto hace presumir la explotación; si el demandado sostiene que el acto no implica la aludida explotación y que está justificada esa desigualdad de los valores en juego, debe suministrar la prueba pertinente de tal justificación.

En cuanto a los *efectos del vicio*, origina una *nulidad relativa*. Por ello, el lesionado, como titular de la acción, puede dejar subsistir el acto reclamando “*un reajuste equitativo del convenio*”^{18 bis}. También el demandado por nulidad del acto lesivo puede defenderse ofreciendo el reajuste equitativo de las prestaciones originarias, lo que muestra la particularidad de esa nulidad que puede quedar cubierta por la actitud que asuma el causante del vicio del acto. Empero, a la inversa, si el lesionado demanda sólo la revisión equitativa del convenio, no puede el demandado reconvenir por nulidad, porque no es titular de esta acción.

Para medir la desproporción de las prestaciones “*los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto*”, lo que se explica porque se trata de apreciar si existió una falla en el origen del acto, siendo incomputable, en general, una lesión sobreviniente. Empero, la ley, siguiendo el criterio del Código italiano también aceptado por el Anteproyecto de 1954 y por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil del año 1961, exige que subsista la desproporción “*en el momento de la demanda*”^{18 bis 1}.

^{18 bis} Todo titular de una acción de nulidad relativa puede optar por mantener la eficacia del acto inválido y sustituir la impugnación de ese acto por una demanda de reparación del daño sufrido (véase en el texto de esta obra los núms. 2047-2048; conf. Cám. Civ. 1ª Cap., “I.A.”, t. 35, p. 106). El nuevo art. 954, última parte, ha hecho aplicación de ese principio, pues al optar el lesionado por la revisión equitativa del convenio, deja subsistir el acto inválido, ateniéndose al resarcimiento del daño sufrido, que a él le viene a reparar el reajuste de las prestaciones recíprocas.

^{18 bis 1} Esta exigencia complementaria ha sido criticada por Moisset de Espanés, *op. cit.*, n° 271 pues considera que si ya no hay desproporción actual, el lesionado no planteará cuestión alguna. Empero, olvida este autor que el lesionado puede demandar, no la nulidad, que no le interesaría en esa hipótesis, sino el complemento de prestación que resulte de un equitativo reajuste del convenio originario. A ello se opone justificadamente el Código italiano y los textos que lo han seguido, incluso la ley 17.711 cuando *ahora no* media la desproporción inicial. Sería un abu-

Nos parece objetable la referencia a la *prescripción quinquenal* que trae el nuevo art. 954, cuarta parte. Por lo pronto, una observación de método: si los lapsos de prescripción están reunidos en un título especial a partir del art. 4020 del Código, no se justifica romper ese orden con un lapso particular que debió figurar con los retoques apropiados en el art. 4027. Pero es más grave lo relativo al fondo del asunto: el plazo es excesivo pues mantiene la incertidumbre de la situación por un tiempo prolongado, y no guarda congruencia con la prescripción bienal que se mantiene para la acción de nulidad por vicios de la voluntad o falta de capacidad, por los arts. 4030 y 4031 del Código ^{18 bis 2}. En cambio, nos parece acertado que se le haya dado el carácter de una prescripción y no de un término de caducidad, como artificiosamente lo conceptuó el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil ¹⁹.

1476. FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS: REMISIÓN.— Según se ha visto (nº 1453), la forma es el tercer elemento esencial del acto jurídico, por lo que correspondería en este lugar después de haber tratado lo referente al sujeto y al objeto, considerar el régimen jurídico relativo a la forma. No obstante ello, y a fin de dar al tema el desarrollo adecuado, dejamos el estudio del punto para el capítulo siguiente (*infra*, núms. 1569 y ss.).

1477. ¿CONSTITUYE LA CAUSA UN ELEMENTO DEL ACTO JURÍDICO? *.— La doctrina clásica francesa enseña que la *causa* es un elemento esencial del acto

so del lesionado acumular la diferencia inicial de las prestaciones y el provecho sobreviniente que realiza si la cosa antes depreciada se hubiera valorizado por alguna causa accidental que le hubiese cubierto la lesión primitiva, total o parcialmente. Es claro que en esa comparación de valores de distinta época —tiempo del acto y momento de la demanda— hay que emplear la misma medida. Por tanto, si la moneda que es la unidad de medición de los valores, hubiese experimentado sensibles oscilaciones en su poder adquisitivo, será menester introducir los coeficientes de corrección que correspondan para que la medición de la actual desproporción de las prestaciones en juego, se practique con la misma medida que sirvió para computar la desproporción “al tiempo del acto”.

^{18 bis 2} En el Código italiano, la prescripción de la acción por lesión es anual (art. 1449). Según la recomendación nº 14 votada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, la acción está sujeta a un plazo de caducidad de un año “contado desde la fecha en que deba ser cumplida la prestación a cargo del lesionado”.

¹⁹ López Olaciregui, objetó que se utilizara para este caso la idea de la caducidad y propuso que se la cambiara por una prescripción: “así se armonizaría el régimen de extinción de las acciones de impugnación correspondientes a este nuevo vicio con el régimen de extinción de las acciones que corresponden a los otros vicios” (Tercer Congreso..., *op. cit.*, t. II, p. 561). Su opinión que entonces no tuvo eco ha sido recogida por la ley 17.711. Sin embargo la desarmonía subsiste en cuanto al distinto lapso de prescripción, pues no se justifica que en este supuesto se haya prolongado el período respectivo a los cinco años si las acciones de nulidad por incapacidad del agente o por vicios de la voluntad, prescriben a los dos años.

* BIBLIOGRAFÍA: De Gásperi, L., *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1945, t. I, § 380 y ss., p. 317; Galli, E., *El problema de la causa y el Código Civil argentino*, Córdoba, 1936; Go-

jurídico, entendiendo por tal el fin que ha determinado al autor o a las partes a celebrar el acto.

Para apreciar la teoría de la causa es menester conocer la terminología utilizada por los autores, los cuales distinguen la *causa final*, antes definida, la *causa impulsiva* o motivos individuales del acto y la *causa eficiente* o fuente de la cual proviene la obligación.

Según la *concepción clásica*, sólo la causa final es la que debe estimarse como elemento del acto jurídico, pues la causa impulsiva (motivos), que pertenece al fuero interno, queda al margen del derecho, y la causa eficiente referida al acto jurídico se confunde con el sujeto que lo crea: es que la noción de causa eficiente, que es apropiada respecto de los derechos y obligaciones, ya que entonces se identifica con su título, pierde todo sentido si se la vincula al acto jurídico.

La teoría clásica, que remonta a Domat, estudia la causa final en tres tipos diferentes de contratos: los sinalagmáticos, los unilaterales y los gratuitos. En los primeros la obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra, pues ese objetivo es lo que ha llevado a cada cual a contratar. En los contratos unilaterales la causa de la obligación del deudor es el hecho cumplido por el otro contratante; v.gr., la causa de la obligación del prestatario consiste en la entrega del préstamo que hizo el acreedor, cuya entrega fue el objetivo perseguido por el deudor al contraer su compromiso. Finalmente, en los contratos gratuitos la causa final consiste en la intención de hacer una liberalidad o de prestar un servicio ^{19 bis}.

Para esta teoría la causa impulsiva no es un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación, sino extrínseco y esencialmente variable, por lo que carece de influencia sobre la eficacia del acto.

En suma, según la doctrina clásica francesa del siglo XIX, la causa es el fin abstracto, inmediato, idéntico en todos los actos jurídicos pertenecientes a la misma categoría, que persiguen el autor o los autores de un acto jurídico determinado.

1478.— Contra esta tesis se levantó en 1826 el profesor belga Ernst cuya opinión pasó inadvertida en su época, y aun después, hasta que en la segunda mitad del siglo pasado recibió la adhesión de juristas tan prominentes como Laurent, Baudry-Lacantinerie, Huc y Planiol.

Esta tendencia niega que la causa final sea un elemento constitutivo del acto jurídico, y sostiene que ella se confunde con el objeto o con el consentimiento. Lo primero ocurre en los contratos sinalagmáticos, en los que a una misma cosa, v.gr., obligación de pagar el precio en la compraventa se da el nombre de objeto y de causa final de la obligación del vendedor. Lo segundo pasa en los contratos gratuitos, en los cuales la intención de beneficiar no puede ser separada de la voluntad real del donante. Por último, respecto de los contratos unilaterales, inconscientemente

rostiaga, N., *La teoría de la causa ante el derecho civil comparado*, Bs. As., 1942; Capitant, H., *De la causa de las obligaciones*, trad. esp., Madrid; Dabin, J., *La teoría de la causa*, Madrid, 1929.

^{19 bis} Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, ps. 329 y ss.

se deja de lado el concepto de causa final para acordar al hecho previo del acreedor la función de causa eficiente.

Termina Ernst su célebre artículo sobre la causa sosteniendo que, en razón de ser éste un concepto superfluo, convendría eliminar del Código francés los artículos relativos a la causa, insertando “en la sección que se refiere al objeto de los contratos una disposición concebida poco más o menos en los siguientes términos: Sólo pueden ser materia de los contratos los hechos posibles y no contrarios a las leyes, a las costumbres o al orden público”^{19 bis 1}.

1479. RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL ANTEPROYECTO DE 1954.— Los conceptos de Ernst que se acaban de transcribir muestran resalante semejanza con lo dispuesto en el art 953 del Código Civil. Vélez Sarsfield, siguiendo la orientación de su mentor, Freitas, ha estimado que la causa final no constituye un elemento independiente, sino que queda englobada dentro del objeto del acto, aunque no bajo el concepto que la teoría clásica tenía de la causa, sino como causa impulsiva o motivo determinante que permite calificar y descalificar la intención de las partes.

Conforme a este punto de vista el *objeto* no es sólo la materia del acto considerada en sí misma, sino que apreciada en función del interés o fin al cual ella sirve, es también ese mismo interés o fin. Así lo entiende entre nosotros Spota, quien habla constantemente del “objeto-fin del acto jurídico” y considera al art. 953 “en la densidad de su contenido el eje alrededor del cual gira todo el derecho de las obligaciones y contratos y que torna inútil insistir en una noción como la de causa-fin”²⁰.

Con mayor pureza metódica el Anteproyecto de Código Civil del año 1954 distingue el *objeto* de la *causa final*, tratando de ambos asuntos en preceptos separados, los arts. 157 y 158, el primero de los cuales considera la *materia* del acto jurídico y el último el *fin* del acto. Para ambos supuestos rige el principio de libertad, de modo que los particulares pueden elegir los *fin*es que se proponen alcanzar con su actividad, y escoger los *medios* adecuados para obtenerlos. De los fines y de los medios (hechos) vedados a los particulares se ocupan los citados arts. 157 y 158 en los siguientes términos:

“Art. 157: El objeto de los actos jurídicos podrá ser libremente determinado por los particulares, salvo lo dispuesto por la ley.

^{19 bis 1} Ernst, Antonio, citado en Bonnecase, J., *Elementos de Derecho Civil*, II, n° 209, “in fine”.

²⁰ Spota, A. G., *El objeto-fin social del acto jurídico*, “J.A.”, 1943-IV, p. 250, n° 2, y su *Tratado*, t. 36, n° 1876, ps. 402-403. También Risolfa, M. A., en su valioso libro *Soberanía y crisis del Contrato*, p. 164.

"No podrán ser objeto de los actos jurídicos, los hechos contrarios a la moral y a las buenas costumbres, al orden público, o que lesionen los derechos ajenos.

"Art. 158: No tendrá efecto el acto jurídico cuyo fin fuere contrario a la moral y buenas costumbres, al orden público, o a la ley.

"Para apreciar el fin del acto, se estará a lo que resulte del mismo o de las circunstancias en que fuera formado".

1480.— En suma, entendemos que en el sistema del Código sólo el sujeto, el objeto y la forma son en verdad los elementos constitutivos de los actos jurídicos. La causa final —no la causa final de la doctrina clásica, que es inoperante, sino la causa impulsiva, el móvil o fin determinante de la actividad— queda comprendida en la noción más amplia de la intención. Si falta la causa final, así entendida, el acto carece de intención y por tanto es involuntario, carácter que excluye su validez. Si el agente ha obrado en vista de una falsa causa, es decir, sustancialmente diferente a como él la veía en el campo de la conciencia, el acto se ha producido por error, lo que da lugar también a la anulación del acto ^{20 bis}.

Pero si la causa queda englobada en la intención, esto no significa que la ley admita la eficacia de cualquier acto intencionado por el solo hecho de serlo. Por el contrario, entra en el examen de la intención exteriorizada y veda la posibilidad jurídica de que ella se tienda en procura de fines ilícitos o inmorales, que tiñen al objeto del acto de su misma ilicitud o inmoralidad; como enseña Planiol, cuando se pacta el pago de un precio por la muerte de una persona, no es que el objeto sea lícito y la causa ilícita, sino que el fin ilícito del acto hace ilícito su objeto ²¹. Por tanto, en los únicos supuestos en que la causa final tiene importancia —causa inmoral o ilícita— ella constituye un aspecto del objeto del acto.

1480 bis. EXISTENCIA DE ACTOS ABSTRACTOS.— Se denominan actos *abstractos* los que son válidos con prescindencia de la finalidad que hayan tenido las partes, al efectuarlos. Reciben esa denominación porque para apreciar su eficacia sólo se toma en cuenta lo externo del acto, *haciendo abstracción* del elemento intencional del mismo. En consecuencia, las fallas internas de que pueda adolecer un acto abstracto no perjudican a los terceros que hayan confiado en la regularidad de su apariencia. Empero, con respecto a las partes *no hay abstracción* porque esta calificación sólo se de-

^{20 bis} Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 102, p. 377.

²¹ Planiol, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, 9ª ed., t. II, n° 1039, p. 358.

termina en resguardo de la seguridad jurídica de los terceros de buena fe en quienes inciden los efectos de relaciones jurídicas a las que ellos han permanecido ajenos. Así, cuando A suscribe un documento a la orden a favor de B, se crea un acto abstracto: si B lo negocia y lo entrega a C, A debe pagarlo al tenedor, aunque nunca hubiese tenido deuda alguna con B por haber suscripto el documento con otra finalidad que la de constituirse deudor. Sin embargo, ente las partes del acto originario, A y B, no hay abstracción: por tanto A puede reclamar a B lo pagado a C si no hubiera habido deuda entre ellos, etc.

Los actos abstractos son de creación legal. Los particulares que pueden realizar cualesquiera actos de objeto lícito no pueden crear otros actos abstractos distintos de los que la ley ha establecido en ese carácter.

Los principales actos abstractos que mencionan los autores, son los siguientes: la *delegación* por la cual el deudor o delegante conviene con un tercero o delegado que éste pague la deuda al acreedor o delegatario, en cuyo caso el delegado no puede dejar de pagar al delegatario en razón de la frustración del motivo por el cual aceptó la delegación; la *fianza* que es independiente en su eficacia de la razón por la cual el fiador se constituyó en deudor subsidiario frente al acreedor; los *títulos al portador*, que entran en la circulación comercial sin expresión de causa y son eficaces respecto de terceros, con prescindencia de la efectiva causa de su creación; etcétera.

Los actos abstractos configuran un fenómeno de renovación del formalismo (*infra*, n° 1572) que se explica por la celeridad y seguridad que aquellos imprimen al tráfico jurídico.

§ 4. Efectos del acto jurídico con relación a las partes, a los representantes, a los sucesores. Concepto y clases de representantes. Concepto y clases de sucesores. Limitaciones a la transmisibilidad. Efectos con relación a los terceros; principios de los arts. 1195 y 1196 del Código Civil. Acción subrogatoria: alcance y límites.

1481. EXPOSICIÓN DEL PRINCIPIO.— Los actos jurídicos producen efecto con relación a las partes que en ellos intervienen y no respecto de los extraños. He aquí un antiguo principio que los romanos sintetizaban en el siguiente aforismo: “*res inter alios acta aliis necque prodesse necque nocere potest*”.

Su sentido es muy claro, y aun cuando la exactitud de la afirmación parece más que dudosa —Savatier hasta ha llegado a cuestionar la exis-

tencia misma del principio ²²— es lo cierto que el codificador la ha incluido con relación a los contratos en el art. 1195. Por lo demás, el principio es propicio para explicar conceptos de importancia y de aplicación frequentísima en el derecho como son los de *parte*, *representante*, *sucesor* y *tercero*. Después de examinar estas nociones estudiaremos el alcance del principio sentado.

1482. CONCEPTO DE PARTE.— Parte de un acto jurídico es la persona que por medio del acto a cuya formación concurre, ejerce una prerrogativa jurídica propia. Por ejemplo en el contrato de compraventa son partes el vendedor y el comprador; el vendedor porque concurre a formar el acto haciendo uso del derecho de disponer de la cosa por actos entre vivos (art. 2513, “in fine”); el comprador porque igualmente concurre a formar el acto haciendo ejercicio de su capacidad de derecho para contratar (art. 1160) y adquirir la cosa.

Esta noción permite distinguir a las partes, de otras personas que puedan haber intervenido en la formalización del acto jurídico, como el escribano, los testigos o los representantes de las partes.

En cuanto al escribano y los testigos porque ellos intervienen no en el acto jurídico sino en su instrumentación; actúan en la escritura pública requerida para dar al acto jurídico la solemnidad legal adecuada, pero quedan enteramente extraños al acto mismo que sólo se efectúa por las partes, en el caso el vendedor y el comprador.

En cuanto a los representantes, no obstante concurrir con su voluntad a la formación del acto jurídico, como obran en nombre de los representados, los efectos de su actividad se imputan a éstos, de manera que los derechos y obligaciones que surgen del acto realizado por el representante aprovechan o gravan al representado. Tampoco, entonces, son los representantes parte en el acto jurídico, puesto que ellos han ejercido las prerrogativas jurídicas de sus representados, quedando en cabeza de éstos los derechos y obligaciones que se han constituido mediante dicho acto.

1483. CONCEPTO DE REPRESENTANTES. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. CLASES DE REPRESENTANTES.— Por lo que se acaba de decir, *representante* de alguien en un acto jurídico es la persona que en virtud de una autorización legal o convencional, actúa en nombre de otra, ejerciendo prerrogativas jurídicas de ésta. Lo cual significa, volviendo al ejemplo ante-

²² Savatier, R., *Le prétendu principe de l'effect relatif des contrats*, “Revue Trim. de Droit Civil”, 1934, ps. 525 y ss.

rior, que si el contrato de compraventa se celebra por medio de representantes, no son éstos quienes venden o compran, sino los representados por cuya cuenta obran.

1484.— El fenómeno de la representación, así concebido, supone una cierta finura jurídica. Los pueblos de cultura rudimentaria no conciben que el acto obrado por una persona pueda serle imputado a otra. A este respecto se siguió en Roma una evolución muy interesante, hasta llegar a la elaboración de la teoría de la representación, que nos ha sido legada en la forma como la conocemos en la actualidad.

En un primer momento, para llenar la necesidad que satisface la representación, se recurrió a un doble acto: el primero servía para poner los derechos en cabeza de la persona que obraba en el interés de otra, y el segundo para trasladarlos del primer adquirente al verdadero interesado. Era un procedimiento desventajoso, porque al exigir dos operaciones sucesivas, que podían estar separadas por largo tiempo, como necesariamente ocurría si se trataba de menores de edad a la espera de que éstos llegasen a la mayoría, sometía a los intervinientes al peligro de que sobreviniese la insolvencia de uno, con el perjuicio consiguiente para el otro. Los romanos, con su agudo sentido jurídico, pronto advirtieron todo lo imperfecto que era este procedimiento, cuyas deficiencias eliminaron paulatinamente. Así, desde la realización del primer acto el pretor acordó al verdadero interesado acciones útiles fundadas en la equidad y no en la realización del acto cumplido, al que era en realidad extraño. Pero si este recurso cubría al verdadero interesado, no protegía a los terceros, que quedaban a merced de las acciones antiguas nacidas del acto y de las útiles provenientes de la equidad; y tampoco protegía al gestor quien debía responder ante los otros contratantes ajenos al mandato. Por ello el nuevo paso consistió en la concesión de *excepciones*, que en el procedimiento judicial romano consistía en defensas que paralizaban las acciones emergentes del acto celebrado. El último progreso se operó cuando se suprimieron las acciones antiguas, ya de hecho paralizadas por el juego de las excepciones, dejándose sólo subsistentes las acciones útiles. En esta forma “el efecto del acto cumplido por una persona por cuenta de otra pasa, por así decir, por encima de la cabeza del intermediario, para realizarse exclusivamente en la persona del verdadero interesado”²³. La teoría de la representación ha quedado completada.

1485.— Según el origen de la autorización para obrar en nombre de otro, los representantes se dividen en *legales* y *voluntarios*.

Son representantes legales aquellos que designa la ley, v.gr., los padres respecto de los hijos menores, los tutores respecto de los pupilos, los

²³ Planiol, M., *op. cit.*, t. I, n° 300, p. 116.

curadores respecto de los dementes interdictos o sordomudos que no saben darse a entender por escrito (conf. art. 57, Cód. Civ.), etc.

Son representantes voluntarios los designados por los propios representados: tales son los mandatarios (art. 1869, Cód. Civ.).

1486. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN.— Nuestro Código ha omitido la inclusión en esta sección de los hechos y actos jurídicos, de una teoría general de la representación, materia que ha sido legislada con relación al contrato de mandato, cuyas reglas se han extendido a las demás representaciones legales o voluntarias, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1870. Por consiguiente, es el contrato de mandato adonde debemos acudir para encontrar los principios básicos de la teoría de la representación.

Según el art. 1889 pueden ser celebrados mediante representación (arg. art. 1870) todos los actos lícitos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación o extinción de derechos.

Si esta es la regla general, ella no es absoluta y admite diversas excepciones entre las que anotaremos las siguientes:

1487.— 1) Por lo pronto, el art. 1890 nos aclara que la representación no se extiende a las disposiciones de última voluntad. El *testamento* es un acto personalísimo que emana sólo de la voluntad del testador, carácter inconciliable con la posibilidad de encomendar a alguien su otorgamiento.

En el derecho francés, también el matrimonio presenta esta característica, no admitiéndose su celebración mediante representante.

1488.— 2) En el dominio del derecho de familia las excepciones al principio general son muy frecuentes, a tal punto que en el Anteproyecto Bibiloni (art. 354, 1ª redacción; art. 306, 2ª redacción), en el Proyecto de 1936 (art. 186) y en el Anteproyecto de 1954 (art. 188) la regla se invierte a este respecto.

Es que las funciones previstas en el derecho de familia confieren un cúmulo de atribuciones sobre la persona y bienes de otro, no en beneficio del titular sino en amparo de los incapaces o en interés del núcleo familiar. De aquí que no se consienta la delegación a favor de un extraño del conjunto de facultades correspondientes al contralor conyugal, la patria potestad, la tutela y la curatela, si bien es viable el otorgamiento de un mandato especial para la celebración de algún acto jurídico aislado relativo a esas instituciones. Ejemplos: mandato para inscribir un hijo en cierto colegio; mandato para otorgar la conformidad marital respecto de algún acto determinado de la cónyuge que lo requiera, según el art. 1277 reformado, etc.

1489. CONCEPTO DE SUCESOR.— La sucesión en un derecho tiene lugar cuando el titular es reemplazado por otra persona en el goce de sus pre-

rogativas jurídicas. Según el art. 3262 del Código Civil “*las personas a las cuales se transmitan los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre, se llaman sucesores*”.

La sucesión puede ser de diferentes clases según que el *principium divissionis* que se adopte se refiera al *origen* de ella, a la *extensión* del título de transmisión o a la *causa* por la cual se efectúa.

1490.— a) Según el *origen de la transmisión*, la sucesión puede ser *legal o voluntaria*. La sucesión legal deriva de la ley, v.gr., la que se opera a favor de los herederos legítimos del difunto. La sucesión voluntaria proviene de la “voluntad del individuo en cuyos derechos se sucede” (conf. art. 3262, parte 2ª), por ejemplo, la sucesión del adquirente en los derechos del enajenante, o de los herederos testamentarios en el patrimonio del testador.

1491.— b) Según la *extensión del título* de la transmisión, la sucesión es universal o particular. La primera se refiere a la totalidad o a una fracción del patrimonio; la segunda a uno o más bienes individuales. Dice el art. 3263 del Código que “*el sucesor universal, es aquel a quien pasa todo, o una parte alícuota del patrimonio de otra persona. Sucesor singular, es aquel al cual se transmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona*”. Como se ha de ver en los núms. 1495 y ss., es muy diversa la condición de los sucesores universales y particulares.

1492.— c) Según la *causa* que opera la transmisión, la sucesión es *mortis causa* o por actos entre vivos. La sucesión *mortis causa* tiene lugar a causa de la muerte del autor de ella, v.gr., un legado. La sucesión entre vivos es independiente del fallecimiento del transmitente y se opera en razón de un acto jurídico traslativo del derecho, por ejemplo la cesión de un crédito. Ambas sucesiones se diferencian prácticamente por el *modo* de operarse la transmisión.

Si se trata de una sucesión *mortis causa* no requiere de modo alguno por el cual se exteriorice la transmisión bastando para ello la muerte del causante o autor de la sucesión, lo que se expresa con la frase “la muerte del difunto causa la apertura de su sucesión”. Este principio está contenido en el art. 3282 del Código, que dispone: “*La sucesión o el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley*”. Entre las numerosas aplicaciones que el codificador ha hecho de esta norma, podemos citar los arts. 3420 y 3766. Por el primero el heredero es propietario de la herencia, desde la muerte del autor de la sucesión, aunque ignorase este hecho. Por el segundo “*el legatario de cosas determinadas es propietario de ellas desde la muerte del testador...*”.

En cambio la sucesión entre vivos, requiere, además de su causa o título, un *modo* suficiente para que se opere la transmisión. A la inversa de lo que ocurría en

el Código francés, la sola convención no opera entre nosotros la transmisión del derecho, requiriéndose para ello ya la tradición de la cosa (conf. art. 577), ya la notificación al deudor de la obligación que se transfiere (conf. art. 1459). Hasta entonces, no obstante la existencia de la causa de la transmisión, el derecho continúa en cabeza del primitivo titular. Por otra parte, luego de la ley 17.711 la transmisión de inmuebles no se estima *perfeccionada* sino “*mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda*” (nuevo art. 2505).

1493. CONCEPTO DE TERCERO.— En el derecho se usa la palabra “tercero”, para designar a toda persona ajena a algo, sea una obligación, una convención, una relación jurídica, etc. Es que se supone que la obligación, convención, relación, etc., se forma entre dos personas, respecto de las cuales cualquier otra es una tercera persona. Con relación al acto jurídico los terceros son las personas extrañas al acto, es decir, que no han concurrido a su formación, ni son sucesores universales de las partes, quienes, como en seguida se verá, son asimilados a ellas.

Entre los terceros cabe distinguir por los matices que presenta su situación respecto del principio que se examina, los sucesores singulares de las partes, los acreedores quirografarios de ellas y los terceros propiamente dichos (*penitus extranei*).

1494. FUNCIONAMIENTO DEL PRINCIPIO “SUB-EXAMINE”.— Ya en posesión de los conceptos que es menester conocer, veamos cómo funciona el principio del efecto relativo de los actos jurídicos.

El art. 1195 del Código establece que “*los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros*”.

Entendiendo que lo dispuesto en este artículo con relación a los contratos se aplica a toda clase de actos jurídicos, por analogía, estudiaremos la incidencia de sus efectos respecto de los sucesores universales de las partes, de los sucesores singulares de ellas y de los terceros.

1495. SUCESESORES UNIVERSALES.— Los sucesores universales se encuentran, en principio, en la misma situación que las partes a las cuales suceden. Es lo que describe el codificador en el art. 3417, al indicar que el heredero “*continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto*

era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión".

Esta paridad de situación existente entre las partes y sus sucesores universales no es, con todo, absoluta, y admite las siguientes excepciones:

1496.— 1) *Los derechos y obligaciones inherentes a la persona* provenientes de algún acto jurídico no se transmiten a los sucesores universales, ya porque la *naturaleza del acto* no lo consiente, v.gr., los derechos maritales derivados del matrimonio, los alimentos ^{23 bis}, la renta vitalicia, etc., ya porque existe una *disposición expresa de la ley* que veda la transmisión, por ej., los derechos de usufructo, uso y habitación (arts. 2920 y 2969).

Es de hacer notar que aquí tropieza el intérprete con la locución "obligación inherente a la persona", que notoriamente no responde a la definición que de ella ha dado el propio codificador en el art. 498, según el cual "*los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor, se denominan en este Código: 'derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona'*". De atenernos a esta definición, las obligaciones inherentes a la persona englobarían a las demás que enuncia el art. 1195, a saber: las intrasmisibles por una disposición legal, o por una cláusula contractual, o por su misma naturaleza. Desde luego, no es aceptable acordar al concepto de una clase de obligaciones un alcance tan amplio que deje comprendido en él las demás obligaciones que a continuación de las primeras como diversas de ellas enuncia la misma ley. Por eso, en la necesidad de restringir, en la disposición de este artículo el concepto de "*obligaciones inherentes a la persona*", lo hemos hecho en el sentido indicado por la fuente del art. 1195, que es, sin duda, el art. 1956, inc. 1º, del *Esbozo*, de Freitas.

En definitiva, para esta disposición son obligaciones inherentes a la persona las que no pueden concebirse independientemente de las partes que han formado el acto, ya por la naturaleza de éste o por una disposición de la ley.

1497.— 2) Tampoco se transmiten a los sucesores las obligaciones intrasmisibles en razón de una cláusula contractual. Es decir, que no obstante ser una obligación transmisible por naturaleza, pueden las partes convertirla en intrasmisible, por tratarse de una cuestión sometida a la libre determinación de los particulares. Más aún, ni siquiera es necesario que la convención sea expresa en tal sentido, "bastando que surja claramente del contrato" ²⁴.

^{23 bis} Igualmente si se trata de obligación alimentaria de origen contractual: Cám. Civ. 1ª, "L.L.", t. 40, p. 224.

²⁴ Borda, G. A., *Derecho Civil, Parte General*, II, n° 874; conf. Josserrand, L., *Derecho Civil*, t. II, vol. I, n° 254.

1498. SUCESORES SINGULARES.— Los sucesores singulares, a la inversa de los sucesores universales, no se ven alcanzados, en principio, por los efectos de los actos jurídicos realizados por sus respectivos autores. Es que respecto de esos actos ellos son terceros debiendo recordarse que el art. 1195 concluye: “*Los contratos no pueden perjudicar a terceros*”. Y en sentido concordante, dispone el art. 1199: “*Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos*”.

Pero tampoco aquí el principio es absoluto, reconociéndose tres *excepciones* al mismo:

1499.— 1) Por lo pronto, los sucesores singulares se ven beneficiados o perjudicados por los actos jurídicos cumplidos por su autor, si ellos constituyen un *antecedente* del derecho transmitido. Por lo general el autor del derecho lo ha adquirido a su vez de otro, de manera que el último titular es un sucesor singular inmediato o mediato de los titulares anteriores, y en tal carácter sufre la influencia de los actos jurídicos precedentes relativos al derecho cuyo título se le ha transmitido *cum omni sua causa*, es decir, con todas las ventajas y desventajas pertenecientes a su título.

Esta excepción al principio ya sentado es tan evidente, que ni siquiera ha merecido una explicación del codificador.

1500.— 2) En segundo lugar, afectan a los sucesores singulares de un derecho las *obligaciones contraídas* por el autor de su derecho respecto a la cosa transmitida, con tal que esas obligaciones sean de las “*que no gravan a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada*” (art. 2416, Cód. Civ.).

Esta regla está indicada en el art. 3266, redactado así: “*Las obligaciones que comprenden al que ha transmitido una cosa, respecto a la misma cosa, pasan al sucesor universal y al sucesor particular; pero el sucesor particular no está obligado con su persona o bienes, por las obligaciones de su autor, por las cuales lo representa, sino con la cosa transmitida*”.

Aun cuando la redacción del artículo no es muy clara, entendemos que alude: 1º) a los gravámenes que pesan sobre la cosa transmitida, en el carácter de derechos reales, v. gr., la hipoteca, el anticresis, las servidumbres; 2º) las obligaciones, que no obstante no tener el carácter de derechos reales, están *in rem scripta*, de modo que la cosa misma responde de su ejecución, por lo que está obligado a cumplir esa promesa el tercer poseedor que quiera conservarla²⁵, por ejemplo, las contribuciones de mejoras, los impuestos territoriales, el pacto de retroventa (art. 1388), etc.

Es de hacer notar que el sucesor singular, sometido a estas obligaciones, puede eximirse de ellas haciendo abandono de la cosa; o de otra manera si se ejecutase la cosa y resultase algún saldo impago a favor del acreedor, no responde por ese

²⁵ Conf. Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, núms. 283-285; Segovia, L., art. 3268, nota 12, t. II, p. 411.

saldo, puesto que él no está obligado “*sino con la cosa transmitida*” (art. 3266 “*in fine*”): ésa es típicamente la situación del tercer adquirente de un inmueble hipotecado.

1501.— 3) En tercer término, los sucesores singulares pueden invocar los *derechos de su autor* que, aunque no están comprendidos en el título transmitido, deban reputarse “*accesorios del objeto adquirido*”. Es lo que dispone el art. 3268, según el cual “*el sucesor particular no puede pretender aquellos derechos de su autor que, aún cuando se refieran al objeto transmitido, no se fundan en obligaciones que pasen del autor al sucesor, a menos que en virtud de la ley o de un contrato, esos derechos deban ser considerados como un accesorio del objeto adquirido*”.

Aquí lo importante es determinar si el derecho que el sucesor singular pretende es o no un accesorio del objeto adquirido. Si reviste ese carácter, puede ser invocado por el sucesor, v. gr., el cesionario de un crédito aprovecha las garantías que aseguran su pago, tales como fianzas, hipotecas, prendas, etc. En cambio, si los derechos del autor no tienen el carácter de accesorios de la cosa transmitida, no pueden ser invocados por el sucesor: es el caso citado en la nota al art. 3268, del comprador de un terreno que no puede exigir la construcción de una cosa a un tercero que la hubiese contratado a favor del vendedor, a menos que éste le hubiese cedido expresamente sus derechos.

Por lo dicho, el principio del art. 3267, que autoriza al sucesor particular a prevalecerse de los contratos hechos con su autor, es falso en la latitud de sus términos, y sólo es exacto en la medida que lo establece el recordado art. 3268.

1502. EXTENSIÓN DE LA TRANSMISIÓN.— En lo referente a la extensión de las atribuciones correspondientes al titular de un derecho, en principio la situación de los sucesores, sean universales o singulares, es la misma de su autor. El derecho con el alcance que tenía en cabeza del autor se transmite y existe en cabeza del sucesor. Es el aforismo romano “*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*” —nadie puede transferir a otro un derecho sino como lo tiene—, reflejado en el art. 3270 del Código Civil: “*Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere*”.

Este principio capital, que domina la materia de la transmisión de derechos, se aplica con todo rigor respecto de los sucesores universales de las partes, pero tratándose de los sucesores singulares sufre numerosas excepciones, entre las cuales apuntaremos las siguientes:

1503.— 1) En materia de cosas muebles, el principio cede ante otro (*en fait de meubles possession vaut titre*), y el art. 3270, es vencido por el art. 2412 del Código Civil. Así lo reconoce el art. 3271, que expresa: “*La disposición del artículo anterior no se aplica al poseedor de cosas muebles*”. Consiguientemente, si al-

guien, obligado a restituir la cosa al propietario, la transmite a un tercero de buena fe, éste queda con un derecho mejor que el de su autor, puesto que la reivindicación del primitivo propietario que era viable contra el transmitente, ya no lo es contra el adquirente. Ejemplo: el comodatario es mero tenedor de la cosa y está sujeto a la restitución de ella; pero si la vende a un tercero de buena fe, éste es poseedor de la cosa y puede oponerse con éxito a la reivindicación del propietario.

1504.— 2) Las *hipotecas no registradas* no pueden perjudicar a terceros (conf. art. 3135). Por tanto, si se enajena un inmueble hipotecado cuya hipoteca no se ha registrado, el adquirente obtiene un título superior al de su autor, pues el acreedor hipotecario puede accionar contra éste, pero no contra aquél.

1505.— 3) En los supuestos de *fraude* y de *simulación*, los terceros adquirentes a título oneroso obtienen también un título superior al de sus autores respectivos, ya que éstos son pasibles de la acción revocatoria (véase n° 1852) o de la acción en declaración de simulación (véase n° 1831), mientras aquéllos no.

1506.— 4) Las enajenaciones hechas por el *heredero aparente* dan lugar a nuevas excepciones al principio del art. 3270. Se llama heredero aparente al pariente en grado sucesible del difunto que ha sido declarado heredero o quien ha sido instituido tal en un testamento aprobado judicialmente (conf. nuevo art. 3430). No obstante la ulterior actividad de los parientes más próximos para ser reconocidos en su carácter de herederos verdaderos del difunto, los actos de enajenación a título oneroso efectuados por el heredero aparente son definitivos, pudiendo los terceros de buena fe conservar los derechos adquiridos, pese a haberse realizado la transmisión a *non domino*, es decir, por quien no era efectivo titular del derecho transmitido. Esto significa que, por el juego de los arts. 3422 y 3430 del Código, los terceros adquirentes tienen un derecho más amplio y mejor que el de su autor, el heredero aparente, quien habría tenido que restituir los bienes de la herencia al heredero verdadero.

1507.— 5) Según una importante corriente doctrinaria, favorecida cada vez más insistentemente por la jurisprudencia, se había considerado que en el régimen del Código de Vélez la *anulación —por oposición a la nulidad—* de los actos jurídicos no afectaba los derechos ya constituidos a favor de terceros que reconocían su antecedente en tales actos ²⁶. Ejemplo: realizando un acto viciado por dolo, si el adquirente transmitía el inmueble habido a un tercero, la ulterior anulación del acto primitivo no repercutía sobre el derecho del tercero, que venía así a tener un derecho superior al de su autor.

²⁶ Véase *infra*, núms. 2035 y ss.; y especialmente Llambías, J. J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, ps. 118 a 185.

1508.— 6) La persona presuntivamente fallecida que reaparece obtiene el reintegro de sus bienes que aún estén en poder de los herederos, pero no de los bienes enajenados por ellos (conf. art. 32, ley 14.394). Por tanto, los adquirentes de estos bienes tienen un derecho superior al de sus autores, obligados a un reintegro del que ellos están exentos.

1509.— 7) La *evicción* en la *permuta* muestra otro supuesto de excepción al “*Nemo plus juris...*”. Producida la evicción de alguna de las cosas permutadas, el permutante perjudicado puede repetir la cosa que él dio en cambio (conf. art. 2128, Cód. Civ.); pero si ésta hubiese sido enajenada por título oneroso por el copermutante, aquél no tendrá derecho alguno contra los terceros adquirentes (art. 2130, Cód. Civ.).

1510.— 8) El acreedor por gastos hechos en utilidad de otro —*empleo útil*, art. 2306— tiene acción de reintegro contra éste en su carácter de propietario de la cosa mejorada, pero no contra el tercero a quien dicha cosa se le hubiese transmitido a título oneroso (conf. art. 2310, Cód. Civ.).

1511. TERCEROS. ACREEDORES.— Entre los terceros, o personas extrañas al acto jurídico, cuadra hacer una referencia final a los *acreedores quirografarios* de las partes, los cuales se encuentran en una situación bastante especial. Como ellos cuentan con el patrimonio del deudor como garantía del cobro de sus créditos, no son enteramente indiferentes a los vaivenes de fortuna de aquél y, por el contrario, se benefician o se perjudican con los éxitos o fracasos del deudor, y el consiguiente aumento o disminución de su solvencia. Esta repercusión económica de los actos del deudor sobre la situación de los acreedores condujo al eminente Baudry-Lacantinerie a considerar a éstos como sucesores universales de las partes. Pero esa postura fue criticada por Laborde-Lacoste, quien sostuvo que el acreedor quirografario era un sucesor particular de su deudor²⁷, opinión luego compartida por J. Bonnet en el tomo V del *Suplemento al Tratado de Baudry-Lacantinerie*.

En realidad, pensamos que ninguna de esas posturas resulta satisfactoria, por la sencilla razón de que, no mediando transmisión alguna del deudor a favor del acreedor, mal puede juzgarse a éste como un sucesor de aquél.

En suma, los acreedores son definitivamente *terceros* respecto de los actos de su deudor, y como tales ninguna intervención pueden pretender respecto de la actividad de éste. Pero como tienen un derecho potencial a los bienes del deudor que constituyen la garantía de sus créditos, los actos de disposición de éste que provocan o agravan su insolvencia resultan con un objeto ilícito, desde que “*perjudican los derechos de un tercero*” (art. 953, Cód. Civ.). Esto es suficiente para jus-

²⁷ Laborde Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, Bordeaux, 1916.

tificar la acción revocatoria que se concede a los acreedores, sin necesidad de atribuirles un carácter sucesorio que les es notoriamente extraño.

1511 bis. ACCIÓN SUBROGATORIA: * ALCANCE Y LÍMITES.— Se denomina acción subrogatoria u oblicua a la que pueden ejercer los acreedores haciendo valer los derechos de su deudor para lograr un incremento patrimonial de éste que les permite a aquellos percibir total o parcialmente sus créditos. Se supone que el deudor insolvente, por incuria o negligencia, deja de ejercer un derecho en razón de que el emolumento correspondiente no va a redundar en su beneficio sino en provecho de los acreedores. De ahí que para remediar la desidia del deudor, la ley autorice a los acreedores a gestionar los derechos que de otra manera quedarían perdidos por el abandono del titular.

La acción subrogatoria está contemplada en el art. 1196 que dice así: *“Sin embargo, los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona”*.

Esta acción se funda en el principio según el cual el patrimonio constituye la garantía de los acreedores (véase *supra*, n° 1306). A causa de esa garantía los acreedores la hacen efectiva sustituyéndose a la persona del deudor en el ejercicio de los derechos que él omite hacer valer ^{27 bis}.

1511 ter. DERECHOS SUSCEPTIBLES DE SER EJERCIDOS.— En principio todos los derechos patrimoniales pueden ser gestionados por la vía oblicua de la acción subrogatoria ^{27 bis 1}.

Excepcionalmente, quedan al margen de esta acción:

1°) por lo pronto, los *derechos inherentes a la persona* que el art. 1196 excluye expresamente (sobre ese concepto, véase *supra*, n° 1496);

* Para un estudio detallado de la acción subrogatoria, remitimos a nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, núms. 420-471.

^{27bis} Conf. Ripert, G. y Boulanger, J., *Traité de Droit Civil*, París, 1957, t. II, n° 1365, p. 514.

^{27bis1} Así la indemnización de daños sufridos en los bienes: Cám. Civ. 1°, “J.A.”, t. 25, p. 156; íd., íd., t. 56, p. 785; íd., íd., t. 76, p. 821; Cám. Civ. 2°, “J.A.”, t. 56, p. 822; Cám. Fed. Paraná, “J.A.”, t. 73, p. 1047. También la iniciación de un juicio sucesorio por el acreedor: Cám. Civ., Sala “C”, “L.L.”, t. 70, p. 404; íd., Cám. Civ. 1°, “J.A.”, 1943-I, p. 68; Cám. Civ. 2°, “J.A.”, t. 69, p. 66. O la demanda por colación de lo donado al coheredero del deudor; Cám. Civ. 1°, “J.A.”, t. 8, p. 341.

2º) además los derechos referentes a *bienes inembargables*, lo que no suscita duda pues los acreedores carecerían de interés en lograr un ingreso de bienes para ellos inasequibles, v.gr., una pensión de alimentos;

3º) en fin los *derechos discrecionales* que son aquellos librados en su ejercicio al solo criterio del titular, tales como la revocación de la donación por ingratitud del donatario, o incumplimiento de cargos (conf. arts. 1864 y 1852); la reparación del agravio moral (arg. art. 1099); la disolución de la sociedad conyugal; etc.

Se ha estimado dudoso que puedan ejercer los acreedores el derecho a obtener indemnización por daños a la persona del deudor ^{27 bis 2}.

1511 quater. OPONIBILIDAD E INOPONIBILIDAD: REMISIÓN.— Véase a este respecto *infra*, núms. 1845 y 1878.

§ 5. Modalidades de los actos jurídicos: a) condición: clasificación; efectos; condiciones prohibidas; b) plazo: clasificación y efectos; c) cargo: concepto y efectos.

1512. NOCIÓN Y MÉTODO.— Se denomina *modalidades* de los actos jurídicos, a ciertos elementos accidentales que alteran los efectos normales de dichos actos, ya tornando incierta la existencia de los derechos respectivos, ya postergando su ejercicio, ya gravando con obligaciones accesorias su adquisición. Las tres especies de modalidades que responden a esta noción son, por su orden, la condición, el plazo y el cargo.

No obstante tratarse de modalidades de los actos jurídicos, por cuanto son susceptibles de ella los actos de esa índole en general, el codificador, apartándose con escasa lógica de su habitual mentor Freitas, ha legislado esta materia conforme a la metodología del Código francés como un capítulo de las obligaciones. De aquí que el tratamiento del tema aparezca en nuestro Código en la sección primera, parte primera, del libro segundo, denominada “De las obligaciones en general”, cuyos títulos V y VI se dedican respectivamente a las obligaciones condicionales y a las obligaciones a plazo. Los cargos son incluidos, nuevamente con escaso rigor científico, en el capítulo final de las obligaciones condicionales, como si ellos constituyeran alguna particular especie de condición, cuando en verdad son esencialmente diferentes.

Los proyectos de reforma han remediado los defectos señalados. Tanto el Anteproyecto Bibiloni (arts. 319 y ss., 1ª redacción; arts. 277 y ss. 2ª redacción),

^{27 bis 2} En sentido afirmativo, Ripert, G. y Boulanger, J., *Traité de Droit Civil*, París, 1957, t. II, nº 1375, p. 517. En contra: Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 56, p. 785.

como el Proyecto de 1936 (arts. 165 y ss.) y el Anteproyecto de 1954 (arts. 171 y ss.), consideran el tema de las modalidades de los actos jurídicos en la parte general, sección de los hechos y actos jurídicos.

Pero la falla metodológica que se advierte en este aspecto del Código Civil ha hecho sentir su huella en la confección de los programas de nuestra materia, los cuales incluyen el estudio intensivo del tema en el curso de Obligaciones, y sólo formulan una indicación sumaria de él en el de Parte General. Atento el carácter de esta obra, realizaremos una consideración somera del asunto.

I.— CONDICIÓN *

1513. CONCEPTO Y CARÁCTERES.— En la terminología jurídica, el vocablo condición es usado en diversos sentidos.

Por lo pronto se utiliza para significar los requisitos o elementos esenciales que debe reunir un acto o un escrito, v.gr., el art. 1012 expresa que “*la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada*”. También con igual alcance se alude a las condiciones de validez de los instrumentos públicos ²⁸.

En un segundo sentido, por condiciones de un acto se entienden las diversas cláusulas que integran su contenido: así las condiciones de venta de una cosa, las condiciones de licitación de una obra pública, etc.

En un tercer sentido se emplea el vocablo en la locución “condición jurídica de las personas” para aludir a la situación general de ellas ante el derecho. Ejemplos: la condición legal del menor emancipado, de la mujer casada, etc.

* BIBLIOGRAFÍA: BUSO, E., *Código Civil anotado*, t. III, ps. 445-553; Lafaille, H., *Tratado de las obligaciones*, ed. Ediar, t. II, ps. 29-51; Colmo, A., *De las obligaciones*, Bs. As., 1920, ps. 150-181; Salvat-Galli, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones en general*, 6ª ed., Bs. As., 1952, t. I, ps. 523-599; Rezzónico, L. M., *Estudio de las obligaciones*, Bs. As., 1953, ps. 253-273; Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. española, Madrid, núms. 62 y ss., p. 382 y ss.; Bufnoir, *Théorie de la condition*, París, 1866; Colin, A. et Capitant, H., *Cours élémentaire de Droit Civil français*, 4ª ed., t. II, ps. 157-167; Coviello, N., *Doctrina general de Derecho Civil*, ed. México, párrs. 132 y ss.; Enneccerus, *Derecho Civil, Parte General*, ed. Barcelona, 1935, t. II, párrs. 181 y ss.; Giorgi, J., *Teoría de las obligaciones*, Madrid, 1910, t. IV, núms. 281 y ss.; Josseland, L., *Derecho Civil*, ed. Bs. As., t. II, vol. 1º, núms. 738 y ss.; Messineo, R., *Manual de derecho civil y comercial*, ed. Bs. As., párr. 4; Ripert, G. et Bulanger, *Traité élémentaire de Droit Civil de Marcel Planiol*, 2ª ed., París, 1946, t. I, párrs. 318-331 y t. II, párrs. 1347-1379; Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, ed. La Habana, t. VII, núms. 1023 y ss.; De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Madrid, vol. 1º, ps. 286-298; Von Thur, A., *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Bs. As., t. III, párrs. 80 y ss.; ps. 304-362.

²⁸ Conf. Salvat, R. M., *op. cit.*, núms. 1915 y ss., p. 788.

Finalmente, en el sentido técnico con que la expresión se usa en esta materia, la *condición* es la cláusula por la cual se subordina la adquisición o la extinción de un derecho a la realización de un hecho incierto y futuro (conf. art. 528, Cód. Civ. y art. 657, *Esbozo de Freitas*). Por extensión también se llama condición al hecho del cual depende el efecto jurídico previsto.

De la definición surgen los *caracteres* que han de corresponder al hecho para que pueda configurar una condición: 1) ha de ser cierto; 2) ha de ser futuro; 3) ha de ser incoercible.

1514.— 1) Para que exista condición el hecho previsto ha de ser *incierto*, es decir, contingente, “*que puede o no llegar*” como remarca sobreabundantemente el codificador en el art. 528. Esta característica, que es esencial y propia de la condición, sirve para distinguirla del plazo, el cual es también un hecho futuro pero necesario o fatal de manera que siempre ocurrirá, aún cuando tal vez no se sepa cuándo. Por esto agrega el art. 529: “*La condición que se refiere a un acontecimiento que sucederá ciertamente, no importa una verdadera condición, ni suspende la obligación, y sólo difiere la exigibilidad de ella*”.

1515.— 2) El hecho previsto, al cual se supedita la adquisición o extinción del derecho debe ser *futuro*. Zachariae, en el lugar que recuerda la nota al art. 528, enseña que “un acontecimiento pasado aunque incierto para las partes... no es una condición”. Como bien se ha dicho, “la exigencia de que se trate de un evento futuro asegura la incertidumbre objetiva de la condición”²⁹.

1515 bis.— 3) El hecho previsto ha de ser *incoercible*, es decir, no susceptible de compulsión por medio de una acción judicial. Si lo fuera no se trataría de una condición sino de un *cargo* (véase *infra*, n° 1542), o bien de la prestación constitutiva del objeto mismo del acto.

1516. CLASIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES.— Diversas son las clasificaciones que se hacen de las condiciones.

Según que el hecho previsto dé lugar al nacimiento o a la extinción de un derecho se dividen las condiciones en *suspensivas* y *resolutorias*.

Según que el hecho previsto dependa o no de la voluntad del interesado se dividen en *casuales*, *potestativas* y *mixtas*.

Según que el hecho previsto consista en una acción o una omisión, se distinguen las condiciones en *positivas* y *negativas*.

²⁹ Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 1045, p. 227.

Finalmente, según que el hecho previsto sea lícito o esté prohibido, se divide en condiciones *lícitas* o *prohibidas*, y éstas a su vez en *imposibles*, *ilícitas* o *contrarias a las buenas costumbres*.

Nos ocuparemos someramente de cada una de estas clasificaciones.

1517. CONDICIONES SUSPENSIVAS Y RESOLUTORIAS.— La condición es *suspensiva* cuando queda supeditada la adquisición del derecho a la realización del hecho previsto. Dice el art. 545: “*La obligación bajo condición suspensiva es la que debe existir o no existir, según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda*”. Ejemplo: te regalo mi biblioteca jurídica siempre que te recibas de abogado.

La condición *resolutoria* deja en suspenso no la adquisición sino la extinción de un derecho ya adquirido. Según el art. 553 del Código, “*la obligación es formada bajo condición resolutoria cuando las partes subordinen a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido*”. Ejemplo: te transfiero el dominio de mi fábrica, pero quedará disuelta la operación si llega cierta materia prima esperada: “*si navis ex Asia venerit*”, decían los romanos en su ejemplo clásico.

1518. CONDICIONES CASUALES, POTESTATIVAS Y MIXTAS.— La condición es *casual* cuando el hecho previsto no depende de la voluntad de las partes. Ejemplo: te daré mi automóvil usado si obtengo el premio en la rifa de un automóvil nuevo.

La condición es *potestativa* cuando el hecho previsto depende de la voluntad del interesado. Ejemplo: te daré mil pesos mañana si quiero hacerlo (*si voluero*).

La condición es *mixta* cuando participa de la índole de las dos anteriores: el hecho previsto en parte depende de la voluntad del obligado, y en parte no. Ejemplo: costearé la instalación de tu consultorio cuando te recibas de médico. Aquí el hecho previsto (la obtención del título de médico) no depende exclusivamente de la voluntad de estudiar del interesado, sino también de circunstancias extrañas, tales como la posibilidad de continuar los estudios, efectuar los trabajos prácticos, aprobar los exámenes, etc.

Mientras las condiciones casuales y mixtas son de suyo válidas, las puramente potestativas no lo son. Por eso dice el art. 542 del Código Civil: “*La obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto...*”. Esta solución es lógica porque semejante obligación no tiene de tal sino el nombre. Por el contrario, el acto es válido si la condición consiste en un hecho que deberá cumplir el obligado, o del cual tendrá que abstenerse. Es lo que aclara la parte final del art. 542: “*...pero si la condición hiciese depender la obligación de un hecho que puede o no puede eje-*

cutar la persona obligada, la obligación es válida". Ejemplo: te vendo mi casa siempre que el año próximo me radique en Córdoba ^{29 bis 1}.

1519. CONDICIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS.— Esta clasificación reviste escasa trascendencia. La condición *positiva* consiste en la realización de un hecho, por ejemplo, el pago de una suma en caso de siniestro.

La condición *negativa* consiste en la ausencia de realización de un hecho. Así, el pago de una renta vitalicia, en cuyo caso la prestación está supeditada al hecho de que no muera la persona designada en el contrato.

1520. CONDICIONES PERMITIDAS Y PROHIBIDAS.— Las condiciones *permitidas* son todas las que no resultan prohibidas. La imposición de condiciones entra dentro del marco de libertad en que se mueve la actividad de los particulares, y así como ellos pueden, en principio, elegir discrecionalmente el objeto de los actos jurídicos (arg. art. 953), también pueden restringir su voluntad a fin de que ella no produzca efecto sino en función de tal o cual hecho que libremente designen. Aquí, como en lo relativo a la elección del objeto de los actos jurídicos, la ley reconoce la libertad de los individuos, pero prohíbe la inclusión de ciertas condiciones.

Las *condiciones prohibidas* son las imposibles, las contrarias a las buenas costumbres, y las ilícitas. Dice el art. 530 que "*la condición de una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres, o prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación*".

1521.— *a) La imposibilidad del hecho previsto puede ser natural o jurídica. A la primera especie se refiere el ejemplo clásico de tocar el cielo con el dedo (si coelum digito tetigerit). La segunda, que no ha de confundirse con la ilicitud, alude a hechos no punibles —entonces serían ilícitos— a cuya realización se opone un obstáculo legal, v.gr., la venta de una cosa fuera del comercio, o la hipoteca de una cosa mueble.*

La imposibilidad del hecho debe apreciarse en el momento de la celebración del acto. Si sobreviene después no será un supuesto de condición imposible sino de frustración de la condición.

Por último es menester hacer notar que la "*condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligación*" (art. 532, Cód. Civ.). En tal caso el acto es puro y simple, quedando exento de toda modalidad. Ejemplo: Te daré cien pesos si no tocas el cielo con el dedo.

^{29 bis 1} Cám. Civ. 1ª, "J.A.", 1942-II, p. 1955; Cám. 1ª La Plata, "J.A.", 1954-II, p. 194.

1522.— b) En segundo lugar, la recordada disposición legal prohíbe que se tomen como condición los hechos contrarios a la moral y buenas costumbres.

Acerca de lo que ha de entenderse en nuestro país como conforme a la moral, nos remitimos a lo explicado antes en el n° 1465.

Con relación a las condiciones, no corresponde distinguir si el hecho inmoral es positivo o negativo. Desde luego no es admisible supeditar la adquisición de un derecho a la realización de un hecho inmoral. Pero tampoco resulta aceptable que pueda considerarse la abstención de un acto inmoral como el presupuesto de un derecho, lo que equivaldría a incurrir en la vileza de convenir un precio por ser honesto ³⁰.

El único supuesto en que la comisión de un hecho inmoral puede configurar una condición legítima, se refiere a la condición *resolutoria*. Observa atinadamente Borda que no habría nada deshonesto en que se estableciese desde ya a favor de alguien, un determinado derecho, v.gr., el cobro de una renta mensual, supeditado a la vida honesta del beneficiario, de tal manera que la comisión de un hecho inmoral determine la pérdida del derecho. Es la propia ley la que autoriza ese proceder en una hipótesis análoga: revocación de la donación por ingratitud del donatario, art. 1858 del Código Civil ³¹.

Este caso se diferencia sustancialmente del anterior. Si en aquél la adquisición del derecho tenía una causa inmoral, que paradójicamente consistía en la abstención de hechos deshonestos, aquí la causa de la adquisición no radica en el ulterior comportamiento del adquirente, sino en la precedente relación jurídica, v.gr., la donación que origina la transmisión del derecho. Pero establecido el derecho en cabeza del adquirente, no hay impedimento para que se pacte su extinción si el interesado comete un hecho inmoral, pues entonces la estipulación aparece reforzando la honestidad de las costumbres.

1523.— c) Finalmente el art. 530 dispone que anula el acto la inclusión de condiciones ilícitas, entendiéndose por tales las que consisten en hechos prohibidos por las leyes.

Este principio admite dos excepciones.

En primer lugar es posible dar el carácter de condición a un hecho ilícito (prohibido por la ley) cuando se trata de una condición resolutoria, en cuyo caso se plantea una situación similar a la que se acaba de examinar.

En segundo lugar es admisible considerar a los hechos ilícitos como condiciones, cuando se prevé su posible realización por terceras personas a fin de prevenir las consecuencias del entuerto. Ejemplo: el seguro contra robo, etc.

³⁰ Si no hay vacilación doctrinaria cuando el hecho es positivo, la hay si se trata de la abstención de un hecho inmoral. A favor de la solución del texto: Borda, *op. cit.*, n° 1059, p. 233; Salvat, *Obligaciones*, 1ª ed., n° 654, p. 255; Busso, *Código Civil anotado*, t. III, art. 532, n° 10. En contra, Marcadé, t. IV, n° 548.

³¹ Borda, G. A., *op. cit.*, II, n° 1059, p. 234.

1524.— *d)* Fuera de las enunciaciones contenidas en el art. 530 del Código Civil, nos encontramos con otras condiciones, a las que es dable denominar *ilegítimas*, para distinguirlas de las ilícitas, antes mencionadas.

Entre las condiciones ilícitas y las que llamamos *ilegítimas* existe una importante diferencia. Las primeras se refieren a hechos reprobados por la ley, en tanto que las segundas contemplan hechos lícitos tales como vivir en cierta ciudad, cambiar de religión, contraer matrimonio, etc., no obstante lo cual la ley impide que puedan erigirse en condiciones, para preservar la libertad de acción, de conciencia, y de elección de estado de las personas ^{31 bis}.

Las condiciones *ilegítimas* están enunciadas en el art. 531, así redactado: "*Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes: 1ª) habitar siempre un lugar determinado, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero; 2ª) mudar o no mudar de religión; 3ª) casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo, o no casarse; 4ª) vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente*" (agregado por la ley 23.515).

La doctrina entiende, en general, que la enumeración del art. 531 no es taxativa, sino enunciativa, por lo que es dable considerar *ilegítimas* todas las condiciones que restrinjan la libertad de acción, de conciencia y de elección de estado de las personas. Es una aplicación del principio de analogía ³².

1525. EFECTOS DE LA CONDICIÓN.— En nuestro derecho el cumplimiento de la condición opera *retroactivamente* a la fecha de celebración del acto. Así lo expresa el art. 543, según el cual "*cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo*".

El principio de retroactividad de la condición se aplica tanto a las condiciones suspensivas como a las resolutorias. Por tanto, si se trata de la condición suspensiva, el cumplimiento de ella determina que el derecho exista desde la fecha de celebración del acto. En cambio, si se trata de una condición resolutoria, el cumplimiento de ella opera la extinción del derecho, que se considera como si nunca hubiese existido. Es siempre la aplicación del mismo régimen a dos situaciones opuestas.

No obstante la simplicidad del principio explicado, el régimen legal de la condición presenta algunas particularidades que es menester conocer.

1526.— *a)* Por aplicación de la regla propia de la condición, el adquirente de un derecho bajo *condición suspensiva* debería carecer de todas las facultades co-

^{31 bis} Conf. Cám. Civ. 1ª, "L.L.", t. 255, p. 116; íd., "J.A.", t. 59, p. 161.

³² En el sentido de que la enumeración no es taxativa, Borda, G. A., II, nº 1060, p. 237; Salvat, *Obligaciones*, nº 645. Contra, Colmo, *Obligaciones*, nº 215.

respondientes a ese derecho, hasta la realización del hecho previsto. Sin embargo la ley le concede importantes atribuciones que indicamos en seguida.

Por lo pronto el titular de un derecho condicional, puede realizar los *actos conservatorios* de su derecho, v.gr., la promoción de una demanda para interrumpir una prescripción en curso, o el pago de un impuesto para evitar una ejecución del fisco. A ello lo autoriza el art. 546, que establece: "*Pendiente la condición suspensiva, el acreedor puede proceder a todos los actos conservatorios, necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y de sus derechos*".

1527.— En segundo lugar, los derechos condicionales son susceptibles de *transmisión* no solamente *mortis causa*, sino también por actos entre vivos. A primera vista parecería que la transmisión de un derecho condicional es contradictoria de su naturaleza, puesto que si carece de una existencia actual podría entenderse que la transferencia estaría entonces vacía de sustancia. Pero no hay tal; si el derecho condicional no tiene una existencia actual tiene sí una existencia eventual, y no media ningún obstáculo para que el titular pueda transferirlo con esa misma calidad a sus sucesores. El derecho eventual constituye una probabilidad favorable, y en tal carácter es un elemento del patrimonio, que es dable transmitir a otra persona. Por ello la ley autoriza en el art. 544 la sucesión *mortis causa* de los derechos condicionales, y a su vez el art. 146 reconoce su transmisibilidad por actos entre vivos.

1528.— Finalmente, en lo que concierne a los *frutos percibidos pendiente conditione* por el titular del derecho condicional, es de hacer notar que la ley deja de lado el régimen propio de la condición, para atribuirlos al poseedor. Esta solución es difícilmente justificable a la luz de los principios, como lo demuestra Aubry y Rau en el § 302 de su obra, ya que el titular del derecho condicional que ha sido puesto en posesión anticipada de la cosa no puede ser considerado como un poseedor de buena fe desde que conocía de antemano el riesgo de la frustración de la condición, que en el caso dejaría a su posesión sin base jurídica³³.

En la solución legal más que a la lógica se ha atendido a motivos de orden práctico, a fin de no privar a los poseedores condicionales del aliciente que para ellos representa la percepción de los frutos, con lo que se satisface el interés social de la productividad de los bienes. Por ello el art. 548 del Código Civil, dispone "*la condición no se cumple, la obligación es considerada como si nunca se hubiera formado; y si el acreedor hubiese sido puesto en posesión de la cosa que era objeto de la obligación, debe restituirla con los aumentos que hubiera tenido por sí, pero no los frutos que haya percibido*".

³³ Critican lo dispuesto en el art. 548 con relación a los frutos, Borda, G. A., t. III, n° 1088, p. 253; Salvat, *Obligaciones*, núms. 728-729; Lafaille, *Curso de obligaciones*, t. II, n° 82, p. 53, y Busso, t. III, art. 548, núms. 21 y ss.

1529.— *b)* En lo relativo a la *condición resolutoria*, también la materia de los *frutos* muestra una clara excepción al principio de retroactividad de la condición, que en este caso se encuentra ampliamente justificada.

En efecto, determina el art. 557 que “*verificada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio*”. Esta solución tiene una base jurídica indiscutible por cuanto los frutos de una cosa corresponden al poseedor de buena fe que los hace suyos por la percepción (conf. art. 2423). Consiguientemente debe concluirse que si el titular de un derecho bajo condición resolutoria ha entrado en la posesión de la cosa, él es un poseedor de buena fe hasta que sucede la condición que resuelve su derecho. Aquí el efecto retroactivo de la condición no puede hacer que él no haya tenido el derecho de poseer, durante el lapso transcurrido desde la constitución del derecho hasta el acaecimiento de la condición, lo cual es suficiente para establecer que su posesión era de buena fe. Y como “*la buena fe del poseedor debe existir en el origen de la posesión, y en cada hecho de la percepción de los frutos, cuando se trate de frutos percibidos*” (art. 2358), es evidente que lo dispuesto en el art. 557 es congruente con el principio básico establecido en el recordado art. 2423.

1530. LEGISLACIÓN COMPARADA. PROYECTOS NACIONALES DE REFORMA.— Lo novedoso de la legislación comparada se refiere al efecto retroactivo de la condición. Mientras los códigos francés (art. 1179), español (art. 1120), italiano (art. 1360) y uruguayo (art. 1282), mantienen como el nuestro el criterio tradicional de la retroactividad, otras legislaciones han seguido la orientación del Código alemán, que determina lo contrario (art. 158). Entre los Códigos inspirados en esta idea, que es la que cuenta con el apoyo de la doctrina más nutrida, mencionaremos el Código suizo de la Obligaciones (art. 151), el peruano de 1936 (art. 1110) y el japonés (art. 127). Sin embargo el reciente Código portugués se atiene al criterio de la retroactividad salvo que por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto fuese de otro modo (conf. art. 276).

Los proyectos nacionales de reforma del Código Civil se han orientado dentro de la orientación alemana. Tanto el Anteproyecto Bibiloni (arts. 332 a 334, 1ª redacción; arts. 286 y 287, 2ª redacción), como el Proyecto de 1936 (arts. 169 y 170) y el Anteproyecto de 1954 (art. 171), convienen en que el cumplimiento de la condición opera sin retroactividad, salvo pacto en contrario de las partes, aclarando en este caso el Anteproyecto de 1954 que la “retroactividad que se hubiese convenido no afectará a los terceros de buena fe”.

II.— PLAZO *

1531. CONCEPTO Y CARACTERES.— El *plazo* es una modalidad de los actos jurídicos por la cual se posterga el ejercicio de los derechos a que se

* BIBLIOGRAFÍA: Lafaille, H., *Tratado de las obligaciones*, ed. Ediar, t. II, ps. 52-50;

refiere. Por extensión se denomina ordinariamente plazo al lapso que media entre la celebración del acto y el acaecimiento de un hecho futuro y necesario, al cual está subordinado el ejercicio o la extinción de un derecho.

Los *caracteres* del plazo son tres: 1) el hecho previsto es futuro; 2) el hecho es fatal; 3) el hecho opera sin retroactividad.

1532.— El plazo, por lo pronto, se refiere a un hecho *futuro*, carácter que es común al plazo y a la condición.

1533.— Pero el plazo se refiere a un hecho *necesario*, que fatalmente ha de ocurrir, por oposición a la condición que es esencialmente contingente. De esta diferencia proviene la diversa naturaleza de los derechos condicionales o sujetos a plazo. Los primeros se caracterizan por su fragilidad, pueden ser ilusorios, desde que está pendiente de definición su misma existencia (condición suspensiva) o su resolución retroactiva (condición resolutoria). En cambio los derechos sujetos a plazo son efectivos y seguros, no hay duda alguna sobre su existencia, si bien el titular ha de esperar un cierto tiempo para entrar en el pleno ejercicio de sus facultades. Todavía en otros supuestos el plazo limita en el tiempo la duración de ciertos derechos: es el plazo extintivo, mal llamado resolutorio.

1533 bis.— La falta de retroactividad es otra diferencia que separa al plazo de la condición pues mientras ésta opera *ex-tunc*, remontando su eficacia a la fecha del acto, en cambio el plazo proyecta su eficacia *ex-nunc*, a partir de su vencimiento y hacia el futuro. Por tanto, sólo desde ese momento se torna *exigible* y pasa a ser pura y simple una obligación sujeta a plazo suspensivo, o cesa un derecho temporario que estaba limitado en su duración a un plazo extintivo.

1534. CLASIFICACIÓN.— Las clasificaciones que suelen hacerse del plazo son dos: 1) los plazos son suspensivos o extintivos; 2) son ciertos o inciertos.

Salvat-Galli, *Tratado, Obligaciones en general*, t. I, ps. 600-615; Colmo, A., *De las obligaciones en general*, Bs. As., ps. 190-212; Rezzónico, L. M., *Estudio de las obligaciones*, Bs. As., 1953, ps. 273-278; Colin, A. y Capitant, H., *Cours élémentaire de Droit Civil*, 4ª ed., t. I, p. 83 y t. II, ps. 167-173; Enneccerus, L., *Derecho Civil, Parte General*, Barcelona, 1935, vol. 2º, párrs. 180 y ss.; De Gáspari, L., *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1946, t. I, ps. 425-440; Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, ed. Bs. As., t. I, párr. 44; Ripert, G. y Boulanger, G., *Traité élémentaire de Droit Civil de Marcel Planiol*, 2ª ed., t. I, núms. 317 y ss.; Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado práctico de Derecho Civil*, ed. La Habana, t. VII, ps. 313-336; Josserand, L., *Derecho Civil*, ed. Bs. As., t. II, vol. 1º, núms. 722 y ss.; De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Madrid, t. I, párr. 31, ps. 299-303; Von Thur, A., *Teoría General del Derecho Civil alemán*, Bs. As., 1948, t. III¹, párr. 83, ps. 363-373.

1535.— En la *primera* clasificación se toma en cuenta el efecto que ha de seguir al cumplimiento del plazo. Es *suspensivo* el plazo que difiere (o suspende) en el tiempo el ejercicio de las facultades que incumben al titular de un derecho; ejemplo: la obligación de restituir una suma de dinero prestada al cabo de un mes, noventa días, etc. El plazo es *extintivo* cuando opera al cabo de cierto tiempo la caducidad (o extinción) de un derecho ^{33 bis}. A este plazo lo denomina el codificador, en los arts. 566 y 567, “resolutorio”, pero esta denominación es impropia porque en la terminología jurídica, la resolución borra lo ocurrido actuando retroactivamente a la fecha de la constitución del derecho, y en cambio el plazo no opera retroactivamente sino a partir de la fecha en que ocurre, dejando subsistir los efectos anteriores del acto al cual accede. Ejemplo: la muerte de la persona en cuya cabeza se ha constituido, extingue el derecho del acreedor a la renta vitalicia (conf. art. 2083, Cód. Civ.), para el futuro.

1536.— La *otra* clasificación toma en cuenta la precisión de la fecha en que debe ocurrir el vencimiento del plazo. Es cierto el plazo cuando se conoce de antemano el momento de su realización, o como dice el codificador “*cuando fuese fijado para terminar en designado año, mes o día, o cuando fuese comenzado desde la fecha de la obligación, o de otra fecha cierta*” (art. 567). Ejemplo: un pagaré a noventa días, o la obligación de pagar una suma el 30 de noviembre del año siguiente.

En cambio, el “*plazo es incierto, cuando fuese fijado con relación a un hecho necesario, para terminar el día en que ese hecho necesario se realice*” (art. 568, Cód. Civ.). Ejemplo: la obligación de pagar una suma después de recoger la cosecha, o a la muerte de determinada persona. Es de advertir que no es posible la confusión del plazo incierto con la condición. El carácter de incierto recae no sobre su realización sino sobre el momento o fecha de esa realización. En cambio en la condición la incertidumbre recae sobre la misma existencia del hecho previsto.

1537. CLÁUSULA DE PAGO A MEJOR FORTUNA.— En relación con el tema que se acaba de estudiar se ha discutido la índole de la cláusula llamada de *pago a mejor fortuna*, la cual difiere la exigibilidad del cumplimiento de la obligación hasta un momento ulterior que se designa ordinariamente “cuando el deudor pueda pagar”, o “tenga medios para hacerlo” o “cuando mejore de fortuna”.

La controversia se plantea acerca de saber si tal cláusula importa una condición o un plazo cierto. La primera opinión ha sido sustentada por Borda ³⁴, quien

^{33 bis} Se ha decidido que si el plazo no fue objeto esencial del contrato, no puede sostenerse, invocando el art. 567, que la obligación está subordinada a un plazo resolutorio cuyo vencimiento deja sin efecto lo convenido: Cám. Civ., Sala “C”, “L.L.”, t. 102, p. 603.

³⁴ Borda, G. A., t. II, n° 1104 (es de notar que este autor cambió de opinión en la 4ª edición de su Tratado); Cám. Civil 1ª Cap., “J.A.”, 1942-II, p. 514; Cám. Civ. 2ª Cap., “L.L.”, t. 30, p. 103; Cám. Com. Cap., “J.A.”, t. 51, p. 258.

se atuvo al hecho de que el mejoramiento de fortuna es contingente, pudiendo o no ocurrir. Por el contrario, la generalidad de la doctrina y alguna jurisprudencia³⁵ interpreta que en tales casos se está en presencia de un plazo incierto. Sin dejar de subrayar la necesidad de acudir en cada caso concreto a la consulta de la intención de las partes, nos inclinamos en caso de duda a favor de esta última opinión, ya porque así parecen resolverlo los arts. 620 y 752 del Código, ya porque presumiblemente las partes no han querido afectar la existencia misma de la obligación sino acordar al deudor amplias facilidades para satisfacerla^{35 bis}.

1538. A FAVOR DE QUIÉN SE ESTABLECE.— Según el art. 570 del Código, “*el plazo puesto en las obligaciones se presume establecido para ambas partes a no ser que, por el objeto de la obligación, o por otras circunstancias, resultare haberse puesto a favor del deudor o del acreedor. El pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de común acuerdo*”.

El criterio del codificador se aparta de la opinión tradicional según la cual ha de interpretarse en un sentido favorable al obligado. Salvo los códigos español (art. 1127) y uruguayo (art. 1410), ningún otro Código extranjero concuerda con el principio del art. 570 transcripto, que no deja de tener un sabor exageradamente favorable para el acreedor.

En realidad no se advierte que concurra en nuestro ambiente ningún factor especial que nos lleve a desatender la opinión prácticamente unánime de la legislación universal sobre el punto y nos impida coincidir con el sentido jurídico común que desde el derecho romano hasta los recientes trabajos de la comisión reformadora del Código francés³⁶, ha interpretado que el plazo jugaba a favor del deudor, salvo prueba en contrario. Por ello compartimos las severas críticas de la Lafaille y Colmo a nuestro art. 570^{36 bis}.

No obstante, el Anteproyecto Bibiloni (art. 350, 1ª redacción; art. 301, 2ª redacción) y el Proyecto de 1936 (art. 183) mantienen la norma criticada. En cambio el Anteproyecto de 1954, redactado bajo nuestra dirección, preceptúa en su art. 183 lo siguiente: “El plazo se presume establecido en beneficio del deudor de la obligación respectiva, a no ser que por la naturaleza del acto, o por otras circunstancias, resultase puesto a favor del acreedor, o de ambos”.

³⁵ Colmo, *Obligaciones*, 2ª ed., n° 272; Salvat, *Obligaciones*, n° 755; Lafaille, *Curso de obligaciones*, t. II, n° 90; Dassen, J. J., *Obligaciones a satisfacerse cuando el deudor “pueda” o “tenga los medios de hacerlo”*, “J.A.”, t. 43, p. 989, y fallos citados en este artículo; Salas, A. E., *Obligaciones a mejor fortuna*, “J.A.”, 1952-II, su nota al fallo n° 4972 de la Cám. Civ., Sala “B”, 14 agosto 1961; véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II, núms. 1521 y ss.

^{35 bis} Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II-B, n° 1522.

³⁶ Anteproyecto, de M. Houin, presentado a la Comisión de reforma del Código francés, art. 35, *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil*, 1946-47, p. 20.

^{36 bis} Lafaille, *Curso de obligaciones*, II, n° 94; Colmo, *Obligaciones*, n° 278.

1539. EFECTOS.— El plazo opera sus efectos *ex-nunc*, es decir, a partir de su vencimiento, dejando subsistentes las consecuencias del acto producidas con anterioridad. En esto se advierte una diferencia esencial con el funcionamiento *ex-tunc* de la condición que borra lo pasado en el intervalo desde la celebración del acto hasta la fecha de la realización de la condición.

Por lo demás, la posición del titular del derecho sujeto a plazo debe ser examinada antes y después del vencimiento del término respectivo.

1540.— Antes del vencimiento, la obligación no es exigible, por lo que la actitud del titular es de expectativa. Consistiendo la modalidad en la suspensión del ejercicio de su derecho, las acciones del titular para obtener el pago de su crédito están en suspenso hasta el vencimiento del plazo. Con todo, debe reconocérsele el ejercicio de toda clase de actos conservatorios, pues si se le conceden al titular del derecho condicional (véase *supra*, n° 1526), *a fortiori* deben corresponder al titular de un derecho más vigoroso como es el sujeto a plazo.

Si el deudor paga antes del vencimiento del plazo, no se admite la repetición (conf. nuevo art. 571), aunque haya mediado error al respecto (conf. art. 791, inc. 1°). Es que el plazo es una modalidad de grado menor y por ello el error que le concierne se estima que no es esencial, y por tanto no anula el pago.

En cuanto a la transmisibilidad del derecho durante ese período no cabe duda alguna en razón de la existencia cierta del derecho. Sobreabundantemente, así lo dispone el art. 573 del Código con relación a las obligaciones a plazo cierto. Parece innecesario agregar que en la misma situación se encuentran las obligaciones a plazo incierto (conf. art. 1446, Cód. Civ.).

1541.— Después del vencimiento del plazo cesa el obstáculo que traba el ejercicio del derecho, por lo que su titular está en situación de promover las acciones judiciales pertinentes (conf. art. 505, Cód. Civ.).

Por otra parte, es menester apuntar que el plazo se considera vencido en diversos supuestos que la ley establece. Así, cuando el deudor cae en insolvencia (conf. arts. 572 y 753), cuando se sacan a remate bienes hipotecados o prendados (conf. art. 754), etc.³⁷.

III.— CARGO *

1542. CONCEPTO Y CARACTERES.— El *cargo* es una obligación accesorio y excepcional que se impone al adquirente de un derecho. Ejemplo: el legado con el cargo de mantener ciertos parientes del testador.

³⁷ Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II-B, núms. 1507-1513.

* BIBLIOGRAFÍA. Busso, E., *Código Civil anotado*, t. III, ps. 534-552; Lafaille, H.,

La noción expresada no difiere mucho de la definición de Mackel-dey, que transcribe el codificador en su nota al artículo 558. Para Mackel-dey, “entiéndese por modo —es la denominación romana— toda disposición onerosa por medio de la cual el que quiere mejorar a otro limita su promesa, exigiendo de él y obligándole a una prestación en cambio de lo que recibe”.

De la definición que antes hemos dado resultan los caracteres propios del pago, que lo distinguen de otras modalidades de los actos jurídicos.

1543.— Por lo pronto el cargo es una *obligación* que grava a una de las partes interesadas. No es un suceso extraño e impersonal ajeno a la voluntad humana como ocurre generalmente tratándose de la condición, y siempre si se trata del plazo. Es por su naturaleza una obligación y, por tanto, puede ser coercitivamente exigido su cumplimiento.

1544.— En segundo lugar, es una obligación *accesoria* a la adquisición de un derecho. El cargo está vinculado al derecho al cual accede, de tal manera que no es posible adquirir el derecho sin asumir al propio tiempo la obligación que el cargo importa. Consiguientemente aparece como una restricción del beneficio que recibe el adquirente del derecho.

1545.— En tercer lugar, es una obligación *excepcional*, es decir que no deriva ordinariamente del acto jurídico realizado, no es un complemento normal de la transmisión del derecho, sino que es por su naturaleza independiente del derecho, siendo sólo la voluntad del enajenante la que establece la vinculación desde ya existente entre el derecho principal y el cargo impuesto.

1546. COMPARACIÓN CON LA CONDICIÓN Y EL PLAZO.— Conforme a los caracteres apuntados, es fácil advertir las diferencias existentes entre el cargo y las otras modalidades.

a) El cargo es coercitivo, no es suspensivo, característica que lo distingue sustancialmente de la condición. Mientras la condición suspende la adquisición del derecho al cual se refiere, el cargo no impide dicha adquisición, si bien grava

Tratado de las obligaciones, ed. Ediar, t. II, ps. 56-59; Salvat-Galli, *Tratado...*, *Obligaciones*, 6ª ed., t. I, ps. 615-629; Colmo, A., *De las obligaciones*, Bs. As., ps. 182-189; Enneccerus, L., *Derecho Civil, Parte General*, t. I, vol. 2º, párr. 125; De Gásperi, L., *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1946, t. I, ps. 415 a 424; Planiol, Ripert y Trasbot, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, ed. La Habana, t. V; Zapulli, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. VIII, voz “Modus”, ps. 681 y ss.; íd., en *Dizionario pratico de diritto privato*, voz “Modo”.

al adquirente con la obligación que importa, y que podrá serle exigida por todos los medios de compulsión propios de las obligaciones. Por el contrario los hechos humanos configurativos de condición no son coercibles ^{37 bis}.

Si se presenta alguna duda acerca de si el hecho previsto constituye condición o cargo, debe entenderse que es esto último (conf. art. 558, 2ª parte) por resultar así más favorable la situación del titular del derecho ^{37 bis 1}.

b) Con relación al plazo, la confusión ya no es posible. En tanto que el plazo suspende el ejercicio del derecho de que se trate, el cargo no afecta al derecho principal cuyo adquirente goza de todas las atribuciones que competen al titular.

1546 bis. CARGO RESOLUTORIO Y CONDICIÓN RESOLUTORIA.— Mientras hay incompatibilidad conceptual entre el cargo y la condición suspensiva, no la hay entre el cargo y la condición resolutoria pues no hay objeción para que se asigne al incumplimiento del cargo la virtualidad de cancelar el derecho ya adquirido. Empero, aun en esta hipótesis se distingue el cargo resolutorio de la condición resolutoria en cuanto: a) el cargo es coercitivo y la condición incoercible; b) el cargo actúa por vía de acción requiriéndose una sentencia que declare la pérdida del derecho por el incumplimiento del cargo, en tanto que la condición funciona de pleno derecho.

1547. EFECTOS.— Los efectos propios del cargo provienen del doble carácter de constituir por su naturaleza una *obligación* y ser al mismo tiempo un accesorio del derecho principal.

1548.— Por razón de su *naturaleza* (obligación) el incumplimiento del cargo faculta al respectivo acreedor, que puede ser el disponente del derecho o un tercero, para el ejercicio de las medidas compulsivas pertinentes (conf. art. 505, Cód. Civ.). Pero dicho incumplimiento no afecta la adquisición del derecho: si esto ocurre ya no se tratará de cargo sino de condición, debiendo hacerse presente que con relación a las donaciones el donante tiene acción para pedir la revocación de la liberalidad, en razón de lo dispuesto en los arts. 1849 y 1850 del Código Civil.

Asimismo, por su carácter de obligación, el cargo se transmite a los sucesores universales del deudor, salvo que sean inherentes a la persona de éste (conf. art. 562). Es la misma regla que el art. 1195 determina para las obligaciones en general.

1549.— Por razón del carácter *accesorio* del cargo, la extinción del derecho principal provoca la extinción de la obligación accesorio, pero no a la inversa (conf. art. 525). Esto explica que la extinción sobreviniente de la obligación que el

^{37bis} Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. III, art. 528, ps. 451-452, n° 10; Cám. Civ., Sala "A", 2 de mayo de 1960, causa n° 64.855 (inédita).

^{37bis 1} Conf. Cám. Civ. en pleno, "J.A.", t. 73, p. 31; Cám. Civ. 1ª, "L.L.", t. 16, p. 470.

cargo importa, deje subsistente la adquisición del derecho, quedando los bienes adquiridos sin cargo alguno (conf. art. 565).

Pero, en cambio, si no se trata de la extinción del cargo, sino de su nulidad, por ser la prestación imposible, ilícita o inmoral, entonces esa nulidad se comunica todo el acto, y consiguientemente a la adquisición del derecho principal. Es lo que dispone el art. 564 haciendo una aplicación del principio general expuesto en el art. 526. Esta solución se justifica, porque resultando el cargo de un acto jurídico único, el vicio del cargo contamina originariamente a todo el acto, y por consiguiente al derecho principal que proviene de ese acto ³⁸.

§ 6. Interpretación de los actos jurídicos. Cuestión acerca de si es un problema de hecho o de derecho. Importancia de este problema en relación al recurso de casación. Principios aplicables a la interpretación de las declaraciones de voluntad ³⁹.

1550. NOCIÓN.— Interpretar un acto jurídico es establecer su verdadero sentido y alcance. Supone una expresión incierta o confusa de la voluntad que ha intentado por medio del acto jurídico obtener un efecto determinado. La teoría de la interpretación viene a reparar el defecto de manifestación de la voluntad, a fin de que ésta alcance el fin que se ha propuesto; consiste, en suma, en una indagación de la voluntad efectiva del agente en el acto unilateral, o de la voluntad común de las partes si se trata de actos bilaterales, para asegurar el respeto que merece el querer individual en este sector del derecho.

Por lo general el juez, que es quien comúnmente deberá encarar esta delicada tarea, es auxiliado por algunos principios orientadores que le provee el propio ordenamiento legal. Así, el Código alemán, en su art. 133, dispone que “en la interpretación de la declaración de voluntad debe indagarse la verdadera voluntad aun

³⁸ En contra Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 1125, quien advierte que el nuevo Código italiano (art. 794) sólo establece esa solución cuando el cargo imposible o ilícito ha sido el motivo determinante de la obligación principal.

³⁹ BIBLIOGRAFÍA: Borda, G. A., II, núms. 888 y ss.; Lafaille, H., *Contratos*, I, n° 378; De Gásperi, L., *Obligaciones*, I, núms. 270 y ss.; Dassen, J., *El recurso de casación y la interpretación de los actos jurídicos*, “J.A.”, 1951-III, sec. doctr., p. 8; Danz, *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926; Von Tuhr, *Teoría general del Derecho Civil alemán*, vol. 22, § 64, p. 217; Bonnetcase, J., *Elementos de Derecho Civil*, I, núms. 134-136; *id.*, *Supplement*, t. II, núms. 398 y ss.; Dereux, G., *De l'interprétation des acts juridiques privés*, París, 1905; Planiol y Ripert, *Tratado Práctico*, ed. La Habana, t. VII, núms. 373 a 375; Valverde, C. y Valverde, *Tratado de Derecho Civil español*, t. I, p. 501, § III; Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. española, Madrid, ps. 237 y ss.

contra el sentido literal de la expresión”, agregando el art. 157 que “los contratos deben interpretarse según lo que exige la buena fe en relación con los usos”.

En términos semejantes se expide el Código francés, no obstante la diversa mentalidad de sus redactores. En efecto, el art. 1134, después de haber señalado que las convenciones constituyen la ley de las partes, concluye: “ellas deben ser ejecutadas de buena fe”. Y el art. 1156 del mismo Código, coincidiendo con el art. 133 del texto germano, establece que “en las convenciones se debe investigar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, antes que detenerse en el sentido literal de los términos” ⁴⁰.

Este mismo principio está incluido en el Código Civil brasileño, cuyo art. 85 dispone que “en las declaraciones de voluntad se atenderá más a su intención que al sentido literal del lenguaje”.

Entre nosotros el principio tiene también autoridad legal dentro del ámbito mercantil, puesto que el Código de Comercio preceptúa en el art. 218: “*Siendo necesario interpretar las cláusulas de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: 1° Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos...*”.

La regla enunciada tiene una paternidad gloriosa, ya que proviene del siguiente pasaje de Papiniano: “*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*” ⁴¹. Pothier la ilustra con el siguiente ejemplo: “*Vos habéis alquilado un pequeño departamento de la casa, ocupada por mí. Os he renovado el contrato en estos términos: Doy en alquiler a X «mi casa» por tantos años, por el precio establecido en el precedente arrendamiento. ¿Estaríais autorizado a pretender que os he alquilado toda mi casa? No, pues aunque los términos «mi casa», en su sentido gramatical, significan la casa entera y no un simple departamento, es visible, sin embargo, que nuestra intención no ha sido sino la de renovar el alquiler del departamento; y esta intención, de la que no puede dudarse, debe prevalecer sobre los términos del contrato*” ⁴².

Nuestro codificador civil se ha abstenido, salvo contadas excepciones, de dictar normas de interpretación, tal vez por entender, no sin razón, que ellas debían ser por su propia índole más que obra del legislador, de la ciencia del derecho.

1550 bis. DISTINTOS CRITERIOS EN ACTOS ENTRE VIVOS Y EN DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD; CONCILIACIÓN ENTRE LOS INTERESES DEL DECLARANTE Y DEL ACEPTANTE DE LA DECLARACIÓN; LA CONFIANZA GENERAL.— Es muy diversa la posición del intérprete, según que trate de apreciar el significado de un *testamento* o de otros actos jurídicos, especialmente, *contratos*.

⁴⁰ El Código francés dedica los arts. 1156 a 1164 a la interpretación de las convenciones.

⁴¹ *Digesto*, L. 219, t. 16, lib. 50.

⁴² Pothier, *Tratado de las obligaciones*, t. II, n° 91, p. 48.

En los *testamentos* lo que se busca es hacer reinar la voluntad del testador por lo que toda comprensión del acto debe traducir lo más fielmente posible el efectivo sentir de aquél, latente en el documento, sin otra preocupación.

En cambio, en los *actos entre vivos* de lo que se trata, primordialmente, es de hacer reinar la buena fe en la sociedad humana: esa es la clave de la tarea del intérprete. Toda declaración de la voluntad de alguien que está dirigida a otro, debe ser comprendida en el sentido que éste pueda entenderla, actuando de buena fe. De esta manera se concilian apropiadamente los intereses contrapuestos de las partes y se coadyuvan a la confianza general que se apoya en la lealtad con que deben obrar todos los ciudadanos.

1551. PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES ⁴³.— Enunciamos a continuación las principales reglas interpretativas que mencionan los autores.

1552. 1º) LA BUENA FE.— Ha dicho Demolombe que “la buena fe es el alma de las relaciones sociales” ⁴⁴, lo cual explica que la regla más importante en esta materia indique que las convenciones deban entenderse de buena fe, que en el caso significa lealtad en la concertación del acto, confianza en la palabra empeñada. Aunque este principio capital no estaba incorporado explícitamente al articulado del Código, puede decirse que lo estaba en forma virtual en el antiguo art. 1198 según el cual “*los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos*”. Las fuentes de esta disposición, que son el art. 1135 del Código francés y el pasaje correlativo de Aubry y Rau —§ 346, texto nota 2—, se encargaban de aclarar que tales consecuencias son las que resultan según la *equidad*, el uso o la ley ^{44 bis}.

Ese significado ha sido corroborado explícitamente por la ley 17.711 que ha sustituido el art. 1198 por un nuevo precepto que en su primera parte dice: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”.

Se trata de una clave esencial para la apropiada interpretación de cualquier acto jurídico.

1553. 2º) SIGNIFICACIÓN CORRIENTE DE LAS PALABRAS Y LA CONDUCTA.— En la inteligencia de los actos jurídicos debe atenderse a la significación corriente de las palabras empleadas y de los hechos que configuran la conducta de las partes. A veces ocurre que se usan los términos impropriamente, aunque conforme a un uso vulgar, lo que pasa, por ejemplo, con el vocablo “tráfico”, que, significando “comercio”, se usa muy comúnmente en el sentido de “tránsito”.

⁴³ Véase especialmente Borda, G. A., núms. 896 y ss.

⁴⁴ Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, p. 376, n° 393.

^{44 bis} Conf. Cám. Civ., Sala “E”, “L.”, t. 101, p. 201.

A este respecto, enseña Larombière ⁴⁵ que las palabras equívocas deben entenderse en el sentido que les da el uso y no el que les atribuye uno de los contratantes. Éstos pueden limitar el alcance y significación de sus expresiones convencionalmente, pero a falta de convención debe entenderse que las palabras fueron empleadas en el sentido consagrado por el uso.

1554. 3º) USOS SOCIALES.— Los usos sociales contribuyen notablemente a aclarar el alcance del acto. Según el art. 218, inc. 6º del Código de Comercio, los usos a tomarse en cuenta son los del lugar de ejecución del contrato. Borda demuestra en verdad que correspondería atender a los usos del lugar donde la voluntad se manifiesta, pues cada cual reacciona conforme al ambiente en que vive ⁴⁶.

1555. 4º) CONTEXTO.— Las expresiones usadas por las partes no deben entenderse aisladamente sino en función del contexto. Es una regla interpretativa contenida en el art. 218, inc. 2º, Cód. Com., que recibe la más frecuente aplicación en los tribunales de todos los fueros ^{46 bis}.

1556. 5º) EL FACTOR CIRCUNSTANCIAL.— Las circunstancias de tiempo, de lugar, etc., encuadran la actividad de las partes. Es lógico, pues, que para apreciar adecuadamente el alcance de esa actividad, debe consultarse las circunstancias en que actuaron los interesados.

1557. 6º) EL FIN PRÁCTICO DEL ACTO.— Es un factor capital, puesto que las partes no celebran actos jurídicos sino para alcanzar mediante ellos ciertos resultados económicos o de otra índole. De aquí que sea indispensable conectar el medio utilizado con el fin perseguido por las partes, para atribuir a ese medio que es el acto jurídico su significación adecuada.

1558. 7º) LA CONDUCTA SOBREVINIENTE DE LAS PARTES.— Otro factor importantísimo para apreciar el sentido de un acto jurídico es la conducta a que las partes se han ajustado después de la celebración del acto ^{46 bis 1}. Es lo que se puede denominar la interpretación “viva” del acto, si bien corresponde apuntar que la conducta interpretativa debe ser común de ambas partes, o si es unilateral no resultar favorable a la persona que la realiza. Pues de otro modo, como observa Borda, “sería muy fácil a los contratantes desviarse de la recta interpretación de un convenio, realizando actos que la otra parte tal vez ignore” ⁴⁷.

⁴⁵ Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, art. 1156, nº 7, p. 618.

⁴⁶ Borda, G. A., t. II, nº 900, p. 133.

^{46 bis} Conf. Cám. Civ., Sala “F”, “L.L.”, t. 102, p. 654.

^{46 bis 1} Conf. Cám. Civ., Sala “E”, “L.L.”, t. 104, p. 35; íd., Sala “D”, “L.L.”, t. 1203, p. 694; íd., Sala “C”, “L.L.”, t. 102, p. 603; íd., Sala “B”, “J.A.”, 1961-I, p. 248.

⁴⁷ Borda, G. A., t. II, *op. cit.*, nº 905, p. 137.

1559. 8°) LA NATURALEZA DEL ACTO.— La tercera regla interpretativa que menciona Pothier, indica que si en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, se los debe entender en el más congruente con la naturaleza del acto.

“Si por un acto se hubiese dicho —comenta Pothier— que he alquilado por nueve años cierta heredad por la suma de 300 libras, no se debe entender que es por una sola suma de 300 libras, sino por una suma anual de 300 libras, dado que por la naturaleza del contrato de arrendamiento el precio consiste en un alquiler anual”⁴⁸.

1560. 9°) LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA EFICACIA DEL ACTO.— Según el art. 218, inc. 3° del Código de Comercio, “*las cláusulas susceptibles de dos sentidos, de uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero*”. Pothier da como ejemplo de esta regla —la segunda de su enunciación— el siguiente: “Al final de un acto de partición se lee: queda convenido entre Pedro y Pablo, que éste podrá pasar sobre sus heredades. Aunque en su sentido gramatical los términos: «sus heredades», pueden significar las tierras de Pablo tanto como las de Pedro, no hay duda de que ellos se refieren a las de Pedro, porque de otro modo la cláusula no produciría ningún efecto, desde que Pablo no tiene necesidad de estipular qué podrá pasar sobre sus propias heredades”⁴⁹.

1561. 10°) EL PRINCIPIO DEL “FAVOR DEBITORIS”.— El Código de Comercio finaliza su enunciación de reglas interpretativas con la siguiente: “*En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea, en el sentido de su liberación*” (art. 218, inc. 7°).

Con todo acierto, advierte Borda que la aplicación de esta regla sólo resulta justa en los contratos gratuitos, pero no en los onerosos, pues en éstos cada obligación responde a una contraprestación, y entonces la justicia conmutativa pide que el criterio de interpretación se atenga a la equidad y equivalencia de las obligaciones recíprocas. Por esto el Código español dispone en el art. 1289 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 éste fuera 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”.

Por nuestra parte compartimos este punto de vista, que es también seguido por el Código mexicano (art. 1857), el nuevo Código italiano (art. 1371) y el reciente Código portugués (art. 237).

1562. SI LA INTERPRETACIÓN ES UNA CUESTIÓN DE HECHO O DE DERECHO; IMPORTANCIA DEL ASUNTO EN VISTA AL RECURSO DE CASACIÓN.— Para finalizar el estudio del tema referente a la interpretación de los actos jurídicos, examinaremos si la cuestión que el asunto plantea es de *he-*

⁴⁸ Pothier, *op. cit.*, t. II, n° 93, p. 48. Conf. art. 218, inc. 3°, segunda parte, Cód. Com.

⁴⁹ Pothier, *op. cit.*, t. II, n° 92, p. 48. Conf. Cám. Civ., Sala “D”, “L.L.”, t. 103, p. 399.

cho o de *derecho*, lo que reviste especial interés a los fines de considerar la procedencia de un recurso de inaplicabilidad de ley (véase *supra*, n° 74) o de un recurso de casación que puede instaurarse, en lo futuro, en el orden nacional (véase *supra*, núms. 78-79).

Se trata de saber si, en teoría, la sentencia que acuerda a cierto acto jurídico una interpretación que se estima inadecuada, es o no susceptible del recurso de casación, cuestión que ha sido estudiada en Francia y en Italia sin haberse llegado aún a soluciones definitivas.

1563.— Parecería, a primera vista, que siendo el contrato la ley de las partes, la interpretación que se haga de esa ley mínima, aplicable sólo a los interesados, da lugar a una cuestión de derecho susceptible de articularse en un recurso de casación (sobre el concepto de este recurso, véase *supra*, n° 78).

Contra este aserto, puede aducirse la autoridad de Calamandrei, que llega a calificar a ese razonamiento de mezquinamente artificioso, por lo que estima que ni vale la pena repetir los argumentos con los que ha sido refutado ⁵⁰.

Sin duda el contrato difiere sustancialmente de la ley. “Colocar en una misma línea a las leyes y a los contratos, contemplar a los contratos como fuentes del derecho, es confundirlo todo”, decía Savigny ⁵¹. En lo que ahora interesa destacar, esto es con relación a la casación, se advierte que si éste es un remedio ideado para obtener la unificación de la jurisprudencia, y con ella un derecho uniforme en todo el territorio, ya no hay razón para extender ese recurso a los contratos, que no integran la legislación y que no tienen una aplicabilidad general sino restringida a las partes intervinientes.

Esta última consideración ha sido controvertida por Dassen, quien sostiene que en la práctica los contratos tienden a adquirir también una vigencia general por su estandarización en forma de cláusulas de estilo, y por la creciente utilización de los contratos de adhesión que suponen la aplicabilidad de un mismo régimen a un número indefinido de adherentes ⁵².

1563 bis.— Según nuestro punto de vista la solución de esta cuestión no es simple, ni se puede afirmar que todo lo relativo a la interpretación de los contratos sea susceptible del recurso de casación o deje de serlo. Es menester entrar en la discriminación de diversos aspectos que quedan comprendidos en la cuestión.

1564.— a) Si se trata de la investigación *de la intención* particular del agente, o la intención común de los contratantes, para fijar en función de ella la interpretación adecuada del acto, es esa una cuestión de hecho “que como tal depende libremente de

⁵⁰ Calamandrei, *La casación civil*, t. II, p. 376.

⁵¹ Savigny, *Traité de droit romain*, t. I, p. 11.

⁵² Dassen, J., *El recurso de casación y la interpretación de los actos jurídicos*, “J.A.”, 1951-III, secc. doctr., p. 10, ap. III.

la apreciación de los tribunales de instancia”⁵³ sin que sea posible variar la decisión judicial por un recurso de casación que se declararía improcedente. Sin embargo, para eludir un medio fácil de desconocer el régimen del contrato, mediante la deformación de la intención evidente de las partes, la Corte de Casación ha llegado en Francia a admitir el recurso si las sentencias “desnaturalizan el sentido del contrato, cuando éste es claro y preciso y no da lugar a ninguna ambigüedad”⁵⁴.

1565.— *b)* Si establecida y admitida la intención efectiva de las partes, la sentencia se aparta de ella por motivo de equidad u otra razón jurídica, el recurso de casación es viable. La razón es evidente, pues entonces se trata de saber si la interpretación judicial del *principio de la autonomía de la voluntad y de sus límites* —en síntesis comprensiva de los arts. 1197 y 953 de nuestro Código— es adecuada.

1566.— *c)* Sobre la base de ciertos hechos admitidos, los tribunales deben decidir su *calificación* para conforme a ella aplicar el régimen jurídico correspondiente. La exactitud de esa calificación es una cuestión de derecho que en Francia ha permitido el control de la Corte de Casación⁵⁵.

1567.— *d)* Todavía es viable el recurso de casación cuando el juez ha imputado a las partes una determinada intención en función del juego de los *principios interpretativos* que existen en algunas legislaciones, v.gr., arts. 1156 y 1164 del Código francés, arts. 1281 a 1289 del Código español, etc. No son los hechos los que se revisan en la casación sino la adecuada aplicación que ha efectuado el juez del régimen legal de la interpretación contractual a los hechos tal como ellos han sido comprobados en el juicio.

1568.— En suma, como resulta de los desarrollos anteriores, con relación a los actos jurídicos y su interpretación se plantean diversos problemas, los cuales pueden ser discriminados en dos categorías: en la primera queda comprendido todo lo relacionado con la investigación de la efectiva intención que da vida al acto jurídico. Hay allí múltiples cuestiones de hecho y consiguientemente de prueba que no dan materia al recurso de casación.

Por otra parte, hay una segunda categoría de cuestiones que es posible denominar de derecho porque se refieren a la apreciación que de los hechos ha de hacer el magistrado, conforme al régimen jurídico correspondiente. Si se objeta por errónea la actuación judicial en esta laya de problemas, el recurso de casación es viable por cuanto se trata de establecer si en función de ciertos hechos admitidos ha prevalecido la adecuada comprensión del ordenamiento jurídico.

⁵³ Planiol y Ripert, *Tratado Práctico*, ed. La Habana, t. VI, n° 375, p. 522.

⁵⁴ En tal sentido hay jurisprudencia abundante, que citan Planiol y Ripert en *op. cit.*, n° 375, p. 523, nota 2.

⁵⁵ Planiol y Ripert, *op. cit.*, t. VI, p. 524, texto y nota 1.

CAPÍTULO XIV

FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

§ 1. Forma de los actos jurídicos. El formalismo en el derecho. Ventajas e inconvenientes de las formas. Clasificación de los actos jurídicos en cuanto a sus formas.

1569. CONCEPTO DE FORMA ESENCIAL.— Según hemos visto, la forma es el tercero y último de los elementos esenciales de los actos jurídicos, siendo los otros dos el sujeto y el objeto (véase *supra*, n° 1453).

Enseña Aristóteles que la forma es “un principio distinto que da una manera de ser a las cosas y les comunica sus atributos”.

Con relación al acto jurídico, dice De Gásperi que “la forma puede ser concebida como el molde en que la voluntad sustancial del acto se vacía y se hace sensible, adquiriendo un sentido, mediante el cual pueden los terceros reconocerla, ponderar sus alcances y prever sus consecuencias”¹.

Para Ihering es el contenido del acto desde el punto de vista de su visibilidad; supone siempre el contenido, porque no hay forma sin contenido, ni contenido sin forma².

Para nosotros la forma del acto jurídico es la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto³. Como resulta del art. 913 del Código, sin exteriorización de la voluntad del sujeto, no hay acto voluntario, sino propósito mental. Por tanto, para que el estado de conciencia se concrete en un acto humano, es indispensable que salga del fuero interno de la persona y que se

¹ De Gásperi, L., *Obligaciones*, I, n° 589, p. 575.

² Ihering, R., *El espíritu del derecho romano*, t. III, p. 181.

³ Llambías, J. J., *Vigencia de la teoría del acto jurídico inexistente*, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, año III, n° 11, p. 634. Conf. Spota, A. G., *Tratado*, t. 37, n° 2006, ps. 7-8.

exteriorice mediante un modo adecuado cualquiera. A ese modo por el cual se manifiesta la voluntad del sujeto (1^{er}. elemento) tendida en busca de un bien apto para satisfacer sus necesidades o deseos (objeto, 2^{do}. elemento), corresponde denominar *forma* (3^{er}. elemento). La forma es el elemento aglutinante del acto jurídico, porque es el que relaciona al sujeto con el objeto.

1570. FORMA ESENCIAL Y FORMA LEGAL.— La noción que hemos dado corresponde a lo que puede llamarse *forma esencial del acto jurídico*, porque no es concebible dicho acto sin alguna forma, cualquiera sea ella.

Ese concepto de forma esencial difiere del de *forma legal* a que se refiere el codificador en el art. 973, según el cual “*la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar*”.

Como advierte De Gásperi, el precepto transcrito confunde el concepto de forma con los eventuales requisitos de solemnidad que la ley exige para ciertos actos. En verdad es posible decir que el art. 973 incurre en el defecto de definir al género —forma— por una de sus especies: la forma legal.

Si la forma esencial es un elemento indispensable del acto jurídico, a punto tal que no es posible concebir el acto sin forma, la forma legal, es en cambio, cierta forma determinada en que deben celebrarse algunos actos jurídicos bajo pena de invalidez.

1571. EL FORMALISMO EN EL DERECHO *.— En los pueblos de cultura incipiente el formalismo está en la base de su organización jurídica. Los actos jurídicos no derivan su eficacia de la voluntad de las partes, sino del cumplimiento de las formas de celebración impuestas por la ley. Por ejemplo, en la Roma primitiva importaba poco que el consentimiento de los contratantes estuviese exento de vicios; lo importante era que se hubiesen cumplido exactamente las fórmulas de la *stipulatio* o de la *mancipatio*.

Esto hacía que la acción judicial adscripta a cada contrato proviniera del cumplimiento de las formas legales. De suerte que en el sistema formalista riguroso hay una identificación de la forma esencial y de la forma legal. Ciertamente no

* BIBLIOGRAFÍA: Martínez Carranza, *La forma de los actos jurídicos*, “Bol. Inst. Der. Civ.”, Córdoba, julio-septiembre 1945; Rouxel, *L'évolution du formalisme*, Caen, 1935; Ihering, R., *El espíritu del derecho romano*, trad. esp., Madrid, 1904, t. II, ps. 178 y ss.; Von Tuhr, A., *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Bs. As., 1946, t. II, ps. 176-216; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho Civil, Parte General*, Barcelona, 1935, t. I, vol. 2º, ps. 119 y ss.

existe el acto jurídico sin una forma (forma esencial), pero por lo demás no se concibe que los particulares puedan elegir las formas de celebración, las cuales deben ajustarse a las prescripciones de la ley (forma legal). La distinción de la forma esencial y de la forma legal será una elaboración del derecho ulterior.

Entretanto, como dice Ortolán, era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La escasa difusión de la escritura impedía la utilización de esa reina de las formas modernas, que era sustituida por ritos teatrales y simbólicos, destinados a grabar en el ánimo de las partes y de los testigos las circunstancias del acto para facilitar su reconstrucción en caso de una ulterior controversia judicial.

En una etapa posterior del derecho romano, el derecho estricto se morigeró con la aparición de los contratos *bona fide*, llegándose finalmente a reconocer que el simple pacto, aun desprovisto de la forma legal adecuada, era bastante para obligar a las partes. El derecho se había espiritualizado lo suficiente como para advertir que la fuerza que vinculaba a las partes era su propio consentimiento, del cual las formas eran vestigios que servían para su ulterior comprobación.

Desde entonces el derecho de las civilizaciones jurídicamente adelantadas, se caracteriza por el predominio del principio de libertad de formas que deja a los particulares la elección de los medios de expresión que estiman más adecuados para la celebración de los actos jurídicos que a ellos interesan.

1572.— No obstante, el formalismo no sólo no ha desaparecido del derecho moderno, sino que hasta parece cobrar nuevo vigor en algunos sectores, como el derecho comercial. De cualquier manera este nuevo formalismo se diferencia del primitivo por la finalidad que explica su supervivencia, la cual se vincula con el interés de los terceros y la seguridad del tráfico jurídico.

Es cierto que la necesidad a que daba satisfacción el viejo formalismo aún subsiste. Así cuando se trata de operaciones sobre inmuebles, en razón de la importancia que esa clase de bienes tiene, ya como amparo de la familia, ya como medio indispensable de la sustentación material, se ha querido que los títulos donde constan los derechos respectivos, queden exentos de posible extravío y consiguientes controversias. De ahí que para dar completa *seguridad* a esos derechos se haya establecido la forma legal de la escritura pública, que elimina esa contingencia por la facilidad de obtener nuevos testimonios de la escritura matriz, la cual queda asegurada bajo el cuidado del Estado.

1573.— A esa antigua idea de la seguridad de los derechos se ha venido a agregar en favor del formalismo moderno, *el interés de los terceros*, para cuyo resguardo las nuevas formas consisten a veces en la inscripción de ciertos derechos en los registros públicos. En nuestro tiempo los terceros tienen un interés evidente en estar informados de ciertos actos que pueden cumplir las partes, como por ejemplo las operaciones sobre inmuebles en razón de su incidencia en las fluctuaciones del patrimonio que constituye la garantía colectiva de los acreedores. Por ello se ha

procurado organizar regímenes adecuados de publicidad y de la transmisión de derechos, y en varios códigos contemporáneos, y también en el nuestro después de la modificación introducida por la ley 17.711, la inscripción en el Registro constituye un requisito de forma indispensable para operar la transferencia de derechos reales sobre inmuebles ⁴.

1574.— Especialmente en el derecho comercial, las formas contribuyen a acelerar el *tráfico jurídico*, lo cual se reconoce como un estímulo de suma importancia para el incremento del giro mercantil. Una brillante idea de Ihering explica esta función que llenan las formas en el comercio. Indica Ihering que la forma del acto jurídico viene a ser como el cuño de la moneda; y así como ese cuño que el Estado impone a la moneda, asegura que ella tiene cierto valor, lo cual exime a los particulares de las engorrosas operaciones de comprobación que antiguamente debían cumplir (por ejemplo, pesaje del metal, etc.), igualmente la utilización de ciertas formas usuales libera a las partes de la necesidad de realizar un estudio detallado y minucioso del acto jurídico que desea efectuar, confiados en la eficiencia que su forma hace presumir. Esto explica el curso cada vez más intenso en el ambiente mercantil de formularios de contratos, cláusulas de estilo, así como de cheques, pagarés, letras de cambio, etc.

1575. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LAS FORMAS.— Si se hace un balance de las ventajas e inconvenientes del formalismo moderno, se llega a un resultado más bien equilibrado.

Entre las *ventajas* es posible anotar las siguientes: 1º) el empleo de formas usuales o corrientes permite conocer con más exactitud la naturaleza del acto; 2º) la exigencia de ciertas formas legales protege a los interesados de su propia ligereza e impremeditación, como ocurre tratándose del matrimonio, del testamento; 3º) el uso de formas preconstituidas facilita y hasta asegura la prueba del acto; 4º) como medios de publicidad las formas protegen los derechos de los terceros; 5º) el empleo de formas usuales favorece la circulación de los papeles de comercio; 6º) desde el punto de vista fiscal las formas legales facilitan el cobro de impuestos respecto de los cuales los oficiales públicos intervinientes actúan como agentes de retención ⁵.

Pero el formalismo no deja de tener sus *inconvenientes*: 1º) por lo pronto sujeta a las partes a la incomodidad que para ellas reporta el cumplimiento de las formas; 2º) las formas legales son siempre onerosas, pues las partes se ven precisadas

⁴ Los Registros de la Propiedad existentes en nuestro país habían sido creados por los gobiernos locales; la inscripción del acto en ellos antes de la ley 17.711, no era un requisito de la transmisión del derecho respectivo. Conf. Valiente Noailles, L. M., *Carácter de las constancias de dominio del Registro de la Propiedad*, "L.L.", t. 98, p. 345.

⁵ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 921, p. 148.

a recurrir a especialistas cuando no a funcionarios que detentan el monopolio de la realización de ciertas formas, v.gr., los escribanos; 3º) la exigencia de formalidades legales acarrea el peligro que para la validez del acto significa la inobservancia de las solemnidades establecidas; 4º) por último las formas legales suelen actuar como impedimento que obstaculiza la celeridad de las transacciones sobre los bienes a que ellas se refieren.

Las ventajas e inconvenientes apuntados obligan a reflexionar antes de expresar un juicio definitivo sobre el formalismo. No es éste un asunto acerca del cual corresponda una conclusión general, sino que ella debe atender a cada clase de bienes y a los valores e intereses que los actos jurídicos comprometen.

1576. PRINCIPIO DE LIBERTAD: EXCEPCIONES.— Nuestro Código se enrola en la tendencia moderna según la cual la fuerza jurídica de las convenciones emana de la voluntad individual y no del cumplimiento de formas sacramentales. Así resulta del art. 974, que dispone: “*Cuando por este Código o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes*”.

El precepto transcrito sienta el principio de libertad de forma, que como lo deja ver la misma disposición no es absoluto. En efecto, con relación a un acto jurídico determinado, podrá exigirse la celebración bajo forma escrita (art. 975) o en instrumento público (art. 976) o en cierta clase de instrumento público (art. 977). Sea que la exigencia de forma determinada provenga de la ley o de la convención particular, su omisión provoca la nulidad del acto (arg. art. 975), consecuencia que obliga a estudiar la clasificación de los actos jurídicos a que nos referimos en el número 1577.

1576 bis. EL INSTRUMENTO COMO CONCEPTO AUTÓNOMO.— El instrumento como elemento de forma, no se confunde con el acto jurídico en él instrumentado. De esa distinción se sigue que no obstante la nulidad del instrumento puede ser válido el acto jurídico instrumentado (*infra*, nº 1597); igualmente puede ser válido el instrumento por no tener vicio alguno y nulo el acto instrumentado (*infra*, nº 1942). Pero si el acto depende para su validez de la forma instrumental, siendo nulo el instrumento donde consta es consiguientemente nulo el acto instrumentado: he ahí una nulidad refleja (*infra*, nº 1941).

1576 ter. FORMA Y PRUEBA. FORMAS “AD PROBATIONEM” Y “AD SOLEMNITATEM”.— Forma y prueba son conceptos inconfundibles entre sí. Mientras la *forma* es el elemento externo del acto jurídico (*supra*, nº 1569),

la *prueba* es el medio no necesariamente instrumental —confesión, testigos, etc.— por el cual se demuestra la verdad del hecho de haberse efectuado dicho acto jurídico. Empero, cuando la prueba se realiza mediante la presentación del documento otorgado para “formar” el acto, una misma cosa —el instrumento— es elemento externo del acto o forma y es medio de prueba.

Las *formas legales*, esto es, las exigencias de la ley relativas al modo como deben celebrarse ciertos actos jurídicos (*supra*, n° 1570), se suelen distinguir en formas *ad probationem* y formas *ad solemnitatem*, según la función que se atribuye al cumplimiento de aquellas exigencias. Las formas legales *ad probationem* son instituidas para facilitar la prueba del acto, por ejemplo, la forma escrita con respecto a los contratos que tengan por objeto un valor superior a cien pesos (conf. art. 1193); o el otorgamiento del acto en doble ejemplar cuando ello se requiere (*infra*, núms. 1590 y ss.). En esos casos, cuando se demuestra la verdad del hecho de haberse celebrado el acto, con tales o cuales características, por otro medio de prueba distinto del previsto *ad probationem* por la ley, no se hace cuestión acerca de la ausencia de ese medio que ha quedado suplido por aquellos otros. En cambio las formas legales *ad solemnitatem* son establecidas con un rigor categórico, de manera que si no se cumplen, la ley considera que el acto no ha quedado formado para producir su efecto propio: así la donación de inmueble está sometida a una forma de este tipo, por el nuevo art. 1810, pues omitida la forma de la escritura pública, no hay donación, careciendo el donatario de acción para exigir del donante el otorgamiento del acto bajo la forma legal apropiada.

La distinción expresada se relaciona con la clasificación de los actos jurídicos que estudiamos en el número siguiente.

1577. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN CUANTO A SUS FORMAS.— Desde el punto de vista de la forma, los actos jurídicos se clasifican en *formales* y *no formales*.

Son *formales* los actos jurídicos cuya validez depende de su celebración bajo la forma exclusivamente determinada por la ley. Ejemplo: la cesión de créditos que debe hacerse por escrito, bajo pena de nulidad (art. 1454, Cód. Civ.).

Los actos *no formales*, en cambio, son aquellos para los cuales la ley no señala forma determinada, cayendo dentro del principio general de libertad de forma establecido en el art. 974.

1578. SUBDIVISIÓN.— Los actos formales se subdividen a su vez en actos *solemnes* y *no solemnes* (o formales propiamente dichos).

Los actos *solemnes* son aquellos en los cuales la omisión de la forma legal establecida no sólo provoca la nulidad del acto como tal sino que lo destituye de cualquier otro efecto civil. Ejemplos: el matrimonio, el testamento, son actos *solemnes*, pues si a su respecto se omite la forma legal establecida, no se sigue de ellos efecto civil alguno. La unión de los contrayentes unidos por un matrimonio de esa índole, aun de buena fe, sería un concubinato. Igualmente el testamento destituido de las solemnidades legales no vale como disposición de bienes, aun cuando deja a cargo de los herederos del causante una obligación natural a favor del beneficiario del testamento nulo (conf. art. 515, inc. 3°).

Los actos formales *no solemnes* son aquellos a cuyo respecto la omisión de la forma legal establecida determina la nulidad del acto en cuanto tal, pero no le impide producir otros efectos diferentes. Así ocurre típicamente con los actos de *constitución o de transmisión de derechos reales sobre inmuebles*, los cuales deben ser hechos en escritura pública (conf. art. 1184, inc. 1°). Esto significa que si se omite la escritura pública los actos son nulos *como tales*, y consiguientemente quedan privados de sus efectos propios. Pero por imperio del art. 1185 esos actos valen “como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”, lo cual nos está demostrando que si bien se trataba de un acto formal, puesto que tenía determinada una forma excluyente de cualquier otra —la escritura pública—, no era un acto *solemne*, puesto que la omisión de esa forma no impide que el acto produzca algún efecto, si bien diverso del que las partes deseaban obtener: la *constitución o transmisión del derecho real* ^{5 bis}.

1579.— Los actos formales no *solemnes* muestran la aparición de cierto fenómeno jurídico que suele presentarse en el funcionamiento de la teoría de las nulidades y que la doctrina denomina *conversión* del acto jurídico. Por imperio de la sanción de nulidad el acto inválido está privado de sus efectos propios; consiguientemente, en nuestro caso, sustituida la escritura pública por el instrumento privado, por ejemplo, no se opera la *constitución o transmisión del derecho real*, aunque se hubiere llenado el requisito complementario de la tradición de la cosa. Con todo, la sanción de nulidad afecta al acto de *constitución o transmisión de derechos reales*, en *cuanto tal*, pero no lo afecta en cuanto dicho acto es idóneo por fuerza de la

^{5 bis} Por aplicación de este razonamiento se ha juzgado bajo el régimen del Código de Vélez que la compraventa y la donación de inmuebles eran actos formales no *solemnes*. Véase al respecto el voto del autor inserto en “L.L.”, t. 102, p. 695, donde se estudia el punto con relación a la donación. Conf. Cám. Civ., Sala “C”, con voto del doctor Chute y adhesión de los doctores Foutel y Padilla, en “Doctrina Judicial”, del 9 de julio de 1963, n° 2001.

Luego de la reforma de la ley 17.711, igual calificación le cuadra a la compraventa de inmueble. En cambio la donación de inmueble ha pasado a ser un acto *solemne* (conf. nuevo art. 1810), pues queda ahora al margen de la previsión del art. 1185.

ley para producir otros efectos diferentes: se ha operado la conversión del acto jurídico.

Según se habrá advertido, este fenómeno de la *conversión* del acto jurídico⁶ no puede ocurrir tratándose de actos solemnes.

§ 2. Instrumentos privados. Formalidades requeridas para esta clase de instrumentos: el principio de la libertad. La firma. La impresión digital y la firma a ruego. El doble ejemplar: su razón de ser y casos en que es exigido. Fuerza probatoria de los instrumentos privados. La fecha cierta: cómo se adquiere. Efectos. La firma en blanco. Cartas misivas.

I.— DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS EN GENERAL

1580. NOCIÓN DE FORMA INSTRUMENTAL. DIVERSAS CLASES DE INSTRUMENTOS.— La forma empleada con mayor frecuencia para la celebración de los actos jurídicos es la forma escrita o instrumental, a la que puede recurrirse mediante dos clases de documentos: los instrumentos públicos y los privados. Según el art. 978 del Código Civil, “*la expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta*”.

Nos referiremos seguidamente a los instrumentos privados, para tratar luego de los instrumentos públicos y de su especie principal, las escrituras públicas.

1581. CONCEPTO DE INSTRUMENTO PRIVADO.— Los instrumentos privados son documentos firmados por las partes sin intervención de oficial público alguno. Su característica finca en esta redacción del documento efectuada entre particulares y sin la presencia de otras personas fuera de los propios interesados. Como dice el art. 1012 del Código, es un “*acto bajo forma privada*”.

1582. FORMALIDADES REQUERIDAS PARA LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS: EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD.— Los instrumentos privados no es-

⁶ Sobre la conversión de los actos jurídicos inválidos, véase Moyano, J. A., *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos*, Bs. As., 1952, ps. 147 y ss., núms. 284-303.

tán sometidos a formalidades especiales. Aquí encuentra un amplio campo de expansión el principio de libertad de forma, pues las partes no sólo pueden elegir expresar su voluntad por escrito o verbalmente, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetivos (conf. art. 917), sino que ya escogida la forma instrumental pueden redactar los documentos privados sin reato alguno y de la manera que estimen más conveniente para sus intereses.

Este principio de libertad de forma, ya sentado en el art. 974, está re-marcado en lo referente a esta clase de instrumentos por el art. 1020, que dice: *“Para los actos bajo firma privada no hay forma alguna especial. Las partes pueden formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes”*.

1583. CONSECUENCIAS.— De este principio derivan, entre otras, las siguientes consecuencias:

1º) *“los instrumentos privados pueden ser firmados en cualquier día, aunque sea domingo, feriado, o de fiesta religiosa”* (art. 1015);

2º) no es indispensable consignar en el documento el lugar de celebración ni el nombre y domicilio de los firmantes;

3º) las cantidades pueden ser escritas indistintamente en letras o números;

4º) la escritura puede ser impresa, mecanografiada o manuscrita salvo la firma que, por su índole, tendrá que tener esta última calidad;

5º) las enmiendas, raspaduras y agregados no salvados, en partes no esenciales del documento, no atentan contra su validez, si bien pueden alterar la fuerza probatoria conforme al criterio judicial;

6º) en fin, no hay necesidad de transcribir los poderes habilitantes de quienes obren en carácter de mandatarios de otros.

Claro está que aun cuando ninguna de esas menciones sean indispensables para la validez del instrumento, será muy conveniente indicar la fecha, el lugar, el domicilio de las partes, salvar las entrelíneas y raspaduras consignar la escribanía ante la cual se ha otorgado poder invocado por el firmante, etc. Con ello se define la situación de las partes, y se aclara lo convenido, todo lo cual servirá para prevenir ulteriores discusiones.

II.— LA FIRMA

1584.— El principio de libertad no es absoluto. Por el contrario, presenta dos *excepciones*: 1º) la *firma*, que constituye una exigencia indispensable en toda clase de instrumentos privados; 2º) el *doble ejemplar*, que se exige en la instrumentación de ciertos actos determinados.

Nos referimos, por su orden, a ambas excepciones.

1585. NOCIÓN.— Según el art. 1012, “*la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada*”.

La firma, que como se ve es el único requisito de forma común a todos los instrumentos privados, no debe confundirse con la mera indicación del nombre y apellido de la persona que suscribe el documento.

La firma es el trazo peculiar mediante el cual el sujeto consigna habitualmente su nombre y apellido, o sólo su apellido, a fin de hacer constar las manifestaciones de su voluntad ^{6 bis}. En este sentido dice el codificador en la nota al art. 3639 que la firma “es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad”.

Por lo demás no hay exigencia alguna de rúbrica, ni obligación de reproducir todas las letras del nombre y apellido. Lo que importa es que la firma configure el *modo habitual* de signar las manifestaciones de voluntad. Por esto, como recuerdan los autores Aubry y Rau, fue admitida como válida la firma de Monseñor Massillon consistente en una cruz seguida de las iniciales (J. B.) y la indicación de la dignidad eclesiástica del firmante (obispo de Clermont).

1586. INICIALES O SIGNOS.— Si en cambio los caracteres consignados, aunque provenientes del interesado, no lo son a modo de firma, no se les podrá atribuir ese carácter: es el caso de las iniciales u otros signos que se suele poner para indicar que el escrito ha sido revisado por el signante, pero no pueden invocarse contra él para imputarle el contenido como manifestación de su voluntad. Para evitar esta consecuencia, el art. 1014 dispone: “*Ninguna persona puede ser obligada a reconocer un instrumento que esté sólo firmado por iniciales o signos; pero si el que así lo hubiese firmado lo reconociera voluntariamente, las iniciales o signos valen como la verdadera firma*”.

Naturalmente el precepto se refiere a iniciales o signos *no integrantes de la firma*. pues si ésta consiste en iniciales u otros signos, será posible exigir el reco-

^{6 bis} Conf. Cám. Ap. Azul, “J.A.”, t. 73, p. 716.

nocimiento de esos caracteres, *en calidad de firma*, como ocurría en los ejemplos antes recordados.

A propósito de los instrumentos firmados por signos se ha discutido el carácter de los documentos firmados a ruego o signados por la impresión digital del otorgante. A ellos nos referiremos de inmediato.

1587. DOCUMENTOS FIRMADOS A RUEGO.— Son los que aparecen suscriptos por un extraño a pedido del interesado.

La opinión prevaleciente —Segovia, Machado, Salvat, Etcheverry Boneo— niega a los documentos firmados a ruego todo valor legal, por carecer de la firma de la parte interesada, requisito esencial del instrumento según lo que establece el art. 1012 ^{6 bis 1}.

En otro sentido se expiden Llerena y Borda. Para el primero, estos documentos valen como instrumentos privados, siempre que se pruebe la existencia del mandato verbal para firmar, si bien para esto no basta la sola declaración del mandatario firmante. Pero si el acto es de aquellos que no pueden ser probados por testigos (conf. art. 1193), el documento no vale ni como un principio de prueba por escrito ⁷.

Por su parte, Borda recuerda la admisión de estos documentos en la esfera comercial (conf. art. 208, inc. 3º, Cód. Com.), y entiende que si concurren otras comprobaciones puede aceptarse el valor probatorio del documento ⁸.

Nosotros adherimos a la opinión de estos autores. No nos resulta convincente el argumento que se basa en el art. 1012, pues si allí se habla de la firma de las partes es porque como en toda otra situación, se supone una intervención personal de los interesados y no una excepcional actuación por medio de representante. Lo cierto es que el art. 1889 autoriza el otorgamiento del mandato para cualquier acto lícito, por lo que no se ve qué inconveniente legal puede haber en que el objeto del mandato consista en la firma a ruego. Obsérvese que el mandatario podría haber suscripto el documento en su propio nombre aunque por cuenta del mandante, por lo que no hay inconveniente alguno en que, abreviando etapas, firme un documento que interese a su representado a ruego de éste.

Cuando se impide esta solución se confunde la *validez* de un documento con su *fuerza probatoria*. Desde que el documento firmado a ruego contiene la forma de quien tácitamente actúa como mandatario del interesado no puede dudarse de la *validez* del instrumento. Otra cosa diferente es el valor probatorio del documento, que dependerá de la prueba del mandato, indispensable para que pueda computarse el contenido del instrumento a favor o en contra del mandante. Como es ló-

^{6 bis 1} Cám. Civ. 2ª, "L.L.", t. 6, p. 1010. Según esta idea el firmante a ruego es simplemente un testigo: Cám. Civ. 2ª, "L.L.", t. 19, p. 541 y "J.A.", t. 71, p. 718; Cám. Paz Letr., Sala II, "L.L.", t. 7, p. 954. Pero es más que eso ya que implícitamente se titula mandatario: de ahí que la eficacia probatoria de la firma a ruego dependa de la demostración de ese mandato.

⁷ Llerena, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. IV, p. 69.

⁸ Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 928, ps. 152-153.

gico, la prueba del mandato no puede consistir en la sola declaración del mandatario.

1588. DOCUMENTOS SIGNADOS CON LA IMPRESIÓN DIGITAL.— Acerca del valor jurídico de esta clase de documentos han disentido la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país ^{8 bis}.

Por una parte Salvat, Orgaz y Acuña Anzorena han negado el carácter de instrumentos privados a los documentos en los que obra la impresión digital del otorgante ⁹. Esta opinión se apoya en la clara disposición del art. 1012 que erige a la firma en condición de existencia del instrumento privado, e impide que ella pueda ser reemplazada por signos. A su vez Orgaz estima que mal puede aceptarse como manifestación válida de la voluntad de una persona la que aparece identificada por la impresión digital de ella, si por definición se trata de un analfabeto que no ha podido enterarse por sí mismo del contenido del documento.

En otro sentido, ha sostenido Díaz de Guijarro que si bien esos documentos no pueden ser considerados instrumentos privados en el carácter que enuncia el art. 1012, no se puede negar que son escritos no firmados, mencionados entre los medios de prueba por el art. 1190, inc. 2° ¹⁰.

Nosotros opinamos que ésta es la interpretación adecuada de la cuestión. Si bien el art. 1012 exige la firma de las partes como un requisito esencial de los instrumentos privados, ese principio tan riguroso admite cierta morigeración por el juego de otras disposiciones legales, como la del art. 1190, inc. 2°, citado. Ciertamente es que en el orden natural de las cosas el instrumento privado debe llevar la firma de las partes, pero de aquí no se sigue que si falta ese requisito quede el documento destituido de todo efecto, ya que por el contrario el recordado artículo lo reputa un medio de prueba de los contratos.

Esa verificación muestra que acerca de los instrumentos privados hay dos conceptos parcialmente distintos que se diferencian entre sí como el género y la especie. Hay instrumentos privados en sentido lato (género) y en

^{8 bis} Se han pronunciado por la validez de tales documentos: Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 50, p. 85; Cám. Com., "J.A.", t. 48, p. 250; Cám. 2ª La Plata, "L.L.", t. 17, p. 611; Cám. Ap. Rosario, "L.L.", t. 18, p. 902. Contra: Sup. Corte Bs. As., "J.A.", 1942-III, p. 946; Cám. 1ª La Plata, "J.A.", 1948-IV, p. 591; Cám. 2ª La Plata, "J.A.", 1948-III, p. 589; Cám. Ap. Mercedes, "J.A.", 1956-I, p. 89.

⁹ Salvat, n° 2161; Acuña Anzorena, A., *Efectos jurídicos de la impresión digital en los documentos privados*, "L.L.", t. 23, p. 904; Orgaz, A., *La impresión digital en los documentos privados*, "Revista Colegio Abogados de Buenos Aires", marzo-abril 1936, p. 97. Comp. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 929, p. 139.

¹⁰ Díaz de Guijarro, E., *La impresión digital en los documentos privados no firmados*, "J.A.", t. 50, p. 85.

sentido estricto (especie). Los instrumentos privados, en sentido lato, son todos los escritos emanados de una persona. Los instrumentos privados propiamente dichos son los documentos firmados por las partes. Unos y otros valen como *medios de prueba*, de acuerdo a lo establecido en el art. 1190, inc. 2°. Pero en cambio sólo los instrumentos privados, propiamente dicho, valen como *elemento de forma del acto jurídico* ¹¹. Veamos el funcionamiento práctico de esta distinción.

Supóngase la celebración de un acto formal que requiere para su validez la forma escrita, v.gr., la cesión de créditos, art. 1454. En tal caso “*la expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares*” (art. 978). Si se elige la forma de instrumento privado no puede entenderse que ha sido llenada si no se cumplen los requisitos inherentes a ella, a saber: la firma y el doble ejemplar, si esto último procede. Por tanto el documento signado con la impresión digital no es idóneo para celebrar una cesión de créditos, por no ser instrumento privado propiamente dicho, y carecer entonces de la aptitud para desempeñar la función de “forma” del acto jurídico de que se trata.

Pero en cambio, tratándose de llenar, no la función de “forma” del acto, sino de simple medio de prueba, el documento signado con la impresión digital puede ser eficaz para ello; así como recibo de pago, si el juez se persuade, en vista de las circunstancias, de la veracidad del hecho documentado ^{11 bis}.

1589.— Para terminar el estudio del tema nos referiremos someramente a la consideración del asunto en los *proyectos nacionales de reforma* del Código Civil.

El *Anteproyecto Bibiloni* no consideró la cuestión. En cambio, el *Proyecto de 1936* llegó hasta disponer que “los documentos suscriptos por analfabetos con sus impresiones digitales, tendrán los mismos efectos que los instrumentos firmados” (art. 275).

Pero esa asimilación ha sido muy criticada ¹². Sin duda no toma en cuenta la fundamental observación de Orgaz, puesto que incurre en la incongruencia de atribuirle a alguien una manifestación de voluntad de la que no ha podido enterarse por ser analfabeto.

¹¹ Freitas parece aceptar esta distinción, pues en el art. 781 del *Esbozo* establece que los instrumentos privados no firmados “no darán forma a los actos jurídicos”.

^{11 bis} Se ha considerado que no es eficiente para comprobar la renuncia a una indemnización un documento signado por la impresión digital de un analfabeto que por serlo ha podido ignorar el contenido del papel: Cám. Civ., Sala “D”, “L.L.”, t. 101, p. 1 (voto del doctor Sánchez de Bustamante y adhesión de los doctores Fleitas y Cichero).

¹² Borda la tilda de errónea, *op. cit.*, II, n° 929, p. 154. Véanse también observaciones de Alsina Aienza y Vico en “Actas de la Sección de Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos”, Libro I, ps. 292-293.

Por esto el *Anteproyecto de 1954* adopta una postura menos exagerada. Su art. 288 determina que “la impresión digital puesta por un analfabeto al pie de un documento hace presumir hasta prueba en contrario la verdad de su contenido en los términos del art. 300. En tal caso no regirá la limitación establecida en la primera parte de este precepto”. Esto significa que el instrumento suscrito con la impresión digital es un medio de prueba que tiene el valor de una mera presunción *juris tantum*, pero no puede valer como elemento formal del acto instrumentado. Recogiendo los ejemplos anteriores, diremos que si tal documento puede servir para comprobar presuntivamente el recibo de un pago, no es apto para instrumentar una cesión de créditos, que requiere indispensablemente la “forma” escrita.

III.— EL DOBLE EJEMPLAR

1590. EXIGENCIA.— La segunda excepción al principio de libertad que rige la forma de los instrumentos privados, consiste en la exigencia de extender tantos ejemplares del documento como partes haya en el acto con un interés distinto. Pero este requisito no es general como el de la firma, sino relativo a cierta clase de documentos, esto es, a los que documentan contratos bilaterales. Así resulta del art. 1021, según el cual “*los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales como partes haya con un interés distinto*”.

1591.— El requisito del doble ejemplar es de origen francés. Desconocido en el derecho romano y en el antiguo derecho español, fue introducido por un fallo del Parlamento de París del año 1736, que exigía no sólo el otorgamiento del acto en doble ejemplar, sino también la constancia de haberse procedido así, todo ello bajo pena de nulidad, no ya del instrumento sino hasta del mismo acto jurídico instrumentado. Aun cuando la exigencia del doble ejemplar no era aceptada por los Parlamentos de Flandes y Grenoble, se generalizó en la práctica de los negocios. El Código Napoleón la adoptó, pero con un alcance diverso, puesto que la omisión del doble ejemplar no causa la nulidad del acto instrumentado, sino del instrumento “único”. Nuestro codificador se atuvo a la orientación francesa.

Es de hacer notar que los demás códigos extranjeros no exigen el requisito de doble ejemplar. No obstante ello, los proyectos nacionales de reforma lo mantienen (*Anteproyecto Bibiloni*, art. 476, primera redacción; art. 421, segunda redacción; *Proyecto de 1936*, art. 265; *Anteproyecto de 1954*, art. 273), sin duda porque contribuye a dar seriedad y corrección a los negocios. Por otra parte, dentro de la comprensión adecuada, que ve en el doble ejemplar un requisito de validez del ins-

trumento, pero no del acto instrumentado, difícilmente el régimen adoptado puede dar lugar a soluciones injustas ¹³.

1592. RAZÓN DE SER DEL DOBLE EJEMPLAR.— Acerca de este punto han sido sostenidas dos opiniones.

Según la primera —Laurent, Baudry-Lacantinerie, Planiol— la pluralidad de ejemplares es necesaria para dar seguridad a las partes y para mantener la igualdad entre ellas respecto de la prueba. De lo contrario, la parte poseedora del instrumento único quedaría, en cierto modo, como dueña de la vida del contrato, y podría exhibirlo u ocultarlo conforme conviniese a su interés.

Para otros autores —Merlin, Marcadé, Zachariae, Aubry y Rau— la pluralidad de ejemplares, cuando corresponde, revela que el acto ha sido concluido de manera definitiva; en cambio el otorgamiento de un solo ejemplar hace pensar que sólo se trata de una propuesta, de un proyecto de acto aún no concluido.

Nuestro codificador parece haberse inclinado a favor de este sistema, según lo deja ver el art. 1023, cuya parte final alude a la eficacia del acto instrumentado en único ejemplar “*si por otras pruebas se demuestra que el acto fue concluido de una manera definitiva*”. De lo que se infiere que faltando esas pruebas debe reputarse que el acto no ha sido concluido definitivamente.

Pero, como observa Salvat, esta explicación no es enteramente satisfactoria, pues aún resta averiguar el motivo por el cual el legislador considera tales contratos como simples proyectos, no encontrándose otro sino la desigualdad de las partes con relación a la prueba. En otras palabras, faltando el número de ejemplares adecuados, es dable pensar que el acto no ha quedado terminado, pues de haberse ultimado el convenio ninguna de las partes habría consentido en quedar en situación desigual respecto de la prueba. Se daría así una fundamentación complementaria ¹⁴.

1593. CASOS EN QUE SE EXIGE EL DOBLE EJEMPLAR.— Según se dijo, la exigencia del doble ejemplar no es general para toda clase de instrumentos privados, sino sólo para los que documentan “*actos que contengan convenciones perfectamente bilaterales*” (conf. art. 1021).

La locución “convenciones perfectamente bilaterales” constituye un vestigio de una vieja clasificación romana, no recogida por nuestro Código en la parte respectiva. Según ella los contratos se clasificaban en unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos, y éstos, a su vez, en sinalagmáticos perfectos e imperfectos. Los contratos unilaterales gravaban con obligaciones a una sola de las partes, v.gr., la

¹³ Comp. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 930, p. 155. Al estudiarse el proyecto de 1936, por el Instituto Argentino de Estudios Legislativos, el requisito del doble ejemplar no mereció observación alguna.

¹⁴ Salvat, R., *Parte General*, n° 2178, p. 892.

donación; los sinalagmáticos perfectos obligaban a ambas partes desde su mismo origen, ejemplo: la compraventa, la sociedad, etc.; los sinalagmáticos imperfectos, obligaban a una de las partes en el momento de la celebración, pero la misma ejecución del convenio aportaba obligaciones a cargo de la otra parte; es el caso del mandato, según el cual en principio sólo está obligado el mandatario, sin quedar el mandante obligado a nada, pero la ejecución del mandato lo obliga a resarcir al mandatario los daños y perjuicios que éste hubiera sufrido a causa de una misma ejecución.

La exigencia del doble ejemplar sólo se refiere a los contratos sinalagmáticos perfectos, es decir, a los que crean obligaciones a cargo de ambas partes, desde su mismo origen. Quedan pues fuera del dominio de aplicación de este requisito: 1º) todos los actos no contractuales, v.gr., el reconocimiento de filiación; 2º) los contratos unilaterales; 3º) los llamados contratos bilaterales imperfectos.

1594.— No obstante tratarse de contratos perfectamente bilaterales, tampoco rige la exigencia del doble ejemplar si al tiempo de la redacción del instrumento las obligaciones asumidas por una de las partes han sido satisfechas. Así lo establece el art. 1022: “*La disposición del artículo anterior puede dejarse sin aplicación, cuando una de las partes, antes de la redacción del acto, o en el momento de la redacción, llenare completamente las obligaciones que el acto le impusiere*”. Esta solución es lógica, por cuanto pese a tratarse de contratos bilaterales, en ese supuesto, la convención estaría funcionando como unilateral, a los fines de la prueba de las obligaciones pendientes.

1595.— Finalmente, conviene señalar que el principio estudiado tiene aplicación tanto en el derecho civil como en el derecho comercial, ya que el Código de Comercio no contiene, a este respecto, modificación alguna del régimen básico establecido en el Código Civil ^{14 bis}.

1596. NÚMERO DE EJEMPLARES.— Aun cuando la denominación corriente de “doble ejemplar” alude a sólo dos ejemplares, ello es así porque generalmente son dos las partes contratantes. Si fueran más, para llenar el requisito deberán extenderse “*tantos originales como partes haya con un interés distinto*” (art. 1021, Cód. Civ.), debiendo entenderse por tales, según Aubry y Rau, las personas a las cuales la convención impone, por sí mismas y desde el origen, obligaciones recíprocas. “En cuanto a los contratantes que la convención no somete desde el principio a obligaciones recíprocas, debe considerarse que tienen un interés común, y en consecuencia no forman conjuntamente, sino una sola y misma parte, aun cuando la ejecución de la convención pueda hacer surgir entre ellos intereses opuestos, y dar lugar a acciones rectorias, operaciones de partición, de liquidación

^{14 bis} Contra: Cám. Com., “L.L.”, t. 45, p. 722, y t. 82, p. 625.

o de ajuste de cuentas”¹⁵. Ejemplos: un contrato de sociedad formado por cuatro personas requiere cuatro ejemplares; la compra de un campo que realizan tres personas, sólo requiere dos ejemplares, uno para el vendedor y otro para los tres compradores, los cuales tienen un mismo interés.

El tenor de todos estos ejemplares debe ser idénticos, ya que todos ellos revisten el carácter de originales. Con todo “*no es necesario que la firma de todas las partes se encuentre en cada uno de los originales; basta que cada uno de éstos, que esté en poder de una de las partes, lleve la firma de la otra*” (art. 1013, Cód. Civ.).

Finalmente, no es indispensable hacer constar en el instrumento el número de ejemplares que se otorgan^{15 bis}, lo que diferencia a nuestro Código de su modelo en esta materia, el Código francés, el cual exige esa mención (art. 1325, Cód. francés).

Esta facilidad de nuestro sistema ha sido criticada por la dificultad de probar el otorgamiento en el número adecuado de ejemplares si alguna de las partes, obrando de mala fe, niega ese hecho¹⁶.

Los proyectos nacionales de reforma del Código Civil exigen la mención del número de ejemplares originales que se han otorgado¹⁷.

1597. SANCIÓN POR DEFECTO DE DOBLE EJEMPLAR.— Este punto no está resuelto en nuestro derecho con la claridad con que lo está en el derecho francés. Mientras el art. 1325 del Código francés dispone que “los instrumentos privados que contienen convenciones sinalagmáticas no son válidos si no son hechos en tantos originales como partes haya con un interés distinto”, el art. 1023 nada dice explícitamente sobre la suerte de los instrumentos, limitándose a resolver que la validez del acto en principio no se ve afectada por esa falla. En efecto, el recordado precepto establece: *“El defecto de redacción en diversos ejemplares, en los actos perfectamente bilaterales, no anula las convenciones contenidas en ellos, si por las pruebas se demuestra que el acto fue concluido de una manera definitiva”*.

No obstante la falta de precisión acerca de esta cuestión, opinamos con la generalidad de la doctrina y jurisprudencia^{17 bis} que la sanción que

¹⁵ Aubry y Rau, *Droit Civil Pratique français*, t. VIII, § 756, texto nota 25, p. 228.

^{15 bis} No es indispensable que conste en el documento el número de ejemplares en que debió extenderse si se acredita por cualquier medio de prueba convincente que se llenó el requisito: Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 104, p. 280.

¹⁶ Bibiloni, J. A., *Anteproyecto*, nota al art. 476, 1ª redacción; De Gásperi, *Obligaciones*, I, § 662, p. 642.

¹⁷ Anteproyecto Bibiloni, art. 476, 1ª redacción; art. 421, 2ª redacción; Proyecto de 1936, art. 265; Anteproyecto de 1954, art. 273.

^{17 bis} Cám. Civ., Sala “C”, “J.A.”, 1953-II, p. 375; Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 37, p. 1234; Sup. Corte Bs. As., “L.L.”, t. 79, p. 428; Cám. 2ª La Plata, “L.L.”, t. 73, p. 228.

corresponde a la omisión del requisito del doble ejemplar es la *nulidad* del instrumento defectuoso, sin que ello afecte la validez del acto jurídico instrumentado. En esta materia no es posible confundir el instrumento con el acto jurídico instrumentado: una cosa es el contrato de compraventa, otra cosa es el boleto de compraventa o instrumento donde consta el contrato. La falta de doble ejemplar perjudica al instrumento que queda destituido de sus efectos propios, es decir, degradado por la ley al estado de *nulo*; pero no afecta al contrato ¹⁸.

1598.— *Excepcionalmente* la nulidad del instrumento nulo por falta de doble ejemplar puede provocar la nulidad del acto instrumentado, si éste depende para su validez de la forma instrumental (conf. art. 1044, cláusula 4ª, Cód. Civ.). Es claro que entonces no se ha llenado la “forma” del acto, pues no siendo el documento defectuoso hábil para instrumentar el acto jurídico de que se trata, éste resulta nulo por falta de forma. Más que una consecuencia de la omisión del doble ejemplar, hay ahí una aplicación normal del régimen de los actos formales y de la sanción que corresponde al incumplimiento de la forma exigida por la ley. Con relación a la exigencia del doble ejemplar, esa solución es expresa en el *Anteproyecto de 1954* (art. 273).

1599.— Con relación al instrumento, en el supuesto que se examina la sanción de nulidad no está expresada en la ley. Pero nos parece que es un caso típico de nulidad implícita, pues ¿de qué valdría la exigencia del doble ejemplar, si la omisión no aparejase la nulidad del instrumento? Ninguna autoridad ha concebido válido al instrumento defectuoso en esa hipótesis.

1600.— Se ha discutido, en cambio, si el instrumento nulo por falta de doble ejemplar, puede servir como *principio de prueba por escrito*. La conclusión positiva es corriente en Francia, donde la opinión contraria de Demolombe ha quedado solitaria ¹⁹. Entre nosotros no hay disidencias lo cual se explica, porque aun destituido de los efectos propios de los instrumentos privados —lo cual es una consecuencia de su nulidad—, no por eso deja el documento extendido en ejemplar único, de ser emanado del adversario y de hacer verosímil el hecho litigioso, conf. art. 1192, segunda parte ²⁰. La solución en tal sentido es expresa en los proyectos na-

¹⁸ Esta conclusión con relación al acto instrumentado, ha sido discutida por De Gásperi, quien opina en razón de la forma condicional de la redacción del art. 1023 que la convención es nula si fracasa la prueba adicional prevista (*Obligaciones*, I, § 661, p. 641). Hay en ello, según creemos, una confusión entre la sanción legal de nulidad, que aquí no juega, y el fracaso sobre la prueba de la existencia del acto.

¹⁹ Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon*, t. XXIX, núms. 426 y ss.

²⁰ En sentido concordante, Bibiloni, su nota al art. 476, 1ª redacción; Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 934, p. 141; De Gásperi, L., *Obligaciones*, I, § 661, p. 640; Segovia, L., t. I, art. 1023, p. 280. Conf. Cám. 1ª La Plata, “J.A.”, 1950-IV, p. 810. Contra: Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 28, p. 136.

cionales de reforma: Anteproyecto Bibiloni, art. 476, primera redacción; art. 427, segunda redacción; Proyecto de 1936, art. 265; Anteproyecto de 1954, art. 273.

1601. SUBSANACIÓN DEL VICIO.— Pese a tratarse de un vicio de forma, lo cual induciría en principio la nulidad absoluta del instrumento vicioso, la ley admite su confirmación en algunas situaciones especiales.

1602.— a) Por lo pronto, el art. 1024 preceptúa: *“la ineficacia de un acto bilateral por estar hecho en un solo ejemplar, se cubre por la ejecución ulterior, sea total o parcial, de las convenciones que contenga; pero si la convención no hubiese sido ejecutada sino por una de las partes, sin que la otra hubiese concurrido o participado en la ejecución, el vicio del acto subsistirá respecto de esta parte”*.

Es de advertir, no obstante los términos utilizados por el codificador, que no se trata de ineficacia del acto bilateral sino del instrumento que lo comprueba. En este supuesto la ley admite que el vicio consistente en la falta de doble ejemplar resulte purgado por la ejecución total o parcial del acto instrumentado. Es una confirmación tácita del instrumento nulo (conf. art. 1063, Cód. Civ.), que presenta la particularidad legal de producirse sin haber cesado el vicio que lo invalidaba (arg. art. 1060). Se tiene por purgado el vicio aun subsistiendo éste ^{20 bis}.

Pero es menester señalar que, según dispone el recordado artículo 1024, para que la subsanación del defecto de doble ejemplar se produzca, la ejecución del acto debe ser por ambas partes. Si la ejecución es realizada por una sola de ellas, la falla del instrumento no queda purgada sino respecto de la parte actuante, pero la otra puede invocar la nulidad del documento.

1603.— b) En segundo lugar, también se subsana el defecto de doble ejemplar, mediante el *depósito* del único instrumento en manos de un tercero efectuado de común acuerdo por las partes. Pero si el depósito no hubiese sido hecho sino por una parte, la irregularidad no será cubierta sino respecto de ella (art. 1025, Cód. Civ.).

1604.— c) Finalmente, no obstante no mentarse la hipótesis por el codificador, queda asimismo subsanado el vicio del instrumento, por la presentación que de él haga una de las partes, respecto de esta misma parte. Como dice Bibiloni, no podría aceptarse que el presentante del documento defectuoso pretendiese aprovechar de su contenido y al propio tiempo se prevaleciera del defecto de doble ejemplar para aducir la nulidad del instrumento. Si como antes se ha visto, la nulidad del instrumento, en este caso, es meramente relativa y confirmable, debe admitirse que es viable la renuncia de la acción de nulidad, sin que quepa duda alguna de que este alcance reviste la presentación del único ejemplar efectuada por su poseedor ^{20 bis 1}.

^{20bis} Conf. Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 35, p. 289; Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 28, p. 136.

^{20bis 1} Conf., para un supuesto análogo Aubry y Rau, *op. cit.*, t. VIII, § 756.

1605.— *d)* La subsanación del vicio, en todos los supuestos, restituye al instrumento la plenitud de su valor, ya como forma del acto, ya como medio de prueba. Esto significa que si, por ejemplo, se celebra una cesión de crédito en instrumento privado único, siendo nulo el documento por defecto de doble ejemplar, resulta nula la cesión de crédito que depende para su validez de la forma instrumental (conf. art. 1454). Pero si se purga el vicio del instrumento, éste es válido y consiguientemente lo es la cesión del crédito que entonces aparece con la “forma” requerida.

IV.— FUERZA PROBATORIA DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

1606.— En el examen de la fuerza probatoria de los instrumentos, tanto privados como públicos, es menester distinguir lo concerniente al instrumento considerado en sí mismo y lo relativo al contenido del instrumento.

1607.— *a)* En cuanto al *primer aspecto*, el instrumento privado no prueba *per se*, porque carece por sí mismo de autenticidad. Ésta es la diferencia sustancial que separa a los instrumentos públicos y privados, pues mientras los primeros están revestidos de autenticidad por la intervención del oficial público que les comunica su carácter peculiar, estos otros, pasados entre particulares, carecen de autenticidad, por no saber de antemano si emanan de la persona a quien se atribuyen. De aquí la necesidad de establecer previamente la autenticidad del instrumento para poder apreciar después la eficacia probatoria de su contenido.

La autenticidad de un instrumento se determina por la verificación de que la figura obrante en él, corresponde a la persona que aparece como firmante. Según es sabido, la firma es ese requisito esencial del instrumento privado, que comunica a éste su fuerza y valor, así como el carácter y el valor probatorio del instrumento público derivan de la actuación del oficial público. Por esto dice el art. 1028 del Código que “*el reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido*”.

La verificación de la autenticidad de la firma se efectúa mediante el reconocimiento del firmante o en su defecto por la declaración judicial de autenticidad.

1608.— 1) El reconocimiento de la firma puede ser expreso o tácito. Es *expreso* cuando la persona manifiesta que la firma es suya. Es *tácito* cuando, intimado el firmante para que se expida sobre la autenticidad de la firma, responde con el silencio. Según el art. 1031, “*todo aquél contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, está obligado a declarar si la firma es o no*

suya". Éste es uno de los casos excepcionales en que existe la obligación legal de explicarse, y en que, consiguientemente, el silencio se interpreta como una manifestación de voluntad concordante con el acto o la interrogación (conf. art. 919).

Pero como el reconocimiento es un acto jurídico susceptible de comprometer la situación de la persona a quien se atribuye la firma, no puede efectuarse si ella carece de capacidad. Por ello establece el artículo 1027 que *"no serán admitidos al reconocimiento los instrumentos privados siempre que los signatarios de ellos, aunque fueren capaces al tiempo de firmarlos, no lo fuesen al tiempo del reconocimiento"*. De aquí que en esos casos tenga que recurrirse siempre a la verificación judicial de la firma.

La capacidad debe apreciarse con relación a la índole del acto instrumentado. Así, si se trata de un instrumento en el que consta un reconocimiento de filiación, como éste es un acto para el cual existe la capacidad desde los catorce años (conf. art. 286, Cód. Civ.), es posible requerir el reconocimiento de la firma a los menores que hayan alcanzado esa edad. En cambio, si el instrumento da cuenta de una cesión de un crédito superior a \$ 500, no es viable el reconocimiento aun cuando el menor estuviere emancipado por el matrimonio (conf. art. 1440) salvo que hubiese mediado autorización judicial para efectuar la cesión.

1609.— 2) La verificación de la autenticidad de la firma por declaración judicial tiene lugar cuando el aparente firmante niega la firma, y cuando sus sucesores ignoran si la firma es propia del causante (conf. art. 1032).

En ambos supuestos, como dispone el art. 1033, *"se ordenará el cotejo y comparación de letra, Pueden también admitirse otras pruebas sobre la verdad de la firma que lleva el acto"*.

En tales casos se sigue el trámite previsto en los códigos de procedimiento locales. En la Capital Federal y Territorios nacionales rigen los arts. 390 y siguientes del Código Procesal, que disponen el procedimiento relativo a la discusión sobre la firma. Dispuesto el cotejo de letra, se señala una audiencia para que las partes se pongan de acuerdo sobre la firma indubitada que servirá para el cotejo de letra y la designación de peritos calígrafos. Si no se pusieren de acuerdo, el juez resolverá conforme a las pruebas rendidas, cuál es la firma o firmas que deban reputarse indubitadas y que habrán de servir para la ulterior pericia caligráfica. Si todavía no hubiere firma indubitada, se recurrirá a otros medios de prueba de que quieran valerle las partes, incluso testigos, si bien en esta materia el valor de la prueba testimonial es más que mediocre. Por lo demás, la carencia de firma indubitada es en nuestro tiempo un supuesto hipotético, por la necesidad de consignar la forma en oficinas y registros públicos por muy diversos motivos: denuncias de nacimientos y fallecimientos, matrimonios, enrolamientos, cuentas bancarias, trámites ante las autoridades públicas, etcétera.

1609 bis.— La *jurisprudencia* ha tenido ocasión de expedirse sobre la posibilidad de probar la autenticidad de firmas por otros medios distintos del *cotejo* y

comparación de letras, especialmente tratándose de compradores de lotes por mensualidades que pagan escasas cuotas y luego desaparecen sin dar noticias de su paradero. Se ha decidido que si median motivos serios que explican la ausencia de prueba caligráfica, es dable establecer la verdad de la firma por cualquier medio ²¹.

1610.— *b)* En cuanto al *valor probatorio* del contenido del instrumento privado, cualquiera fuese la vía por la cual se ha establecido su autenticidad, es análogo al del instrumento público (conf. art. 1026, Cód. Civ.) [véase *infra*, núms. 1670 y ss.]. Corresponde distinguir, entonces, la verdad material de la relación de los hechos consignados en el documento, y la sinceridad de los mismos hechos. Con relación a la verdad material del instrumento, éste hace plena fe hasta la querrela criminal de falsedad o la acción civil de redargución de falsedad, lo cual significa que para desvirtuar la eficacia probatoria del instrumento respecto de la realización de los hechos aseverados bajo la firma de las partes, será menester demostrar su falsedad, que si es aducida por alguna de las mismas partes, no puede resultar sino de la prueba de la adulteración del documento ^{21 bis}. En cambio, la sinceridad del instrumento vale hasta la prueba en contrario que es posible rendir por cualquier medio y, principalmente, por el contradocumento que lo desvirtúa, de relevante aplicación en los casos de simulación ^{21 bis 1}.

1611.— *c)* En cuanto a las *personas* a quienes afectan los instrumentos privados, corresponde examinar la situación de los *firmantes*, sus *sucesores universales* y los *terceros*.

1612. FIRMANTES.— Como establece el art. 1026, “*el instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito...*”.

Por consiguiente, cuanto hemos dicho antes sobre el valor probatorio del instrumento privado se aplica con todo rigor a los firmantes del documento. Para ellos, establecida la autenticidad de la firma, el instrumento privado tiene la misma eficacia que el instrumento público.

²¹ Conf. Cám. Civ., Sala “A”, causa n° 105.055 “Romero de Oliver c/Cabral”, 20 de julio de 1965 (inédito); íd., Sala “B”, causa “Romero de Oliver c/Costa”, 3 de febrero de 1965 (inédito); íd., Sala “D”, “Doctr. Jud.”, 23 de febrero de 1965; íd., Sala “E”, “L.L.”, t. 114, p. 708; íd., Sala “F”, “J.A.”, 1965-I, fallo 9642.

^{21 bis} Cám. Paz Letr. Mendoza, “Bol. Jud. Mendoza”, t. 47, p. 15.

^{21 bis 1} Cám. Civ., Sala “A”, “J.A.”, 1962-II, p. 491.

1613. SUCESORES.— El art. 1026 transcrito continúa diciendo: “...y sus sucesores”, debiendo entenderse por el juego del principio del efecto relativo de los actos jurídicos (véase *supra*, n° 1495) que se trata de los “sucesores universales” de los firmantes. Ellos se encuentran en la misma situación que sus autores, con la sola diferencia ya puntualizada acerca del reconocimiento de la firma: mientras el presunto firmante debe expedirse sobre la autenticidad de la firma (conf. art. 1031), ellos pueden manifestar su ignorancia al respecto (conf. art. 1032).

1614. TERCEROS.— Aun cuando parecería *a contrario sensu* que conforme al art. 1026, los instrumentos privados no pueden afectar a los terceros, la doctrina admite unánimemente lo contrario²². Pero es menester hacer notar que la eficacia del instrumento sólo existe respecto de los terceros, a partir del momento en que adquiere *fecha cierta*. En otras palabras, el documento privado carente de fecha cierta no es oponible a los terceros, quienes pueden obrar como si el instrumento no existiese. Pero a partir de la adquisición de la fecha cierta, los terceros deben estar al contenido del instrumento como si éste fuera un instrumento público, salvo en lo relativo a la fecha, que para ellos será la del hecho que ha servido para comunicar al documento aquella fecha cierta (véase *infra*, n° 1618).

1615. INDIVISIBILIDAD DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL.— El art. 1029 dispone que “la prueba que resulta del reconocimiento de los instrumentos privados es indivisible, y tiene la misma fuerza contra aquellos que los reconocen, que contra aquellos que los presentaren”.

El reconocimiento de un documento es una especie de confesión, puesto que es el reconocimiento de un hecho susceptible de producir consecuencias en contra de quien lo efectúa. Por tanto, participa de la misma indivisibilidad propia de la confesión, que no consiente que se puedan separar las partes de ella para hacer jugar sólo las manifestaciones perjudiciales para el confeso²³.

1616. NOTAS MARGINALES Y SUPLEMENTARIAS.— El art. 1030 del Código Civil, tiene una esfera de aplicación muy reducida. Supone la existencia de un instrumento que se encuentre en poder del deudor. Si aparecen en él notas marginales o suplementarias firmadas por el acreedor, ellas sirven “para desobligar al deudor y nunca para establecer una obligación adicional”.

Con esta inteligencia, la disposición comentada carece de sentido. Pues naturalmente las obligaciones del deudor deben ser asumidas por éste bajo su firma y no bajo la firma del acreedor. En el régimen del *Esbozo* de Freitas (arts. 769 y 782), modelo del precepto, las notas, aun no firmadas por el acreedor, si son escri-

²² Salvat, *Parte General*, n° 2291, p. 912; Borda, G.A., *op. cit.*, t. II, n° 939; De Gásperi, L., *Obligaciones*, § 678, p. 652; Bibiloni, J. A., *Anteproyecto*, nota al art. 482, 1ª redacción, etcétera.

²³ Conf. De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. I, § 681, p. 654.

tas por éste son suficientes para desobligar al deudor. Lo particular de la disposición estaría en que, como ocurre en el art. 1332 del Código Civil francés, la sola escritura del acreedor, no abonada por su firma, se estima como prueba bastante de descargo a favor del deudor. Con la exigencia de la firma, “forzoso es reconocer que nuestro art. 1030 encierra una disposición completamente inútil e innecesaria; los principios generales nos hubieran conducido a la misma solución”²⁴.

Por ello los proyectos nacionales de reforma del Código Civil han restituido a la disposición del art. 1030, vigente, el significado que tenía en los textos que inspiraron al codificador (Anteproyecto Bibiloni, art. 486, 1ª redacción; art. 429, 2ª redacción; Proyecto de 1935, art. 273; Anteproyecto de 1954, art. 278).

1617. ENMIENDAS Y RASPADURAS.— Si el instrumento privado tiene enmiendas, raspaduras o agregados, no salvados antes de las firmas, el Código no aclara cuál es la suerte del documento.

Según nuestro punto de vista, corresponde distinguir si las enmiendas, etc., inciden o no en las partes esenciales del documento, “*como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etc.*” (art. 989). En el primer caso, el instrumento será *anulable* (conf. arts. 1026 y 989, Cód. Civ.)^{24 bis}, lo cual significa que vale ya como elemento formal del acto respectivo, ya como medio de prueba hasta tanto se pronuncie la sentencia de nulidad que lo reduzca a la categoría de instrumento nulo (conf. art. 1046, Cód. Civ.). Es ésa una aplicación del régimen propio de los actos nulos y anulables a esta hipótesis particular. Por graves que sean las irregularidades del instrumento, éste “vale como tal, ínterin no haya sido declarada su nulidad”²⁵. Por lo demás, la existencia de esas irregularidades no invalida automáticamente el instrumento, ni las menciones a que se refiere la enmienda o raspadura. Es cierto que esas deficiencias suscitan una inmediata sospecha contra la exactitud de las menciones de referencia, pero ello no impide que el interesado pueda demostrar en el juicio en que se discuta la validez del instrumento que aquellas alteraciones responden a lo que se había convenido, que han sido escritas por la propia parte impugnante, etc. En fin, se trata de una cuestión de hecho que el juez debe apreciar según las circunstancias del caso y de conformidad a la prueba producida por las partes²⁶. Pero, eso sí, nos parece que en la duda se ha de estar contra la validez de las cláusulas controvertidas.

²⁴ Salvat, *Parte General*, n° 2267, “in fine”, p. 929.

^{24 bis} Conf. Cám. Civ., Sala “C”, “E.D.”, t. 104, fallo n° 36.813.

²⁵ Salvat, R., *Parte General*, n° 1936, p. 797. Conf. Cám. 2ª La Plata, “L.L.”, t. 10, p. 383.

²⁶ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, n° 947, p. 165; Cám. Civ., Sala “C”, “E.D.”, t. 104, fallo n° 36.813. Comp. Salvat, n° 1939, quien parece entender que el juez estaría forzado a invalidar los instrumentos anulables, con cuyo criterio se identifica a éstos con los instrumentos nulos.

V.— DE LA FECHA CIERTA *

1618. CÓMO SE ADQUIERE. EFECTOS.— Ya hemos tenido ocasión de adelantar que el valor probatorio de los instrumentos privados sólo se extiende a los terceros, a partir del momento en que adquieren fecha cierta, pues con anterioridad son inoponibles respecto de ellos. En tal sentido dice el art. 1034: *“Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos”*.

Este precepto puramente negativo, está completado por el artículo siguiente que indica cuáles son los modos por los cuales los instrumentos privados adquieren fecha cierta frente a terceros. Así expresa el art. 1035: *“Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación a los sucesores singulares de las partes o a terceros, será:*

“1º) *La de su exhibición en juicio o en cualquier repartición pública, para cualquier fin, si allí quedase archivado;*

“2º) *La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren;*

“3º) *La de su transcripción en cualquier registro público;*

“4º) *La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del que lo escribió, o del que firmó como testigo”*.

No obstante la claridad de estas disposiciones, se han planteado respecto de ellas algunas cuestiones que es menester dilucidar.

1619.— a) Por lo pronto, se ha discutido con relación al inc. 2º del art. 1035 si el reconocimiento del documento ante escribano público está supeditado al otorgamiento de la escritura pública en que se haga constar dicho reconocimiento. La afirmativa es sostenida por la generalidad de la doctrina ²⁷, que conceptúa en extremo peligrosa una actuación notarial independizada de la respectiva escritura pública, llegando De Gásperi hasta a afirmar que los “escribanos no ejercen su ministerio sino en su protocolo”. Nos parece que, a pesar de la excelente intención de esta interpretación rigurosa, ella no se aviene a la latitud de las expresiones usadas por el codificador, que sin distinción de casos (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*) sólo alude al reconocimiento del documento ante escribano y

* BIBLIOGRAFÍA Rosenbusch, E., *La fecha cierta de los instrumentos privados*, en “J.A.”, 1942-II, p. 55 (interesante compulsa de jurisprudencia).

²⁷ Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 941, ps. 161-162; Salvat, R. M., *Parte General*, n° 2236, p. 918; De Gásperi, L., *Obligaciones*, I, § 680, p. 654; Machado, *op. cit.*, t. III, p. 299, texto y nota, art. 1035, n° 2; Llerena, *op. cit.*, t. IV. Conf. Cám. Com., “J.A.”, t. 32, p. 399; Sup. Corte Bs. As., “Acuerdos y Sentencias”, t. 14, serie V, p. 350.

dos testigos que lo firman, lo que hace pensar que si se exige el aditamento de la firma de los testigos en el mismo instrumento, no ha de ser necesaria la escritura pública, que haría superflua cualquier otra formalidad. Por lo demás, la interpretación amplia parece más acorde con la ley 12.990, cuyo art. 10 no exige que se labore una escritura pública cada vez que se requiere la intervención de un escribano para dar autenticidad al acto de que se trate, por ejemplo, para autenticar una firma ^{27 bis}.

Con todo, y con relación a la fecha cierta, es indiscutible que la opinión apoyada por la doctrina es la que asegura mejor el interés de los terceros, por lo cual nosotros hemos auspiciado en la redacción del Anteproyecto de Código Civil de 1954 la alteración de la regla del art. 1035, inc. 2°, en la siguiente forma:

“Art. 277.— La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos, tenidos por tales, o autenticados mediante constancia notarial, se extenderá a los terceros, a partir del momento en que adquieran fecha cierta a su respecto. Ello ocurrirá cuando se exhiba el documento en juicio, o en una repartición pública, si allí quedase archivado; cuando se le reconozca ante un notario, extendiéndose la escritura pertinente en el protocolo...”.

1620.— b) Con relación al inc. 4° del art. 1035, se ha discutido si es posible admitir otros hechos personales fuera del fallecimiento de los firmantes capaces de fijar el momento después del cual ya no es concebible la firma del instrumento. Salvat opina por la negativa ²⁸. En cambio, Llerena y Borda aceptan que pueda haber otros casos, como el que cita el primero de esos autores, del accidentado que sufre la amputación de las manos, a partir de lo cual queda sin duda establecida la fecha cierta de los documentos firmados con anterioridad ²⁹. Estimamos esta doctrina como verdadera: lo importante es el acaecimiento de algún hecho personal de los firmantes que induzca la absoluta certeza moral de la imposibilidad ulterior de la firma.

En este sentido se deciden los proyectos nacionales de reforma que hablan de “fallecimiento, o la imposibilidad física para escribir, de cualquiera de los firmantes o redactores materiales del instrumento” (art. 277, Anteproyecto de 1954).

1621.— c) Por último, y vinculada a la cuestión anterior, se presenta la de saber si la enumeración del art. 1035 es limitativa o enunciativa. Lo primero han sostenido Salvat y De Gásperi. Lo segundo propicia Borda ³⁰. Lo cierto es que la

^{27 bis} Conf. Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, n° 2088, p. 515.

²⁸ Salvat, R., *Parte General*, n° 2242. Conf. Cám. Civ. 2°, “J.A.”, t. 14, p. 818; Sup. Corte Bs. As., “J.A.”, 1942-III, p. 665.

²⁹ Llerena, B., *op. cit.*, t. IV, p. 85, art. 1035, n° 1. Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 942, p. 162.

³⁰ Salvat, *op. cit.*, *loc. cit.*, De Gásperi, *op. cit.*, § 680, p. 645; Borda, G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*

jurisprudencia ha admitido otros supuestos fuera de la hipótesis prevista en el art. 1035, como el resuelto por la Cámara 2ª de Apelaciones de La Plata, que estableció la fecha cierta de un instrumento privado de acuerdo al matasello de la Oficina de la Dirección General Impositiva empleado para inutilizar el estampillado de un contrato ³¹. Fernando Legón, dando en ese juicio la opinión del tribunal, desarrolla una opinión insinuada por Segovia ³² según la cual los hechos consignados en el art. 1035 no admiten prueba en contra, pero habría otros que servirían como presunciones *juris tantum*. Por nuestra parte pensamos que, desde luego, no es viable probar contra lo dispuesto en el art. 1035 por consignarse ahí pruebas legales de la fecha cierta de los documentos. Pero para aceptar otros hechos comprobatorios de la fecha cierta no hay necesidad de acudir a la idea de las presunciones *hominis*, que en esta materia no es adecuada, pues no se trata de admitir hechos probables porque no se haya probado en contra de ellos —presunción *juris tantum*—, sino de atribuir fecha cierta a los documentos en base a la certeza moral resultante de ciertos hechos debidamente comprobados. Es claro que la mínima duda se vuelve en contra de esa inducción. Con este alcance, concordamos con la opinión del autor antes citado.

1622. LA FECHA CIERTA EN MATERIA COMERCIAL *.— Acerca de la aplicabilidad de las disposiciones del Código Civil referente a la fecha cierta, a la materia comercial, discrepan las conclusiones tanto de la doctrina como de la jurisprudencia.

a) Para Salvat y Malagarriga lo concerniente a la fecha cierta rige íntegramente en el orden mercantil, pues nada hay en el Código de Comercio que excluya la aplicación supletoria del Código Civil en este aspecto ³³.

b) Segovia y Castillo estiman que la fecha de los documentos comerciales puede acreditarse ampliamente, al margen de lo dispuesto en los arts. 1034 y 1035 del Código, pues la celeridad y actividad de las operaciones comerciales no se concilia con ese régimen ³⁴.

³¹ Puede consultarse el fallo en "J.A.", 1951-II, p. 83. Conf. S. C. Mendoza, "L.L.", t. 96, p. 349; Cám. Civ., Sala "E", "E.D.", t. I, p. 895. Contra: Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 14, p. 818; Cám. 2ª La Plata, "J.A.", 1951-II, p. 83; S. C. Bs. As., "L.L.", t. 101, p. 6006-S.

³² Segovia, *op. cit.*, t. I, p. 292, art. 1036, nota 23.

* BIBLIOGRAFÍA. Colombo, L., *La fecha cierta en los documentos comerciales*, "L.L.", t. 23, p. 821; Orione, F., *Los instrumentos probatorios en materia comercial*, "L.L.", t. 47, p. 839.

³³ Salvat, *op. cit.*, n° 2245, p. 921; Malagarriga, C., *Código de Comercio comentado*, t. III, p. 327.

³⁴ Segovia, *Explicación y crítica del Código de Comercio*, t. I, p. 242, n° 753; Castillo, *Curso de Derecho Comercial*, t. II, ps. 152 y ss.

c) Siburu adopta una posición transaccional, pues admite en general la aplicabilidad de los arts. 1034 y 1035, Código Civil, para los instrumentos privados considerados como medios de prueba, pero no si se trata de papeles de comercio que tienen su régimen propio como letras de cambio, y otros títulos a la orden ³⁵.

Esta doctrina, que ha sido seguida por algunos fallos de los tribunales del fuero comercial ³⁶, parece la más aceptable.

1622 bis.— *Concepto de tercero*. Son terceros con respecto al efecto de la fecha cierta del documento, las personas ajenas a su confección (véase *supra*, n° 1493). Son aquellos que no habiendo intervenido en el acto instrumentado, poseen derechos que se verían perjudicados si se diera fe a la fecha obrante en el documento ^{36 bis}.

VI.— DE LA FIRMA EN BLANCO

1623. NOCIÓN.— La firma en los instrumentos privados puede ser puesta después de llenarse el documento, o en blanco para que luego se llene de acuerdo a las instrucciones del firmante. La firma en blanco es una forma de mandato que se introdujo en Francia hacia fines del siglo XVII, y que pronto se generalizó en la práctica de los negocios.

Presenta sus *ventajas* y sus *inconvenientes*. En cuanto a las primeras, elimina toda dificultad respecto de los poderes del mandatario que queda habilitado para celebrar cualquier clase de acto que se le encomiende. Pero tiene también sus desventajas para el mandante por el riesgo de tener que asumir cualquier compromiso que le endilgue el mandatario.

Las firmas en blanco deben ser examinadas en su carácter de instrumentos privados, y como actos jurídicos.

1624.— a) Como *instrumentos privados*, los documentos firmados en blanco en nada se diferencian de los demás instrumentos de aquella índole. Como establece el art. 1016, *“la firma puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito. Después de llenado el acto por la parte a la cual*

³⁵ Siburu, *Comentario del Código de Comercio argentino*, t. IV, n° 840. Conf. Colombo, L., *La fecha cierta en los documentos comerciales*, “L.L.”, t. 23, p. 36.

³⁶ Cám. Com. Cap., “J.A.”, 1947-III, p. 289; “L.L.”, t. 55, p. 564; “L.L.”, t. 59, p. 146 y “J.A.”, 1950-III, p. 466; íd., “J.A.”, 1953-IV, p. 75; “L.L.”, t. 88, p. 519. Comp. Cám. Com., Sala “B”, “E.D.”, t. 1, p. 639; íd., “L.L.”, t. 93, p. 582; íd., “L.L.”, t. 97, p. 341; íd., “L.L.”, t. 99, p. 654.

^{36 bis} S. C. Bs. As., “J.A.”, 1942-III, p. 665; íd., “Acuerdos y Sentencias”, 1960-III, p. 56; Cám. 2° La Plata, “J.A.”, 1943-I, p. 167; Cám. Ap. Rosario, “J.A.”, 1944-I, p. 210; íd., “Juris”, t. 1, p. 480.

se ha confiado, hace fe siendo reconocida la firma". Es el régimen normal de los instrumentos privados ^{36 bis 1}.

1625.— *b)* Como *acto jurídico* la firma en blanco cumple la función de un *mandato*. Confiado el documento a la custodia y guarda del mandatario para su oportuna utilización, equivale a un poder amplísimo que previera la realización de todos los actos posibles y facultara al representante para celebrarlos. De ahí que en ese carácter deba considerarse la situación del firmante frente a su mandatario y frente a los terceros.

1626.— Respecto del *mandatario*, que es la persona a quien se confía el documento para su uso ulterior, el firmante tiene los mismos derechos que cualquier otro mandante. De aquí que el mandatario responda de los daños y perjuicios provenientes de la inexecución total o parcial del mandato (conf. art. 1904).

Para hacer efectiva esa responsabilidad el firmante puede, *en sus relaciones con el mandatario*, impugnar el contenido del acto si no condice con sus instrucciones. Es lo que expresa el art. 1017, según el cual "*el signatario puede, sin embargo, oponerse al contenido del acto, probando que las declaraciones u obligaciones que se encuentran en él, no son las que ha tenido intención de hacer o de contratar. Esta prueba no puede ser hecha con testigos*".

Dos observaciones interesa señalar acerca de este precepto. En primer lugar hemos destacado que la impugnación del contenido del documento no tiene un alcance absoluto, sino que sólo es viable con relación a las partes del acto, es decir, mandante y mandatario. Si A otorga a B una firma en blanco para que venda un campo de propiedad de aquél en \$ 100.000,00 y el mandatario lo llena con un reconocimiento de deuda a su favor, es claro que la observación formulada pierde su interés, pues la impugnación adquiere un carácter absoluto. Pero, en cambio, si B, apartándose de las instrucciones recibidas, vende el campo, en \$ 80.000,00, el firmante puede impugnar el documento sólo en sus *relaciones con el mandatario* para que éste le indemnice el daño sufrido por mala ejecución del mandato, o sea, \$ 20.000,00. Esta conclusión resulta de lo dispuesto en los arts. 1018 y 1934 del Código Civil.

En segundo lugar, cabe hacer notar que la prueba de que el contenido del acto es diferente del que el firmante ha tenido intención de efectuar, no puede hacerse por testigos. Esta es una de las tantas restricciones que la ley contiene acerca de la prueba testimonial, la principal de las cuales está expresada en el art 1193 del Código. Y así como ese precepto impide que se pruebe por testigos los contratos de alguna significación económica —superior a \$ 10.000 según la ley 17.711—, por la desconfianza e incertidumbre que en general suscita esa clase de prueba, tam-

^{36 bis 1} Cám. Com., "L.L.", t. 61, p. 227. Tampoco cambia la situación si el documento se dejó parcialmente en blanco: Cám. Civ., Sala "C", "L.L.", t. 107, p. 74.

bién se la elimina en este caso para que el firmante no pretenda por esa vía desviar hacia el mandatario las obligaciones efectivamente asumidas por él.

No obstante, en ciertas situaciones excepcionales que la doctrina admite, o establece la ley para los contratos en general (conf. arts. 1191 y 1192), pero que reciben aplicación indudable en este supuesto, la prueba de testigos se hace viable. Tales son: 1º) si ha mediado imposibilidad de obtener otra prueba³⁷; 2º) si ha habido principio de prueba por escrito³⁸; 3º) cuando por caso fortuito o fuerza mayor se ha extraviado la prueba apropiada: ³⁹*ad impossibilia nemo tenetur*; 4º) si media confesión del mandatario; 5º) si el documento ha sido obtenido mediante dolo o violencia. Pero esta última excepción enunciada en ese carácter por el codificador en el art. 1191, cláusula 3ª, no es en realidad tal, pues no se trata de probar un acto jurídico o determinar su efectivo alcance, sino de demostrar la invalidez del acto por vicio de la voluntad del agente, y según es sabido esos vicios son simples hechos que es posible acreditar por cualquier medio de prueba.

1627.— Respecto de los *terceros* de buena fe, el firmante tiene que estar a las constancias de documento, sin distinción de casos. Así lo establece el art. 1018, que, suponiendo la previa impugnación del documento expresa: *“La nulidad de las declaraciones u obligaciones del signatario del acto que el juez decretare en virtud de las pruebas dadas, no tendrá efecto respecto de terceros que por el acto escrito hubiesen contratado de buena fe con la otra parte”*.

El Código, así como el Anteproyecto Bibiloni (art. 473, 1ª redacción; art. 418, 2ª redacción) y el Proyecto de 1936 (art. 267), usando una terminología defectuosa, hablan de “la nulidad de las declaraciones...”. Pero aquí no se trata de nulidad, sino de la inoponibilidad del documento que puede alegar el firmante frente a su mandatario. Si se tratara en verdad de nulidad, es claro que la podría hacer valer frente a todos, por ser la nulidad un estado objetivo del acto⁴⁰, lo que ocurriría si por ejemplo el documento le hubiese sido arrancado por la fuerza. Pero aquí no hay un “vicio” del acto, sino la extralimitación ignorada del mandatario, lo que provoca un desdoblamiento de la eficacia del acto, que resulta válido para los terceros, si bien no lo es en las relaciones del mandatario y del mandante, por ser entonces el documento inoponible para este último⁴¹.

La solución expuesta se adapta exactamente a las reglas propias del mandato de cuyo contrato la firma en blanco es una especie. Según el Código, cuando el

³⁷ Conf. Cám. Apel. 2ª La Plata, “J.A.”, 1942-II, p. 632.

³⁸ Conf. Aubry y Rau, *op. cit.*, § 756, texto nota 6, p. 221; Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 950, p. 150; De Gásperi, *op. cit.*, t. I, § 669, p. 646; Segovia, L., *op. cit.*, t. I, art. 1018, nota 5, p. 287; Machado, III, p. 273.

³⁹ Conf. art. 1348, inc. 4º Cód. francés; Planiol, Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde, VII, núms. 1541 y ss.

⁴⁰ Véase Llambías, J. J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, § 2, p. 4.

⁴¹ El Anteproyecto de 1954 (art. 276) elude caer en este error de concepto.

mandatario excede las instrucciones reservadas el acto obliga al mandante si “*entra en los términos de la procuración, aun cuando el mandatario hubiere en realidad excedido el límite de sus poderes*” (art. 1934). Éste es en verdad nuestro caso, ya que la firma en blanco es un mandato amplísimo que habilita al mandatario para realizar cualquier acto de la índole que fuere.

Finalmente, es preciso advertir que los que se benefician de la validez del acto son únicamente los terceros de buena fe, es decir, ignorantes de la efectiva extralimitación del mandatario. Pues si los terceros han conocido las instrucciones del mandante, tal vez por la propia comunicación de éste, entonces quedan al margen de lo dispuesto en el art. 1018 y no pueden invocar el acto instrumentado, al cual le falta el “consentimiento” de aquél (conf. art. 1931 y arg. art. 1161) ⁴².

1628. SUSTRACCIÓN DE LA FIRMA EN BLANCO.— Para que los principios examinados entren en juego, se requiere que la firma en blanco llene la función de un mandato. Pero si el documento firmado en blanco es sustraído al mandatario y llenado contra la voluntad del interesado, se está fuera del marco del mandato y en presencia de actos delictuosos que es posible comprobar por cualquier medio. Así lo expresa el art. 1019, que reza así: “*Las disposiciones de los dos artículos anteriores no se aplican al caso en que el papel que contenga la firma en blanco hubiese sido fraudulentamente sustraído a la persona a quien se hubiese confiado, y llenándose por un tercero contra la voluntad de ella. La prueba de la sustracción y del abuso de la firma en blanco puede ser hecha por testigos. Las convenciones hechas con terceros por el portador del acto no pueden oponerse al signatario, aunque los terceros hubiesen procedido de buena fe*”.

Para encuadrar el caso dentro de estas previsiones legales se requiere acreditar dos extremos: 1º) que el documento le ha sido sustraído al guardador o mandatario, o que se ha obtenido su entrega por medios dolosos ⁴³; 2º) que ha sido llenado contra la voluntad del guardador o mandatario, pues si hubiese sido con el consentimiento de éste se volvería a la situación precedentemente examinada. Concurriendo esos extremos se estaría en presencia de hechos delictuosos, que es posible comprobar por cualquier medio, incluso testigos, como dice la ley. Por lo demás el delito sería come-

⁴² En este caso el acto material realizado es un acto jurídico inexistente. Conf. Llambías, J. J., *Vigencia de la teoría del acto jurídico inexistente*, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, III, n° 11, julio-septiembre 1948, p. 645, b; Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, p. 318, n° 1261, q.

⁴³ Borda, G. A., y jurisprudencia que cita, *op. cit.*, t. II, n° 952, texto nota 1228. Si no se trata del caso de sustracción del documento firmado en blanco, ni media principio de prueba por escrito, es inadmisibile la prueba de testigos para impugnar el contenido del instrumento: Cám. Civ., Sala “D”, “L.L.”, t. 101, p. 441.

tido no tanto contra el firmante del documento cuanto contra los terceros a quienes se engañase con la exhibición o tal vez negociación del documento, si se lo llenase con un pagaré, por ejemplo. Esto explica que aun los terceros de buena fe deban perjudicarse por la inexistencia de las manifestaciones incluidas en el instrumento (conf. art. 1019, "in fine").

1628 bis.— Acerca de este último punto, el Anteproyecto de 1954, en disidencia con las soluciones del Código, del Anteproyecto Bibiloni y del Proyecto de 1936, se pronuncia en el art. 276 contra el firmante y a favor de los terceros, con tal que éstos acrediten su buena fe —prueba a su cargo— y hubieran adquirido derechos a título oneroso en base al documento. En obsequio a la seguridad del tráfico jurídico, en el conflicto de intereses existentes entre el firmante del documento y los terceros de buena fe se ha preferido a éstos, por ser aquél responsable del curso de un instrumento tan peligroso como es el documento en blanco. La exigencia del carácter oneroso de la adquisición de derechos condice con esa misma exigencia en otras situaciones análogas: conf. arts. 134, 967 y 970, 2310, 2767 y 2778, parte 2ª, 3196, 3430, 2089, 2145 y 2165 del Código Civil.

Con un tratamiento tan riguroso para el signatario de los documentos en blanco, sin duda espera el Anteproyecto de 1954 desarraigar el empleo de esa clase de instrumentos que se presta a innumerables fraudes.

1629. EXTRAVÍO DEL DOCUMENTO.— El Código no se ocupa de resolver una situación semejante a la contemplada en el art. 1019, a saber el extravío del documento en blanco y su dolosa utilización por la persona que lo hallare.

La doctrina no ha examinado el punto. Por nuestra parte pensamos que, por razón de analogía, cabe la misma solución del art. 1019.

1630. MUERTE DEL FIRMANTE.— Finalmente cuadra examinar si el documento en blanco puede ser llenado después de la *muerte* del firmante o del guardador. Siendo la firma en blanco una forma de mandato, que cesa por la muerte del mandante o del mandatario (conf. art. 1963, inc. 3º), no procede consumir el acto después de ocurrido ese hecho ⁴⁴.

Con todo, puede aceptarse que tratándose de la muerte del mandante, si el negocio emprendido puede ser cumplido o continuado después del fallecimiento, se llene el documento con posterioridad, siempre que hubiese peligro en demorar el acto hasta conocer las instrucciones de los herederos, conf. arg. 1980 ⁴⁵.

⁴⁴ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 953. Conf. Cám. Paz Letr., "L.L.", t. 50, p. 109, y "J.A.", 1948-III, p. 51.

⁴⁵ Comp. Cám. Civ. 1ª Cap., "J.A.", t. 3, p. 1116, en cuyo fallo nos parece acertada la posición de la minoría.

VII.— DE LAS CARTAS MISIVAS ⁴⁶

1631. NOCIÓN.— Las cartas misivas son comunicaciones escritas entre dos o más personas. Constituyen un género en el cual quedan comprendidas como especies particulares las cartas propiamente dichas, sean familiares o comerciales, las postales y los telegramas. En cambio se considera que no son cartas misivas las llamadas “cartas abiertas”, en las cuales el vocablo está usado sólo para denominar una pieza escrita destinada a la divulgación pública, ni los mensajes telefónicos ⁴⁷.

El régimen jurídico de las cartas misivas es aún incipiente. Entre nosotros el art. 1036, único del Código Civil que se refiere a las cartas misivas, no trata sino una cuestión de importancia bastante reducida. Aun en los códigos modernos se nota la ausencia de una sistematización más completa: así el nuevo Código italiano apenas dedica al asunto un solo artículo, el 2707. Por ello se puede decir que el régimen jurídico de las cartas misivas es de origen doctrinario y jurisprudencial.

Varias son las cuestiones que plantea el tema: a) a quién corresponde la propiedad de las cartas y a quién el derecho moral de autor sobre ellas; b) qué facultades tiene el propietario; c) quién puede usar las cartas como medios de prueba; d) qué valor tienen en ese carácter y cuáles requisitos deben llenar para ello las cartas. Trataremos estos problemas a continuación.

1632. PROPIEDAD DE LAS CARTAS.— Con relación a este punto se acepta, no sin disidencia, que la *propiedad* de las cartas corresponde al destinatario que las hace suyas por la “apropiación” como respecto de cualquier otra cosa mueble (conf. art. 2525, Cód. Civ.).

En rigor la carta pertenece al remitente hasta que llega a poder del destinatario. Durante el viaje el remitente que justifique su carácter (piezas certificadas, por ejemplo) puede recoger la carta e impedir que llegue a manos del destinatario ⁴⁸. Pero a partir del arribo de la carta, la propiedad de ésta queda fijada a favor del destinatario, que puede invocar el principio legal “posesión vale título” (conf. art. 2412), ya que la cosa no es robada ni perdida.

⁴⁶ BIBLIOGRAFÍA: Borda, G. A., t. III, núms. 954 y ss.; Aubry y Rau, VIII, § 760 ter; Planiol, Ripert y Picard, t. III, núms. 580 y ss.; Gény, F., *Des droit sur les lettres missives*, 2 vols., París, 1911; Bibiloni, J. A., nota a los arts. 493 y 494, 1ª redacción; “Actas de la Sección de Derecho Civil”, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, libro I, ps. 330 y ss.; Parry, A. L., *Cartas misivas*, en J.A., t. 1, p. 781; Colombo, L., *Comentarios sobre las cartas misivas*, en “L.L.”, t. 57, p. 799; Quiroga Olmos, N., *Las cartas misivas como medio probatorio en la doctrina y en la jurisprudencia*, “J.A.”, 1958-I, secc. doct., p. 72.

⁴⁷ Conf. Planiol, Ripert y Picard, t. III, n° 580; Gény, F., *op. cit.*, I, p. 5.

⁴⁸ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 954, p. 169; Planiol, Ripert y Picard, t. III, n° 582.

Ahora bien, la *propiedad* de la carta que pertenece al destinatario no ha de confundirse con el *derecho moral* de autor, que siempre subsiste a favor del remitente y creador de ella. En efecto, las cartas pueden ser objeto de un derecho de propiedad literaria, al igual que las demás obras escritas producto del pensamiento. El derecho moral de autor autoriza a éste a publicar la carta y a impedir que se publique, o que al hacerlo se la desfigure. La independencia entre el derecho de propiedad de la carta a favor del destinatario, y el derecho moral de autor que detenta el remitente es análoga a la que se produce entre la propiedad de un cuadro que alguien adquiere y el derecho moral de autor que pertenece al pintor.

1633. FACULTAD DEL DESTINATARIO.— Son las que menciona el art. 2513 del Código Civil, adaptadas a la índole que la cosa presenta. En general el destinatario tiene derecho: 1°) a poseer la carta; 2°) a disponer de ella enajenándola a título oneroso o gratuito; 3°) a servirse de ella como prueba; 4°) a destruirla; 5°) a efectuar a su respecto todos los actos jurídicos de que ella sea legalmente susceptible (conf. art. 2516); 6°) a alquilarla o arrendarla (íd. anterior); 7°) a transmitirla a sus herederos⁴⁹; 8°) a reivindicarla de manos de terceros que carezcan de derecho a poseerla.

Pero la índole particular del objeto de que se trata introduce ciertas peculiaridades en el derecho de propiedad del destinatario. Conforme a ellas, éste debe respetar el secreto confidencial si la carta tiene este carácter y respetar el derecho de autor absteniéndose de publicarla sin la autorización del autor. Asimismo, corresponde la restitución de la carta a su remitente si así lo hubiera éste dispuesto, ya en seguida de recibida por el destinatario⁵⁰, o a la muerte de éste⁵¹.

1634. DERECHO DE PRUEBA. A QUIÉN CORRESPONDE.— En principio, quien puede usar las cartas como medios de prueba es el *destinatario de ellas*, en su carácter de propietario. Pero aquí surge una importante limitación al derecho de prueba que deriva del secreto confidencial. A este respecto corresponde distinguir si la prueba de la carta se va a rendir: 1) en juicio del destinatario con el remitente; 2) en juicio que siga el destinatario con un tercero.

1) En el primer caso, la carta siempre puede presentarse en el juicio, pues sea la carta confidencial o no, entre los corresponsales no hay secreto, ya que sólo hay deber de guardar reserva respecto de terceros⁵².

⁴⁹ Conf. Planiol, Ripert y Picard, t. III, n° 583, p. 504.

⁵⁰ Conf. Planiol, Ripert y Picard, t. III, n° 584, p. 505.

⁵¹ Conf. Planiol, Ripert y Picard, t. III, n° 583, p. 504.

⁵² Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 959, p. 155; Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, n° 2145, p. 814. Contra: Cám. 2° La Plata, "J.A.", 1952-II, p. 371.

2) En el segundo caso, es decir, si el destinatario quiere hacer valer la carta en juicio con un tercero, debe distinguirse si ella es o no confidencial. Siendo la carta confidencial no puede agregarse sin autorización del remitente, pudiendo prescindirse de ello en caso contrario. Según nuestra opinión debe estimarse confidencial la carta que según la verosímil intención del remitente está destinada a quedar en el secreto de los corresponsales. En la duda, la carta debe considerarse confidencial ⁵³.

1635.— Si normalmente sólo el destinatario puede emplear la carta como prueba, en ciertos supuestos ese derecho se extiende también: I) al autor de la carta; II) a los padres, o al tutor del destinatario; III) a los terceros que han entrado en la posesión de la carta por medios legítimos.

I) El *autor* de la carta puede completar, mediante sus propias cartas las pruebas que pretenda ofrecer con cartas de su adversario ⁵⁴.

II) Se reconoce invariablemente el derecho de aportar la prueba de la carta a quienes invisten la *autoridad paterna o tutoral* sobre el destinatario ⁵⁵.

III) Los *terceros poseedores* de la carta pueden usar de ella en los mismos términos que su destinatario si la han adquirido regularmente de éste, pues, entonces son sucesores singulares que hacen valer el derecho transmitido. Si no consta el título de adquisición y el tercero sólo invoca la mera posesión de la carta, es viable la prueba si la carta no es confidencial, o si, siéndolo, cuenta con la autorización de remitente y destinatario ⁵⁶.

Pero para que los terceros puedan aportar la carta como prueba debe llenarse una condición negativa muy importante: no deben haber entrado en posesión de ella por medios ilícitos. No podría admitirse que el autor del delito de violación de correspondencia privada (art. 153, Cód. Penal) fundase en su propia torpeza el derecho a emplear la prueba respectiva: *qui propriam turpitudinem allegans non est audiendus* ⁵⁷.

Con todo, sin atender a la ilegitimidad de las medidas utilizadas para lograr la posesión de las cartas, se acepta que puede invocarlas uno de los esposos para probar la infidelidad del otro. Es que de lo contrario se autorizaría el funcionamien-

⁵³ Conf. Aubry y Rau, *op. cit.*, t. VIII, § 760 ter, p. 292, texto anterior, nota 13; Salvat, *Contratos*, ed. 1957, t. I, n° 170, p. 143.

⁵⁴ Conf. Planiol, Ripert y Picard, t. III, n° 578, p. 510, 3°.

⁵⁵ Conf. Aubry y Rau, *op. cit.*, t. VIII, § 760 ter, p. 292, texto nota 16; Planiol, Ripert y Picard, III, n° 587, p. 510, 4°.

⁵⁶ Planiol, Ripert y Picard, t. III, n° 587, p. 510, 2°.

⁵⁷ En sentido análogo, Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 958, p. 171; Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, n° 2146, p. 821. Conf. Aubry y Rau, *op. cit.*, VIII, n° 760 ter, texto nota 8, p. 291.

to de la garantía constitucional de inviolabilidad de la correspondencia para escurdar una conducta inmoral, afrentosa para quien aporta la carta como prueba de la inconducta ^{57 bis}.

1636. NATURALEZA "SUI GENERIS" DE LAS CARTAS MISIVAS.— Las cartas no son instrumentos privados, aunque eventualmente puedan revestir ese carácter si poseen la firma del remitente.

En su carácter propio de cartas misivas se ha estimado que la firma no es indispensable, pudiendo ella suplirse por sobrenombres o iniciales, y aun prescindirse de toda suerte de firma. Lo importante es acreditar la autenticidad de la carta ^{57 bis 1}.

1637. VALOR PROBATORIO DE LAS CARTAS MISIVAS.— Queda librado a la apreciación judicial que puede considerarlas como prueba completa del acto mentado, por ejemplo, si se trata de cartas cambiadas para documentar un contrato, o reputarlas un principio de prueba por escrito, o en fin estimarlas desprovistas de toda fuerza probatoria ⁵⁸.

Por lo demás el valor probatorio de la carta de que se trate, depende de las personas entre quienes se establezca la correspondencia. Si se trata de la carta dirigida por una de las partes en el juicio a la contraparte, la eficacia probatoria es amplia. Si la carta se dirige a una de las partes por un tercero, la prueba es similar a la testimonial. En fin, si la carta es dirigida por una de las partes a un tercero, ella no sirve para mejorar la situación del remitente, pero puede sí esgrimirse contra él, en el caso de que la producción de la prueba sea posible.

A este respecto dispone el art. 1036 del Código Civil, que "*las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento*". Esta regla legal se explica porque en el seno de la confianza existente entre los corresponsales, el remitente puede admitir ciertos hechos perjudiciales para él, convencido de que en ningún caso saldrá del secreto de ambos y aún menos podrá la manifestación convertirse en título jurídico que un tercero quiera invocar contra él. La garantía de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar lo

^{57bis} Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 74, fallo n° 35.086; Sup. Trib. Entre Ríos, "L.L.", t. 22, p. 369; Parry, su nota en "J.A.", t. 1, p. 784; Colombo, L., su nota en "L.L.", t. 57, p. 806, n° 9.

^{57bis1} Conf. Colombo, L., "L.L.", t. 57, p. 799, n° 1; Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, n° 2147, p. 822; Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 956, p. 170; Cám. Civ., Sala "D", "L.L.", t. 80, p. 7 y t. 76, p. 460; Sup. Trib. Entre Ríos, "J.A.", 1943-II, p. 134. Contra: Parry, nota en "J.A.", t. 1, p. 782; Cám. Civ. 2°, "L.L.", t. 16, p. 811.

⁵⁸ Aubry y Rau, t. VIII, § 760 ter, p. 293, 3°.

protege contra esa eventualidad y la disposición transcrita del Código da a ese principio constitucional una eficacia práctica.

Con todo, la jurisprudencia no se ha atendido rigurosamente a los términos literales de aquella disposición legal. Relacionándola con el secreto epistolar, ha concluido que el impedimento para reconocer cartas dirigidas a terceros, sólo rige si ellas son confidenciales ⁵⁹, y aun cuando tenga este carácter se admite la prueba cuando la carta, si bien dirigida a un tercero, está indirectamente destinada a la contraparte por la relación existente con el tercero. Es lo que se ha decidido tratándose del apoderado de una de las partes, o de su abogado, escribano, o corredor que ha intervenido en la operación ⁶⁰.

Asimismo entran los tribunales a examinar el valor probatorio de las cartas dirigidas a terceros, cuando el remitente las reconoce espontáneamente, y cuando lo hace en forma tácita, permitiendo la agregación de la carta al juicio sin hacer objeción sobre ello ⁶¹.

§ 3. Instrumentos públicos: concepto. Enumeración del art. 979 del Código Civil. Fuerza probatoria entre las partes, sucesores y terceros.

I.— DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

1638. CONCEPTO.— Los instrumentos otorgados con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público a quien la ley confiere la facultad de autorizarlo, se denominan *instrumentos públicos* ^{61 bis}.

El codificador no ha consignado en el articulado del Código una definición legal del instrumento público, ni era menester que lo hiciera, pues no es el cometido del legislador suplir la labor doctrinaria suministrando definiciones de los conceptos jurídicos. La noción expuesta, que cuenta con la adhesión de todos los autores, resulta de la abstracción de los elementos comunes que presentan los diversos instrumentos públicos enumerados en el art. 979 del Código Civil.

Examinada la definición anterior, aparece en ella un elemento dominante: es el oficial público. En efecto, lo que comunica al instrumento público su existencia

⁵⁹ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 961, a, p. 173; Cám Civ. 1° Cap., "J.A.", t. 75, p. 600; S. C. Bs. As., "J.A.", t. 54, p. 623; Cám. Cap., "J.A.", 1945-II, p. 464; Cám. Civ. 2° Cap., "J.A.", 1951-I, p. 798. Contra: Cám. 2° La Plata, "J.A.", 1952-II, p. 371.

⁶⁰ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 961, b, p. 173; Cám. Apel. 2° Cap., "J.A.", 1945-II, p. 336; *id.*, 1951-I, p. 798; Cám. 2° La Plata, "J.A.", 1952-II, p. 371.

⁶¹ Comp. Cám. Civ. 2° Cap., "J.A.", t. 74, p. 856.

^{61 bis} Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1886, p. 775; Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 964, p. 176.

como tal es la intervención del oficial público. Si tratándose de los instrumentos privados propiamente dichos la firma era el elemento esencial de su existencia, respecto de los instrumentos públicos, lo es la intervención del oficial público que agrega su autoridad al documento para comunicarle su carácter propio.

Desde que el instrumento aparece autorizado por un oficial público, ya tiene existencia como instrumento público. Pero esto solo no basta para que dicho instrumento público sea válido es decir, legalmente eficaz, para lo cual deberá llenar los requisitos de validez que pasamos a examinar.

1639. REQUISITOS DE VALIDEZ.— Los requisitos de validez de los instrumentos públicos son tres, a saber: 1º) el oficial público autorizante debe ser *capaz*; 2º) también debe ser *competente, ratione materiae y ratione loci*; 3º) el instrumento debe otorgarse con las *formalidades* prescriptas por la ley, bajo pena de nulidad. Nos referimos separadamente a cada uno de estos requisitos.

1640. a) CAPACIDAD DEL OFICIAL PÚBLICO.— En primer lugar, el oficial público interviniente ha de ser *capaz*, es decir hábil para llenar esa función. La capacidad del oficial público no alude a la capacidad jurídica de la persona, es decir, a su aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones (capacidad de derecho) o para ejercer por sí mismo los derechos propios (capacidad de hecho). Ello se refiere a la aptitud o habilidad para otorgar instrumentos públicos, la cual proviene de la investidura que corresponde a su cargo. Deriva del nombramiento hecho por la autoridad pública competente, pero hasta que no haya sido puesto en posesión del cargo, el oficial público no es capaz, es decir, no está autorizado para otorgar válidamente los instrumentos públicos que corresponden a su función ^{61 bis 1}.

Por otra parte, la capacidad del oficial público originada en el nombramiento respectivo es independiente de que el sujeto reúna las condiciones de idoneidad exigidas por la ley. Aunque carezca de ellas, si ha sido nombrado y puesto en posesión del cargo, el oficial público es capaz y, por tanto, está autorizado para llenar válidamente su cometido (conf. art. 982, Cód. Civ.). Aunque se trate de un menor de edad o de un demente interdicto, será incapaz como persona, pero capaz como oficial público; aunque se hubiera designado, por error o abuso de la autoridad, jefe de Registro Civil, por ejemplo, a un sujeto carente de título de abogado o escribano, no por esto la actividad cumplida dejará de ser válida, puesto que concurre la capacidad en el oficial público. Esta solución expresa de la ley consulta adecuadamente el interés de los particulares, que no están en condiciones de averiguar si en

^{61 bis 1} Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1924, p. 792; Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 965, p. 177.

el nombramiento del oficial público se han llenado las exigencias legales, ni podrán quedar librados en lo que concierne a la suerte de los actos cumplidos, a la contingencia de que la autoridad no se hubiera atendido, abusivamente o por error, a aquellas exigencias de la ley.

1641. CESACIÓN DE LA CAPACIDAD.— La capacidad del oficial público *cesa* en dos supuestos que la ley prevé:

1642.— Por lo pronto, después de la notificación de la *suspensión, destitución o reemplazo* del oficial público, los actos cumplidos por él *serán de ningún valor, pero son válidos los actos anteriores a la noticia de la cesación de sus funciones* (art. 983, Cód. Civ.). De aquí resulta que el hecho que priva al oficial público de su capacidad no es el decreto de suspensión o cesantía, sino la notificación del mismo, la cual puede efectuarse de cualquier manera auténtica. Por lo general resultará de la publicación de la medida de gobierno en el boletín oficial de la autoridad respectiva.

1643.— También cesa la capacidad del oficial público con relación a los actos “*en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados*” (art. 985, Cód. Civ.). A diferencia del supuesto anterior, en que la cesación de la capacidad era general para toda clase de actos ésta es particular para los actos expresados, a cuyo respecto media una incapacidad relativa del oficial público, que por su índole es una incapacidad de derecho, fundada en razones de orden moral. El impedimento procura asegurar la imparcialidad del oficial público, a fin de que éste no se prevalga de su situación para realizar negocios que le reporten ventajas a costa de los particulares que acuden ante él.

Se ha discutido acerca del alcance del término “parientes”. Segovia sostiene que en el caso la expresión no corresponde a los colaterales. Machado excluye a los parientes naturales y afines, si bien por circunstancias especiales pueden incluirse los que están obligados a prestarse alimentos. Pero la doctrina dominante entiende que no hay razón para distinguir, lo que estimamos acertado ⁶².

Para que la incapacidad juegue, el oficial público debe tener conciencia de ella. Por consiguiente, el acto vale si el parentesco era ignorado, o si el oficial público no conocía la incidencia del acto en su provecho particular o en el de las personas mentadas ⁶³.

Por lo demás, el interés a que se refiere la disposición debe ser directo. Por ello termina el art. 985 diciendo que “*si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será vá-*

⁶² Segovia, L., t. I, art. 986, nota 10, p. 277; Machado, t. III, p. 227; Llerena, t. IV, art. 985, n° 3, p. 18; Salvat, *Parte General*, n° 1929, p. 794; Borda, t. II, n° 968, p. 179; Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, n° 2038, p. 220.

⁶³ Segovia, L., t. I, art. 986, nota 10, p. 277. Comp. Machado, t. III, p. 227.

lido". En tales casos el interés del oficial público o de sus parientes no es directo, sino indirecto a través de entidades que constituyen una persona distinta de sus socios, por lo que habría sido excesivo mantener la incapacidad.

1644. *b) COMPETENCIA DEL OFICIAL PÚBLICO.*— Asimismo, el instrumento público para ser válido debe ser autorizado por oficial público competente.

La competencia del oficial público se refiere a un doble aspecto: en cuanto a la materia (*ratione materiae*) sobre que versa el instrumento, y en cuanto al territorio o lugar (*ratione loci*) en que ha sido otorgado.

1645.— Desde el primer punto de vista, el oficial público será competente cuando "*obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto*" (art. 980). Ejemplos: los encargados del Registro Civil son competentes para labrar partidas de nacimiento y defunción, pero no para documentar la celebración de actos jurídicos, salvo el matrimonio; los escribanos públicos tienen competencia para documentar contratos, pero no para celebrar matrimonios; etc.

1646.— Desde el segundo punto de vista, el oficial público es competente cuando extiende el acto "*dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones*" (conf. art. 980, 2ª parte, Cód. Civ.). Por tanto, la competencia territorial se relaciona con el lugar de otorgamiento del acto, pero no con el lugar de ubicación de los bienes a que el acto se refiere, ni con el lugar del domicilio de las personas intervinientes, que constituyen detalles indiferentes para la validez del instrumento.

Pero puede ocurrir que se crea erróneamente que el lugar en que se celebra el acto corresponde al distrito asignado al oficial público. En tal caso, el Código se remite al común sentir de la gente, y declara "*válidos los instrumentos hechos por funcionarios fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito*" (art. 981, Cód. Civ.). Como dice la nota del codificador, se hace aquí aplicación de la máxima romana "*error communis facit jus*".

1647. *c) FORMALIDADES LEGALES.*— El tercer requisito de validez del instrumento público se refiere a la observancia de "*las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad*" (art. 986). Como los instrumentos públicos son de diferentes clases, no es posible enunciar una forma que sea común a todos ellos, salvo la actuación del oficial público que, como ya se dijo, es el elemento esencial que comunica a estos elementos su carácter propio.

Con todo, y no obstante no haber una forma común a toda clase de instrumentos públicos, existen ciertos requisitos de forma bastante generali-

zados porque convienen a varios de ellos. Tales son, la *firma de las partes* y la *presencia de testigos*.

1648. FIRMA.— Con relación a la firma de las partes, dice el art. 988, primera parte: “*El instrumento público requiere esencialmente para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él*”. De esta manera se ha querido controlar, en cierto modo, la actuación del oficial público, cuya sola intervención no es suficiente para obligar a las partes, requiriéndose la firma de éstas para constancia de su aceptación del contenido del instrumento.

Cuando los comparecientes ante el oficial público, o uno de ellos, no sabe firmar, no indica el Código en este título cómo se suple el defecto. La doctrina estima que es aplicable, por analogía, el régimen similar de las escrituras públicas, el cual sustituye la firma del interesado que no sabe hacerlo, por la de otra persona en su nombre (conf. art. 1001, Cód. Civ.).

Por último, si una de las partes del acto está constituida por varios interesados, se requiere la firma de todos ellos. “*Si alguno o algunos de los cointerésados solidarios o meramente mancomunados no lo firmasen, el acto sería de ningún valor para todos los que lo hubiesen firmado*” (art. 988, segunda parte, Cód. Civ.).

1649. TESTIGOS.— Algunas de las especies de instrumentos públicos mencionados por el codificador en el art. 979, requieren la presencia de *testigos*, que por ello reciben el nombre de *testigos instrumentales*. Además de esa clase de testigos se conocen otras dos: los *testigos de conocimiento* que justifican la identidad de una persona desconocida del oficial público (conf. art. 1002), y los *testigos honorarios*, cuya presencia oficiosa redundará en honor de los intervinientes, v. gr., testigos suplementarios de casamiento.

Nosotros nos referimos exclusivamente a los testigos instrumentales, significando que cualquier falla que presenten los testigos de conocimiento u honorarios no se refleja sobre la validez del acto. *Utile per inutile non vitiatur*.

1650.— La actuación como testigo debe estar calificada por la *capacidad*.

Según el art. 990 del Código Civil, *no pueden ser testigos en los instrumentos públicos*:

1º) *los menores de edad no emancipados*. Para Segovia no se justifica que el solo hecho del casamiento habilite a un menor de veintidós años para testificar ^{63 bis}. Tal vez por esa observación el Proyecto de 1936 (art. 244, inc. 1º), separándose del Anteproyecto Bibiloni (art. 439, 1ª redacción; art. 387, 2ª redacción), impide testificar en instrumentos públicos a los menores emancipados. Pero esa

^{63 bis} Segovia, L., *op. cit.*, t. I, art. 991, p. 279, n° 15. Comp. Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, n° 2046, ps. 271-272. Son opiniones que en la actualidad deben referirse a los 21 años, que es ahora la edad de la mayoría de edad (nuevo art. 128).

solución es harto rigurosa, resultando preferible el criterio del Anteproyecto de 1954, que fija en los dieciocho años, independientemente de la emancipación, la capacidad para actuar como testigo en instrumento público (art. 256, inc. 1°);

2°) *los dementes*. Se trata de los dementes declarados, como lo aclaran el Proyecto de 1936, art. 244, inc. 2°, y el Anteproyecto de 1954, art. 256, inc. 2°⁶⁴;

3°) *los ciegos*;

4°) *los que no tengan domicilio o residencia en el lugar*. Esta incapacidad ha sido eliminada en los proyectos nacionales de reforma.

5°) *las mujeres*. Esta incapacidad tiene ya sólo carácter histórico, pues fue abrogada por la ley 11.357, art. 1°, y art. 3°, inc. 1°, ap. h. Habría estado bien la supresión de este inciso por la ley 17.711 que derogó el anterior precepto;

6°) *los que no saben firmar su nombre*;

7°) *los dependientes del oficial público*. Es como observa Segovia, una incapacidad relativa, porque no afecta a la persona en la generalidad de su posible actuación como testigo, como ocurre en los incisos anteriores, sino con relación a actos determinados;

8°) *y los dependientes de otras oficinas que estén autorizadas para formar escrituras públicas*. Con esta incapacidad se quería evitar, tal como resulta de la modificación introducida por la ley de Fe de Erratas en el texto de la edición de Nueva York, que dos oficiales públicos con escritorios próximos se intercambiasen sus empleados para hacer constar testificaciones en verdad ficticias. En la práctica se han usado otros procedimientos para burlar la exigencia legal de la comparecencia de los testigos al desarrollo del acto;

9°) *los parientes del oficial público dentro del cuarto grado*. Esta incapacidad se ha completado en los proyectos de reforma, agregando al cónyuge;

⁶⁴ Salvat tiene también por incapaces a los enfermos mentales no interdictos, y se apoya en el art. 921 (*Parte General*, n° 1946, p. 800). Hay en ello una confusión entre incapacidad y carencia de discernimiento: en el instrumento otorgado con la presencia de un insano no incapacitado, no falla la capacidad del testigo, sino su discernimiento. Comp. Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, n° 2046, ps. 272-273, autor que nos atribuye la opinión de autorizar la actuación como testigos de los enfermos mentales no interdictos. Pero no hay tal, pues consideramos que la falla de discernimiento de semejante testigo hace al instrumento anulable (conf. art. 1045, cláusula 1°). La incapacidad del testigo torna al instrumento nulo, la carencia de discernimiento lo hace anulable: es la aplicación de los principios generales en materia de nulidad (véase *infra*, núms. 1652 a 1655 y 1943).

10°) *los comerciantes fallidos no rehabilitados*. Segovia no encuentra razón bastante para inhabilitar al fallido, especialmente cuando la quiebra no ha sido fraudulenta. En los proyectos de reforma se ha mantenido la incapacidad;

11°) *los religiosos*, debiendo entenderse por tales los que han profesado en una orden o congregación religiosa, conforme a la terminología canónica (Código canónico, art. 488, inc. 7°). Esta incapacidad es eliminada por los proyectos de reforma;

12°) *los que por sentencia estén privados de ser testigos en los instrumentos públicos*.

El Anteproyecto de 1954, art. 256, inc. 3°, incluye entre los incapaces para desempeñarse como testigos en los instrumentos públicos a los “sordos”⁶⁵.

1651 — La *falta* o *incapacidad* de los testigos en el instrumento que los requiere, determina la *nulidad* del instrumento. Con relación a la *ausencia* de los testigos indispensables, esa conclusión fluye claramente del art. 986, pues si la presencia de testigos es un requisito de validez de cierta clase de instrumentos públicos, la inobservancia de esa “solemnidad” (conf. art. 973), acarrea la nulidad del instrumento deficiente.

En cuanto a la *incapacidad* de los testigos indispensables, también entendemos que causa la nulidad del instrumento. Por lo pronto porque exigida la presencia de testigos en cierto caso, no se puede considerar llenada la “forma” adecuada del instrumento si se recurre a testigos inhábiles. Pero, además, el art. 991 establece que el *error común sobre la capacidad de los testigos incapaces* salva la nulidad del acto, de donde se infiere que si no concurre ese error la consecuencia de la incapacidad de los testigos es innegablemente entonces la nulidad, que no queda salvada. Es un supuesto en que aun cuando no conste en la ley la sanción expresa de nulidad, no cabe razonablemente sino la admisión implícita de dicha sanción⁶⁶.

La salvedad prevista en el art. 991 se aplica respecto de cualquiera de las incapacidades enunciadas por la ley⁶⁷.

⁶⁵ Conf. Salvat, R., *Parte General*, núms. 1958 y 1959. Para Segovia son incapaces los sordomudos cuya incapacidad ha sido declarada; respecto de los demás la fuerza de su testimonio debe apreciarse según las circunstancias de cada caso (t. I, art. 991, nota 15, p. 279). Para nosotros siempre hay incapacidad, si bien en cuanto a éstos depende de una investigación de hecho su reconocimiento Conf. art. 1045, 2ª cláusula.

⁶⁶ Ver *infra*, núms. 1537 y ss. Conf. con la solución del texto, Salvat, *Parte General*, n° 1961, p. 805.

⁶⁷ Conf. Salvat, *Parte General*, n° 19612, “in fine”, p. 806.

1652. SANCIÓN POR INOBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS DE VALIDEZ: INSTRUMENTOS NULOS Y ANULABLES.— El incumplimiento de los requisitos de validez de los instrumentos públicos da lugar a la nulidad o a la anulación del instrumento, según el modo de actuación de la causa de invalidez. Es el criterio habitual de distinción de los actos nulos y anulables en el régimen del Código (véase *infra*, núms. 1959 y ss.).

1653.— Los instrumentos públicos son *nulos* si carecen de alguno de los requisitos de validez; por ejemplo, si el oficial público ha perdido su capacidad ^{67 bis} o actúa sin competencia. También son *nulos* los instrumentos cuando no se han llenado las formas legales exigidas, de manera que la inobservancia del requisito surja patentemente del mismo instrumento; por ejemplo, si faltan las firmas de las partes, o la presencia de testigos, o la firma de algún testigo.

1654.— Los instrumentos públicos son *anulables* si el examen del documento permite descubrir en él alguna irregularidad tan importante como para persuadir al juez de su invalidez. Ejemplos: si el instrumento es argüido de falso en el todo o en parte principal, y el juez se convence de la falsedad (conf. art. 989); o “*cuando tuviesen enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales, como la fecha, nombre, cantidades, cosas, etc., no salvadas al fin*” (art. 989, 2ª parte), si no se comprueba que se efectuaron esas alteraciones durante el acto y de conformidad de partes. Asimismo sería anulable el instrumento si actuasen testigos incapaces y el reconocimiento de la incapacidad dependiese de una investigación de hecho, v.gr., testamento celebrado con testigos ciegos o sordos (arg. arts. 3708 y 1045, cláusula 2ª).

1655.— Entre los instrumentos públicos nulos y los anulables media esta diferencia sustancial: mientras los primeros están destituidos de su eficacia por la ley, los instrumentos públicos anulables se encuentran en una situación indefinida, pues su validez o invalidez depende del pronunciamiento judicial que sobre ellos se dicte. Por esta razón el instrumento nulo no puede dar base a una prescripción adquisitiva corta, pero el instrumento anulable sí, en tanto no lo anule la sentencia judicial (art. 4012 y su nota).

1656. CONVERSIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO INVÁLIDO.— Aun destituido de su eficacia el instrumento público inválido, se asimila al instrumento privado “*si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas por los actos extendidos bajo formas*

^{67 bis} Conf. Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 54, p. 376; Sup. Corte Bs. As., “L.L.”, t. 76, p. 640; Cám. 2ª La Plata, “J.A.”, 1953-III, p. 259.

privadas” (art. 987, Cód. Civ.). Recordamos que los instrumentos privados requieren para su validez, en ciertos casos, su otorgamiento en doble ejemplar. Esa exigencia queda suplida si se trata de un instrumento público nulo, lo cual se explica porque entonces ya no es de temer la desigualdad de las partes, que se remediaría por la compulsa del original existente en manos del oficial público ⁶⁸.

Esta *conversión* del instrumento público tiene lugar en todos los supuestos de nulidad, sea por incompetencia territorial o material del oficial público ⁶⁹, sea por falta de capacidad suya como si actuase después de habersele hecho saber la suspensión o cesantía ⁷⁰, sea por inobservancia de formalidades legales. En todas las hipótesis la razón para decir es la misma, por lo que nos parece improcedente excluir el supuesto en que el oficial público estuviese personalmente interesado, como se ha sostenido por algunos autores, ya que esa irregularidad, hasta de orden moral, no le quita al oficial su carácter de tal, ni al documento su naturaleza de instrumento público, por inválido que sea ⁷¹. Otro tanto ocurre con los instrumentos otorgados por el oficial público después de la suspensión o cesantía, si el funcionario ha seguido actuando “de hecho” como tal. Por tanto, el documento obrado, aunque nulo por la incapacidad del autorizante, es un instrumento público que aprovecha del beneficio de la “conversión”, previsto en el art. 987.

II.— ENUMERACIÓN DEL ART. 979 DEL CÓDIGO CIVIL

1657.— El art. 979 del Código Civil indica varias clases de instrumentos públicos, a través de una enumeración meramente ejemplificativa. Por tanto, cualquier documento que responda a la noción de instrumento público deberá ser reputado tal, aun cuando no figure en esta enunciación ⁷², v.gr., las partidas de nacimiento o defunción.

La enunciación legal es la siguiente:

1658.— 1º) *Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley.* Se trata de la especie

⁶⁸ Conf. Salvat, R., *Parte General*, n° 1998, p. 823.

⁶⁹ Sin razón según nos parece, Salvat excluye el caso de la incompetencia material. La ley no distingue: conf. Borda, t. II, n° 997, p. 193.

⁷⁰ Conf. Aubry y Rau, t. VIII, § 755, texto 73, p. 218; Salvat, R., *Parte General*, n° 2011, p. 827. Comp. Borda, G. A., t. II, n° 997, p. 193.

⁷¹ Comp. Salvat, *Parte General*, n° 2012, p. 828.

⁷² Conf. Llerena, t. IV, art. 979, n° 6, p. 10; Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, n° 2048, p. 303. Comp. Salvat, *Parte General*, n° 1913, p. 787.

más importante de instrumento público, cuyo estudio especial se hará en los núms. 1679 y ss.

Los "otros funcionarios" a que se alude, además de los escribanos públicos, son: 1) jueces de paz en defecto de escribano, conf. art. 1223, antiguo art. 1810 y art. 3655 del Código Civil; 2) Los funcionarios del Servicio Exterior a cargo de oficinas o secciones consulares, como jefes de misiones diplomáticas y cónsules o vicecónsules (art. 20, incs. c] y d], ley 20.957).

1659.— 2º) *Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado.* Dentro de este inciso, que por su indicación genérica comprende todas las otras enunciaciones, quedan incluidos innumerables instrumentos públicos, entre los que es posible mencionar: 1) los inventarios judiciales; 2) los testamentos especiales otorgados ante los oficiales del ejército, comandantes de buques, etc. (conf. arts. 3672, 3673 y 3679); 3) las actas de sesiones del Congreso y las resoluciones de las autoridades de cada Cámara ⁷³; 4) los decretos, resoluciones y providencias del presidente de la República, gobernadores de provincias, ministros y jefes de repartición; 5) las partidas de nacimiento o defunción; 6) las partidas parroquiales anteriores a la instalación del Registro Civil; 7) las boletas de depósitos judiciales ⁷⁴; 8) las sentencias dictadas en los expedientes judiciales ⁷⁵; 9) los informes expedidos por el Registro de la Propiedad ⁷⁶; 10) las actas hechas por oficiales de justicia; 11) las actas labradas por inspectores fiscales en el ejercicio de sus funciones ^{76 bis}.

Se ha discutido si revisten este carácter las certificaciones de escrituras emanadas de los escribanos respectivos. Después de la sanción de la ley 12.990, art. 10, ya no es posible dudar de la solución afirmativa, sostenida desde antiguo por Llerena ⁷⁷.

En cuanto a los escritos que presentan las partes y quedan agregados a los expedientes judiciales se ha discutido si tienen carácter de instrumento público, lo que aceptan Salvat y Spota. En cambio López Olaciregui sostiene la opinión negativa porque el documento no emana de un funcionario sino de un particular y su agregación al juicio no garantiza la autenticidad de la forma de quien lo suscribe: sólo mediando ratificación personal ante el juez se convierte el escrito en instrumento público ^{77 bis}.

⁷³ Conf. Salvat, *Parte General*, n° 1892, p. 778, 1º y 2º; Borda, G. A., t. II, n° 974, p. 181.

⁷⁴ C.S.N., "L.L.", t. 63, p. 209.

⁷⁵ Conf. Salvat, *Parte General*, n° 1892.

⁷⁶ Cám. Civ. 1ª Cap., "J.A.", t. 46, p. 220.

^{76 bis} Trib. Fiscal Nacional, "L.L.", t. 102, p. 388, con nota aprobatoria de C. M. Giuliani Fonrouge.

⁷⁷ Llerena, t. IV, art. 979, n° 1, p. 9. Contra: Salvat, *Parte General*, n° 1894, p. 779.

^{77 bis} En sentido positivo: Salvat, *Parte General*, t. II, n° 1899; Spota, *Trat. Der. Civ.*, vol. 37, n° 2060, ps. 367-371; Cám. Fed. Tucumán, "L.L.", t. 29, p. 586; Cám. 2ª La Plata, "L.L.", t. 57, p. 36 (se refiere a constancias de un expediente sucesorio).

1660.— 3º) *Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio.* Aquí nuestro Código se remite a lo dispuesto en el Código de Comercio, pero como este texto no reconoce a tales asientos en el carácter de instrumentos públicos sino en la hipótesis del art. 1201, referente a la póliza de fletamento hecha ante corredor marítimo, ha de concluirse que la remisión ha quedado en blanco, y que aquellos documentos no revisten en general ese carácter. La doctrina es unánime al respecto.

1661.— 4º) *Las actas judiciales hechas en los expedientes por los respectivos escribanos y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron.* Los escribanos mentados son los secretarios del tribunal respectivo.

1662.— 5º) *Las letras aceptadas por el gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier título de crédito emitido por el tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas.* Aun cuando por su origen las letras que el gobierno acepta son documentos particulares, se las ha revestido del carácter de instrumento público para facilitar su negociación o descuento y con ello el desenvolvimiento de las finanzas del Estado.

Se ha discutido si las cuentas de pavimentación, extraídas de los libros de los contratistas particulares y visadas por la municipalidad, son instrumentos públicos. La respuesta negativa se impone, por no tratarse de los “libros fiscales” mencionados por el texto legal sin que a esta conclusión obste la posibilidad de recurrir a la vía ejecutiva para proceder al cobro de las cuentas. Ésta es una ventaja adicional que se concede al contratista, que tiene una lógica incidencia en el menor precio del pavimento, pero que es por entero independiente de la naturaleza del documento de que se trata ⁷⁸.

1663.— 6º) *Las letras de particulares, dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen al tesoro público.* Esta mención es sobreabundante, por cuanto alude a una hipótesis particular ya comprendida en la enunciación más general del inciso precedente. Es claro que una letra dada en pago de un impuesto de aduana, es letra aceptada por el gobierno o sus delegados (conf. art. 279, inc. 5º). Por lo demás ese procedimiento de pago de impuestos ha caído en desuso.

En contra: López Olaciregué, J. M., su actualización a Salvat, ed. del cincuentenario, t. II, n° 1899-A, ap. III, p. 33; Cám. Crim. Cap., “J.A.”, t. 34, p. 257.

⁷⁸ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 980, p. 184; Salvat, *Parte General*, n° 1907, p. 785; Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, n° 2056, ps. 355-356. Contra: Etcheverry Boneo, III, n° 340, p. 293; Cám. 2ª La Plata, “L.L.”, t. 18, p. 1082; íd., “L.L.”, t. 31, p. 215.

1664.— 7º) *Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales.* Aquí se trata de los bonos o títulos de empréstitos públicos.

1665.— 8º) *Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos.* Las compañías de que se trata son las sociedades anónimas, y en comandita por acciones, las que deben ajustarse en la emisión de las acciones a lo dispuesto en el art. 211 de la Ley de Sociedades 19.550.

1666.— 9º) *Los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos autorizados para tales emisiones.* En la actualidad sólo el Banco Central está autorizado para emitir billetes. El Banco Hipotecario Nacional emite cédulas hipotecarias que cuentan con el respaldo de las hipotecas constituidas sobre las edificaciones que la entidad construye.

1667.— 10º) *Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros.* No menciona el artículo a los asientos de los nacimientos y defunciones, porque como surge de su encabezamiento, el precepto no se refiere sino a los *instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos* (conf. art. 979). En cuanto a los libros parroquiales ha de entenderse con respecto a actos anteriores a la creación del Registro Civil.

III.— FUERZA PROBATORIA ENTRE LAS PARTES, SUCESORES Y TERCEROS

1668. DISTINCIÓN.— Como lo hemos hecho al tratar de los instrumentos privados, comenzaremos por distinguir lo conveniente al instrumento considerado en sí mismo y lo relativo a su contenido.

1669. EL INSTRUMENTO EN SÍ MISMO.— A este respecto goza el instrumento público de la *presunción de autenticidad* que merece la actuación del oficial público interviniente, abonada por su firma y sellos. Como decía antiguamente Dumoulin, “*scripta publica probant se ipsa*”, es decir, el instrumento público se prueba por sí mismo. Es que esos documentos están acompañados de signos externos, difíciles de imitar, tales como timbres y sellos característicos, y la firma de un funcionario, cuya autenticidad es fácilmente comprobable. Todos esos signos exteriores son presuntivamente suficientes para estar a lo que resulta del documento. El que desee impugnarlo deberá arrastrar la difícil prueba de la falsedad ^{78 bis}.

^{78 bis} Conf. Cám. Civ., Sala “E”, “L.L.”, t. 101, p. 483.

De este modo, como enseña Demolombe, la seguridad social y la tranquilidad de las familias reposan en la fe que merecen los instrumentos públicos, como medios de comprobar los derechos, definitivamente, sin que haya necesidad de producir a su respecto la prueba de la prueba ⁷⁹.

Cabe agregar que la presunción de autenticidad corresponde a un documento de apariencia regular, pero no al que evidenciase vicios materiales tales que por su gravedad pueden hasta autorizar al tribunal a rechazar el instrumento sin acción previa de falsedad ⁸⁰.

1670. CONTENIDO DEL INSTRUMENTO.— En cuanto al *valor probatorio* del contenido, deben distinguirse: 1) los hechos pasados en presencia del oficial público; 2) las cláusulas dispositivas; 3) las cláusulas enunciativas.

1671. HECHOS PASADOS ANTE EL OFICIAL PÚBLICO.— Con relación a la primera clase de constancias, *“el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia materia de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia”* (art. 993, Cód. Civ.).

Dentro de la enunciación de hechos que hace la disposición, quedan comprendidos la fecha del acto, la autenticidad de las firmas consignadas y la observancia de las formalidades, cuyo cumplimiento hace constar el documento ⁸¹.

Como es lógico, los hechos mencionados y los demás pasados ante el oficial público o realizados por él comprometen directamente la fe del funcionario y tiene una fuerza de convicción casi irrefragable, que sólo es posible desvirtuar por la llamada querella de falsedad, la cual puede intentarse por acción criminal o civil, y en este caso por vía principal o incidental. Si se promueve acción criminal ante el fuero respectivo ella tiene por objeto sancionar al falsario que ha cometido un delito penal, y secundariamente invalidar al instrumento falso. Si se deduce acción civil, ella puede intentarse por vía principal, es decir, independientemente de otro procedimiento, para desvirtuar el instrumento de su fuerza probatoria, o por vía incidental dentro de un juicio en trámite: en este caso se seguirá el trámite legislado en el art. 395 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434, siendo parte el oficial público que extendió el instrumento.

⁷⁹ Demolombe, C., t. XXIX, n° 270, “in fine”.

⁸⁰ Conf. Aubry y Rau, t. VIII, § 755, texto nota 57, p. 212; Planiol, Ripert, Esmein, Ra-douant y Gabolde, t. VII, n° 1451, p. 793; Borda, G. A., t. II, n° 989, *in fine*, p. 188.

⁸¹ Conf. Aubry y Rau, fuente del artículo, t. VIII, § 755, texto nota 52, p. 210.

Pero tal como expresa el art. 993, transcripto, la fuerza de convicción del instrumento se refiere a la existencia material de esos hechos, pudiendo probarse libremente la "insinceridad" de ellos. Si se aduce la simulación de un contrato de compraventa, no será óbice la manifestación del oficial público de que el precio fue pagado en su presencia si se logra demostrar que el dinero le había sido previamente entregado al comprador aparente por el propietario de la cosa.

1672.— Por otra parte, la fe del instrumento sólo se refiere a la actuación personal del oficial "en el ejercicio de sus funciones", pero no se extiende a las aseveraciones al margen de su cometido, v. gr., las apreciaciones sobre la salud mental o física de los comparecientes, o sobre las atribuciones de los representantes de las partes. Tales manifestaciones pueden ser rebatidas por cualquier medio de prueba ^{81 bis}.

1673.— Una garantía de la fe que se ha querido asignar al instrumento público, consiste en el impedimento puesto por la ley para que los testigos y el oficial público puedan contradecir las constancias del documento "*si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no valdrá*" (art. 992).

La razón de la ley es clara. Ella no admite la deposición del oficial público o los testigos contra el instrumento, porque si se admitiera la posibilidad de hacerlo no habría derecho alguno seguro constituido por instrumento público, y porque además no se sabría cuándo hablaban aquéllos la verdad: si cuando bajo su firma asentaron lo que consta en el acto, o cuando ante el juez declararon que aquéllo no era cierto (conf. nota al art. 992) ^{81 bis 1}.

Pero si está prohibida la declaración *contra* el instrumento, no lo está la que sea a *favor* de él, es decir, para explicar el significado del acto o aclarar alguna cláusula dudosa ⁸².

Por lo demás, cesa el impedimento si el oficial o los testigos alegan que autorizaron o presenciaron el acto "*por dolo o violencia que se les hizo*", debiendo entonces tomarse en cuenta el dicho previa prueba del dolo o violencia.

^{81bis} Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1971, p. 809; Spota, A. G., t. 37, n° 2039, p. 225, n° 400; Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 991; Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 71, p. 380.

^{81 bis 1} Sup. Trib. La Pampa, "J.A.", 1962-III, p. 228.

⁸² Conf. Borda, G. A., t. II, n° 995, p. 191; Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 1, p. 440; Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 9, p. 60. En cuanto a la prueba fuera del instrumento no es admisible: Salvat, R., *Contratos*, 2ª ed., t. I, n° 193, p. 155; Lafaille, H., *Tratado de los contratos*, t. I, n° 249, p. 227; Cám. Civ. en pleno, "L.L.", t. 4, p. 975; Cám. 2ª La Plata, "L.L.", t. 107, p. 604, con voto del doctor A. Ibarlucía (h.).

Todas estas posibilidades obligan a recibir la declaración del oficial público o los testigos, ya que hasta después de la recepción no se puede saber si el declarante va a explicar, aclarar o contradecir el instrumento ⁸³.

1674.— Finalmente, no obstante la letra del art. 993, que alude a la mera impugnación del documento, debe entenderse que la fe del instrumento subsiste hasta la declaración judicial de falsedad, pues de lo contrario le bastaría al impugnante deducir la tacha de falso para suspender la eficacia de prueba tan importante ⁸⁴. Por esto aclara el art. 258 del Anteproyecto de 1954 que “el instrumento público hará plena fe mientras no fuere declarado falso en juicio...”, en cambio de la fórmula equívoca del Código actual, que conserva el Anteproyecto Bibiloni, art. 442, primera redacción; art. 390, segunda redacción, y el Proyecto de 1936, art. 246. Pero es de hacer notar que todos los proyectos de reforma facultan al juez para suspender provisionalmente la fe del instrumento durante la substanciación del proceso de falsedad.

1675. CLÁUSULAS DISPOSITIVAS.— Las cláusulas dispositivas del instrumento —lo dispositivo del acto— están contempladas en el art. 994, según el cual “*los instrumentos públicos hacen plena fe no sólo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., contenidos en ellos*”.

Los instrumentos, y en el caso los instrumentos públicos, no se otorgan porque sí, sino para dar forma a un acto jurídico, o para dejar constancia de las convenciones efectuadas, pagos, reconocimientos, etc. Acerca de esto, que constituye el objeto del acto, o sea, para lo cual se otorga el instrumento, éste hace plena fe, es decir, tiene el valor de una prueba completa. Lo cual significa, como enseñan Aubry y Rau, “*que el que alega contra la otra parte o contra un tercero una convención o un pago comprobado por instrumento público, está dispensado de toda otra prueba, y el juez, ante la exhibición del documento, no puede rehusarse a tener por probado el pago o la convención*” ⁸⁵.

Pero hemos dicho *prueba completa*, no hemos dicho *prueba indiscutible*. Decimos prueba completa, porque ella sola basta, sin necesitar que se la refuerce con otras comprobaciones: prueba completa se opone a principio de prueba, que es

⁸³ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 995, “in fine”, p. 191.

⁸⁴ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 990, p. 188; Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, n° 2081, ps. 477-478.

⁸⁵ Aubry y Rau, t. VIII, § 755, letra b, p. 212.

el valor probatorio que tiene un indicio (presunción), o un escrito no firmado de la otra parte (principio de prueba por escrito).

Pero no es prueba indiscutible, porque puede desvirtuarse por medio de otras pruebas que contradigan al instrumento. La fe del instrumento público, expresan Aubry y Rau en lo que concierne a la realidad y sinceridad de los hechos jurídicos que constata, subsiste hasta prueba en contrario, no requiriéndose querrela de falsedad para producir esta prueba ⁸⁶.

Es que si se trata de apreciar la fuerza probatoria de las cláusulas dispositivas del instrumento, corresponde distinguir lo concerniente a la verdad material de las manifestaciones de voluntad y lo relativo a la sinceridad de ella. Para probar que no ha ocurrido (verdad material) el acto relatado por el instrumento, es menester tachar de falso el documento, porque en esa aseveración está comprometida la fe pública del funcionario interviniente. En cambio, para probar que las cláusulas dispositivas no son sinceras, no se requiere tachar de falso al documento, porque la falsedad no está en el instrumento, ni en el oficial público, sino en los comparecientes y en el acto jurídico obrado por ellos independientemente de la regularidad y corrección del instrumento público de que se han servido.

Por esto concluye Aubry y Rau diciendo que la fe que merece el instrumento público “no obsta a que las convenciones, disposiciones o declaraciones que contienen puedan ser argüidas de simulación, sea por los terceros, sea aun por alguna de las partes” ⁸⁷. Tales ataques, únicamente relativos a los caracteres intrínsecos y a la eficacia de las convenciones, disposiciones o declaraciones contenidas en un instrumento público, son evidentemente extrañas al documento, considerado como medio de prueba, y no tocan de ninguna manera a la fe que le es debida” ⁸⁸.

Las consideraciones expuestas explican suficientemente por qué, mientras el art. 993 indica que “*el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso...*”, el art. 994 se limita a aludir a la plena fe, sin aquel agregado. En tales condiciones, “plena fe” sólo equivale a prueba completa del acto instrumentado.

1676. CLÁUSULAS ENUNCIATIVAS.— Las cláusulas enunciativas del instrumento se refieren a manifestaciones de las partes, accesorias o superfluas, que podrían omitirse o suprimirse sin que se alterase el objeto del acto. Marcadé distingue en el acto lo dispositivo y lo enunciativo. Lo dispositivo del acto es lo que constituye el objeto principal perseguido por las partes, el arreglo que ellas han querido hacer, la posición que se han querido dar, de tal manera que nada podría suprimirse sin modificar lo convenido por ellas. En cambio, lo enunciativo del acto son manifestaciones inciden-

⁸⁶ Aubry y Rau, *loc. cit.*, texto nota 59, p. 212.

⁸⁷ Aubry y Rau, VIII, § 755, texto nota 59, p. 212.

⁸⁸ Aubry y Rau, t. VIII, §, nota 59, p. 212.

tales de las partes, cuya supresión deja intacto el objeto principal del acto instrumentado.

A su vez, las cláusulas enunciativas se dividen, según su vinculación con el objeto del acto, en *directas* o *indirectas*. Las primeras tienen una relación directa con el objeto principal del acto; por ejemplo, en un contrato de renta vitalicia, la manifestación de haber recibido el acreedor la primera cuota, que no deja de ser una cláusula enunciativa, porque ella podría suprimirse sin que se alterase el contrato. En cambio, las cláusulas enunciativas indirectas tienen lejana o ninguna vinculación con el objeto del acto. Ejemplo: en una compraventa, la manifestación del comprador de que el dinero del precio proviene del préstamo que le ha hecho un tercero.

1677.— Es muy diverso el *valor probatorio* de las cláusulas enunciativas directas o indirectas. Las primeras están asimiladas a las cláusulas dispositivas. Así, dice el art. 995 que “*los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes, sino también respecto de terceros*”.

La eficacia probatoria del instrumento público es la misma respecto de las cláusulas enunciativas directas y dispositivas. Por tanto, cuanto hemos dicho precedentemente acerca de estas últimas vale también para aquéllas. Pero es preciso hacer notar que esa fuerza probatoria no puede perjudicar a los terceros, ni servir de título constitutivo de un derecho que ninguna de las partes podía establecer en detrimento del tercero. “Así, cuando en la venta de una casa el vendedor declara que existe en provecho del inmueble una servidumbre de vista o de paso sobre el patio del vecino, esta cláusula enunciativa, aunque directamente relacionada con la convención principal, no constituye para el adquirente un título en virtud del cual pueda reclamar la servidumbre”⁸⁹.

En cuanto a las cláusulas enunciativas indirectas, el Código no se ocupa de ellas pero debe entenderse *a contrario sensu* que el instrumento público no hace plena fe respecto de ellas, es decir, no sirve de prueba completa. En tal caso la manifestación respectiva sólo tiene el valor de un principio de prueba por escrito, oponible a la parte que la ha hecho, pero no a la otra parte ni a los terceros, porque la declaración no emana de ellos, arg. art. 1192 del Código Civil⁹⁰.

1678. PERSONAS A QUIENES AFECTA EL VALOR PROBATORIO.— Acerca de las personas a quienes se extiende la fuerza probatoria de los instrumentos públicos, ninguna distinción corresponde establecer entre las partes y los terceros, como resulta expresamente de los arts. 994 y 995, que

⁸⁹ Aubry y Rau, t. VIII, § 755, p. 216.

⁹⁰ Conf. Laurent, t. XIX, n° 171, p. 179; Salvat, *Parte General*, n° 1985, p. 817; Borda, G. A., n° 994, p. 190. Comp. Aubry y Rau, t. VIII, § 755, d, texto nota 66, p. 216.

se encargan de aclarar que la fe del instrumento se extiende a los terceros, lo que debe entenderse con las precisiones que se han efectuado anteriormente. Para que esto se comprenda adecuadamente, debe tenerse en cuenta que aquí se habla del efecto del instrumento como medio de prueba de los hechos documentados y no del efecto del acto jurídico instrumentado, que se rige por otros principios: los contratos no pueden perjudicar a terceros, ni oponerse a ellos, dicen los arts. 1195 y 1199 del Código ⁹¹.

Restringiéndonos, entonces, al examen del efecto del instrumento público, es decir, a la apreciación de su fuerza probatoria, es posible sentar sintéticamente las siguientes conclusiones:

1º) Con relación a los *hechos cumplidos* por el oficial público, o *pasados en su presencia* —art. 993, Cód. Civ.— la situación de las partes y los terceros es idéntica, debiendo recurrir unos y otros a la querella de falsedad para desvirtuar el instrumento de su fuerza probatoria.

2º) Con relación a las *cláusulas dispositivas*, el instrumento tiene el valor de una prueba completa, tanto para las partes como para los terceros. Unos y otros pueden establecer contra la fe del instrumento la *insinceridad* del acto, pero la prueba no puede hacerse por las partes sino mediante un contradocumento, salvo que concurren “*circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación*” (nuevo art. 960 “in fine”). En cambio, los terceros pueden recurrir a todos los medios de prueba ⁹².

3º) Con relación a las *cláusulas enunciativas directas*, la situación es idéntica a la anterior. Pero es preciso tener en cuenta que, por el efecto relativo de los actos jurídicos, las manifestaciones de las partes no pueden perjudicar a los terceros.

4º) Con relación a las *cláusulas enunciativas indirectas*, el instrumento carece de fe, es decir, no tiene valor de prueba completa. Pero sí vale como principio de prueba por escrito contra la parte que ha hecho la manifestación respectiva.

⁹¹ Véase el estudio del punto en los núms. 1494 y ss.

⁹² Véase *infra*, n° 1826.

§ 4. Escrituras públicas. El protocolo. Escrituras matrices. Partes que las constituyen. Copias y segundas copias. Procuraciones y documentos habilitantes. Concepto de la protocolización. Los escribanos públicos. La ley 12.990: organización del notariado *.

1679. CONCEPTO DE ESCRITURA PÚBLICA.— Se denominan escrituras públicas las escrituras que otorgan los escribanos de registro, o sus sustitutos legales. Como se ve, son documentos que no se identifican por sí mismos, sino por el funcionario que los autoriza, el cual de ordinario es el escribano de registro; excepcionalmente, y en defecto de escribano, el juez de paz del lugar (arts. 1223 antiguo, 1810 y 3655, Cód. Civ.; leyes 3245 y 3478 para Territorios nacionales). Asimismo, las leyes 4711 y 4712 han conferido funciones notariales a los ministros diplomáticos y cónsules del país acreditados en el extranjero.

1680. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS.— Las escrituras públicas son una especie —desde varios aspectos la especie principal— del género instrumento público. Por tanto, deben concurrir, respecto de ellas, las exigencias de validez comunes a todos los instrumentos públicos, a saber: capacidad del escribano autorizante, competencia de éste y observancia de las formalidades legales. La competencia territorial del escribano público resulta del decreto de designación, que debe determinar el distrito para el cual se lo nombra. La competencia material de los escribanos públicos está indicada genéricamente en el art. 10 de la ley 12.990, y se extiende a todos los hechos y actos jurídicos siempre que la ley no hubiese establecido la intervención de algún funcionario especial, v.gr., los matrimonios deben celebrarse ante el jefe del Registro Civil.

En cuanto a la *forma* de las escrituras públicas, la ley establece varios requisitos: 1º) deben ser hechas en el libro de registro o *protocolo*; 2º) deben hacerse en *idioma nacional*; 3º) deben contener la indicación del *lugar y fecha* de celebración, así como los datos personales de los comparecientes; 4º) deben observarse las in-

* BIBLIOGRAFÍA. Mustapich, J. M., *Tratado de derecho notarial*, Bs. As., 1956; Paz, J. M., *Derecho notarial argentino*, Bs. As., 1939; González, C. E., *Teoría general del instrumento público*, Bs. As., 1952; Baldana, J., *Derecho notarial argentino*, Bs. As., 1945; Villalba Welsh, A., *El Estado y el escribano. Naturaleza jurídica de la relación funcional*, "Rev. del Notariado", año 1945, n° 529, p. 607; Díaz de Guijarro, E., *¿Son funcionarios públicos los escribanos?*, "J.A.", t. 31, p. 258; Tavares de Carvalho, *¿Son funcionarios públicos los notarios?*, "Rev. del Notariado", año 1947, n° 551, p. 457; Torres, J. C., *Carácter del escribano público*, "Rev. del Notariado", año 1946, n° 537, p. 215.

dicaciones relativas al *desarrollo* del acto; 5°) deben estar *firmadas* por las partes y el escribano. Si éstos son los requisitos ordinarios de las escrituras públicas, hay otros que se refieren a casos especiales: inclusión de minutas si los comparecientes no hablan el idioma nacional o son mudos, escritura en letras de cantidades, y transcripción de documentos habilitantes si las partes actúan por intermedio de representantes. La presencia de testigos es, después de la sanción de la ley 15.875, meramente facultativa salvo que por la naturaleza del acto sea una exigencia de su validez. Pero entonces la presencia de testigos no hace al perfeccionamiento de la escritura, sino del acto jurídico instrumentado en ella.

Nos referiremos circunstanciadamente a las exigencias formales mencionadas.

1681. PROTOCOLO.— Según el art. 998, reformado por la ley 9151, “*las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registros que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno*”.

La reforma de la ley 9151 consistió en la supresión de la exigencia de que la escritura debía ser hecha “por el mismo escribano”, contenida en el primitivo art. 998. En la práctica este requisito no se cumplía, pero ello no daba lugar a la nulidad de la escritura según se entendía conforme a lo dispuesto en el art. 1004 “*in fine*”⁹³. A raíz de un fallo de los tribunales de Córdoba que adhirió a la opinión contraria y declaró la nulidad de la escritura, los escribanos de esa ciudad solicitaron al Congreso la reforma de art. 998 del Código Civil.

Según se advierte por la lectura de este precepto, “*libro de registros*” es sinónimo de “*protocolo*”. No ha de pensarse que es formalmente un libro si bien termina por serlo cuando al final del año se encuadernan en uno o más volúmenes las escrituras pasadas en cada escribanía. En realidad el *protocolo* está constituido por una serie de pliegos de papel sellado, denominados “sellos notariales de protocolo” (resolución 1146/52 de la Dirección General Impositiva), los que llevan una numeración propia, y deben estar rubricados por el Colegio de Escribanos (art. 56, decreto 26.665/51).

Las escrituras deben guardar dentro del protocolo un orden cronológico inexcusable.

1682. IDIOMA NACIONAL.— Según el art. 999 “*las escrituras deben hacerse en el idioma nacional*”.

Puede ocurrir que las partes no hablen castellano. Entonces, sigue diciendo el art. 999, “*la escritura debe hacerse en entera conformidad a una minuta firmada por las mismas partes en presencia del escribano, que dará fe del acto, y del reconocimiento de las firmas, si no lo hubiesen firmado en su presencia, traducida por*

⁹³ Conf. Salvat, R., *Parte General*, n° 2023, p. 831; Baudón, H., *Escrituras públicas*, p. 28; Machado, t. II, p. 251. Contra: Llerena, t. IV, p. 43, n° 2.

el traductor público, y si no lo hubiere, por el que el juez nombrase. La minuta y su traducción deben quedar protocolizadas”.

Si existen diferencias entre la minuta redactada en el idioma extranjero y la traducción hecha por persona idónea, el escribano debe confeccionar la escritura conforme a la traducción, pues carece de habilidad legal para apreciar el alcance de las diferencias y si son conceptuales o no. Es claro que si le consta el error de traducción, el escribano puede exigir nueva traducción o abstenerse de hacer la escritura. Pero confeccionada ésta a tenor de la traducción ella es válida, sin perjuicio de la responsabilidad del traductor por los daños que ocasionare a las partes o a alguna de ellas ⁹⁴. Sin embargo, una diferencia importante entre la minuta y su traducción autorizaría al compareciente a alegar un error excusable para anular el acto ^{94 bis}.

1683. LUGAR Y FECHA DATOS PERSONALES.— Según el art. 1001 del Código, *“la escritura pública debe expresar la naturaleza del acto, su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorgan, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio, o vecindad, el lugar, día, mes y año en que fuesen firmadas, que puede serlo cualquier día, aunque sea domingo o feriado, o de fiesta religiosa...”*.

De las menciones indicadas, algunas son esenciales y otras no. De la primera índole son las circunstancias de tiempo (fecha) y lugar, así como los nombres de los otorgantes. No son esenciales, en cambio, los demás datos personales, cuya omisión no impide determinar la identidad de los comparecientes, si bien el escribano se hará pasible de una sanción disciplinaria por omitirlos. En cuanto a la naturaleza y objeto del acto, es claro que esos elementos resultarán de las manifestaciones de las partes, aun cuando no se los consigne separadamente.

1684. DESARROLLO DEL ACTO.— El art. 1001 continúa diciendo: *“...El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes, y concluida la escritura, debe leerla a las partes, salvando al final de ella, de su puño y letra, lo que se haya escrito entre renglones y las testaduras que se hubiesen hecho...”*.

La ley 9151 modificó el primitivo art. 1001, exigiendo que las enmiendas y entrerenglonaduras fueran salvadas por el escribano de su puño y letra. Así, pues, respecto de tales salvedades la ley 9151 mantuvo el rigor primitivo que requería la realización de toda la escritura “por el mismo es-

⁹⁴ Comp. Salvat, R., *Parte General*, n° 2030, p. 834; Borda, G. A., t. II, n° 1016; Machado, t. III, p. 253.

^{94 bis} Conf. López Olaciregui, J., su actualización a Salvat, *Parte General*, ed. cincuentenario, t. II, n° 2030-D.

cribano". Desde la sanción de dicha ley ese cometido material le incumbe sólo a propósito de las indicaciones mencionadas.

1685.— En síntesis, con relación al *desarrollo del acto*, el escribano debe: 1º) dar *fe* de que conoce a las partes; 2º) *leer* la escritura a las partes antes de su firma; 3º) *salvar* de su puño y letra las enmiendas y raspaduras antes de la firma. Sólo esta última exigencia es esencial; su omisión hace anulable al instrumento (conf. art. 989). La falta de los otros dos requisitos (fe de conocimiento y lectura) no invalida el instrumento, pero hace pasible de sanción al escribano (arg. art. 1004 "in fine").

La fe de conocimiento de las partes, si el escribano no las conociera, puede sustituirse por la declaración de dos testigos, conocidos del autorizante y que justifiquen la identidad de los comparecientes (conf. art. 1002).

1686. QUID DE LA UNIDAD DEL ACTO.— Con relación al desarrollo del acto, no mencionamos específicamente lo que se denomina "*unidad del acto*", pues ello configura una redundancia. Según el art. 210 de la ley 1893, el *otorgamiento* de la escritura, firma de las partes, testigos y escribano debe hacerse en *un solo acto*. Desde que se trata de requisitos que deben *concurrir* para dar validez a la escritura, es innecesario aclarar que deben coincidir en un único acto, ya que si así no fuera la escritura sería falsa por resultar de ella que la comparecencia de las partes, testigos, firmas, etc., ha tenido lugar en un momento dado, si en verdad alguno de esos elementos se hubiese agregado *a posteriori*. Por ello entendemos que la unidad del acto sin constituir un requisito de forma diverso de los antes mentados corresponde a la verdad intrínseca de la escritura: si no existiera "*unidad del acto*", como sin embargo, así lo habría aseverado el autorizante, la escritura sería falsa. La falta de unidad del acto es una de las tantas hipótesis de falsedad, por lo que indicar a la unidad del acto como un requisito de la escritura es tan ilógico como mencionar entre las exigencias de ella que sea veraz. Es claro que eso hace a la validez intrínseca de la escritura, y no a su perfección formal.

1687. FIRMA DE LAS PARTES Y DEL ESCRIBANO.— El art. 1001 termina las indicaciones referentes a la confección de la escritura exigiendo que sea "*firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano*".

Se trata de un requisito esencial, cuya ausencia determina la nulidad de la escritura (conf. art. 1004).

"*Si alguna de las partes no sabe firmar, debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento*" (art. 1001, 3ª parte). Pero un solo firmante a ruego puede firmar por varias personas analfabetas.

La anterior redacción del art. 1001 exigía “la presencia y firma de dos testigos”, bajo pena de nulidad de la escritura (conf. art. 1004), que carecía de razón de ser. Es la actuación del notario, depositario de la fe pública, la que comunica a la escritura su carácter de auténtica. El contralor sobre el mismo actuario no proviene de los testigos, que en la práctica eran inexistentes, sino de los recaudos que escrupulosamente la ley adopta, y en especial de la intervención personal de los interesados, certificada por su firma. Según nuestra opinión, la presencia de testigos debe dejarse para la celebración de actos determinados, v. gr., testamentos, y en tal caso como “forma” del acto jurídico instrumentado y no del instrumento.

Debe hacerse notar que el Anteproyecto de 1954 (art. 268), separándose de los proyectos anteriores, prescindió de la presencia de testigos como requisito de las escrituras públicas. Con ello aceptó la evolución legislativa seguida en España, Francia e Italia, países de organización notarial similar a la nuestra, y lo propiciado por los Congresos nacionales de escribanos (IV Jornada Notarial Argentina, resolución 11, efectuada en Paraná el año 1947; VI Jornada Notarial Argentina, realizada en La Plata el año 1952).

1687 bis. TESTIGOS FACULTATIVOS.— El 14 de septiembre de 1961 el Congreso Nacional sancionó la ley 15.875, publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de ese año, que suprimió del art. 1001 del Código la exigencia referente a la presencia de testigos del acto, la que ahora es facultativa, a menos que ella sea requerida especialmente por la ley, v. gr., testamentos por acto público según lo dispuesto por el art. 3654 del Código.

Con ello la reforma legislativa ha venido a adoptar el criterio que auspiciamos en el Anteproyecto de 1954 y que defendimos en la primera edición de esta obra.

Si las partes optaron por la presencia de testigos “*el escribano deberá hacer constar en el cuerpo de la escritura, el nombre y residencia de los mismos*” (art. 1001, reformado, parte final).

1688. EXIGENCIAS ESPECIALES.— Los requisitos que pasamos a estudiar sólo se exigen en hipótesis particulares.

1689. MINUTAS.— Los mudos que no saben darse a entender por escrito no pueden otorgar escrituras públicas aunque no hayan sido todavía declarados incapaces. Si, en cambio, los sordomudos o mudos saben escribir pueden otorgar tales escrituras con tal que ellas se hagan “*conformidad a una minuta que den los interesados, firmada por ello y reconocida la firma ante el escribano, que dará fe del hecho. Esta minuta debe quedar también protocolizada*” (art. 1000, Cód. Civ.).

La confección de la minuta y su inserción en el protocolo no son requisitos esenciales (arg. art. 1004 "in fine"), pero su omisión compromete la responsabilidad profesional del escribano, que se hace pasible de una sanción disciplinaria.

1690. CANTIDADES.— Según el art. 1001, cláusula final, "*las cantidades que se entreguen en presencia del escribano*" deben ser "*designadas en letras y no en números*". De esta manera se dificulta la realización de ulteriores fraudes. Pero es de advertir que no se trata de la escritura de cualquier cantidad, sino de las que se refieren a cosas, incluso dinero, entregadas en presencia del escribano.

Como en el caso anterior, el incumplimiento de esta exigencia no da lugar a la nulidad de la escritura, si bien hace responsable al escribano.

1691. PROCURACIONES Y DOCUMENTOS HABILITANTES.— Si las partes actúan mediante representantes, éstos deben justificar su personería con los *documentos habilitantes*, que son aquellos donde consta el título invocado por el compareciente para obrar en nombre de otra persona. A este respecto el escribano debe ser muy escrupuloso, porque debiendo la escritura pública, para todos sus efectos, bastarse a sí misma, han de aparecer en ella las constancias que justifiquen acabadamente la personería invocada por el representante.

El art. 1003, primera parte, reformado por la ley 15.875, expresa que "*si los otorgantes fuesen representados por mandatarios o representantes legales, el notario expresará que se le han presentado los poderes y documentos habilitantes, que anexará a su protocolo. Si fuese menester la devolución de los mismos, o se tratare de poderes generales, hará constar la circunstancia y agregará copia autenticada al protocolo. En caso de que los poderes o documentos se hubieren otorgado en su oficina, o se hallaran protocolizados en su registro, expresará este antecedente indicando el folio y año respectivo*".

Dos son, pues, los casos posibles, según que el representante actúe por primera vez en tal carácter ante la escribanía del autorizante, o que haya actuado antes.

I) Si el representante actúa por primera vez ante el escribano, éste debe: 1º) exigirle la presentación del poder o documento habilitante; 2º) insertar el poder en el protocolo. No obstante, tratándose de poderes generales u otros, que el representante necesite usar ulteriormente, puede omitirse la inserción en el protocolo del documento habilitante, que será suplido por una copia auténtica.

II) Si el representante ya ha actuado con anterioridad ante la misma escribanía, el notario debe dar fe de que el documento habilitante está inserto en su protocolo transcripto en él e indicar el folio en que se encontrare.

Después de la ley 15.875 ya no es necesario transcribir en el cuerpo de la escritura el documento habilitante o su parte pertinente que justifique la personería del representante con relación al acto de que se trate. Tal reforma no parece conveniente pues las menciones de la escritura, con esa omisión, no serán suficiente para que ella se baste a sí misma. Por ello es aconsejable que los escribanos sigan haciendo constar en el cuerpo de la escritura la justificación de la personería de quienes obran en nombre de otros, para facilitar la función que cumple el instrumento en ese caso.

1692.— Aunque el texto legal nada dice al respecto, la doctrina entiende que no requieren justificar su personería mediante la presentación de documento alguno: 1º) los funcionarios cuyo carácter queda establecido por la publicación oficial de los actos de los cuales emana su investidura, v.gr., presidente de la república, gobernadores, ministros, jueces, interventores, intendentes, etc.; 2º) los padres para obrar a nombre de sus hijos menores, siempre que se trate de actos para los cuales no requieran autorización judicial, pues en caso contrario debe acompañarse testimonio de la resolución respectiva para que quede habilitada la personería. La exención ordinaria a favor de los padres, se justifica porque resultando la representación del estado de la propia persona, queda evidenciada la personería con la sola actuación del representante.

1693. SANCIÓN POR INOBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS LEGALES.— Las escrituras públicas pertenecen al género instrumento público, y por tanto son susceptibles de las sanciones que recaen sobre esta clase de documentos, ya por falta de capacidad en el escribano autorizante, ya por incompetencia material o territorial de este último.

1694.— En cuanto a la inobservancia de las prescripciones de la ley relativas a la “forma” del instrumento, las escrituras públicas están sujetas a un régimen particular. Si nos atuviéramos a los principios generales, cualquier falla de forma provocaría la nulidad del instrumento, pues estando mandada la realización de la escritura con tales y cuales detalles, está implícitamente prohibido redactarla de otra manera, cuya prohibición hace aplicable el art. 18 del Código Civil, que declara sin valor a los actos prohibidos por la ley si ella “*no designa otro efecto para el caso de contravención*”.

Con relación a las escrituras públicas, el principio se invierte: la falla de forma no determina la nulidad de la escritura, a menos que así haya sido

establecido por la ley. Es lo que expresa el art. 1004, segunda parte, al señalar que la inobservancia de otras formalidades, fuera de las indicadas allí, “*no anula las escrituras*”.

En esta materia, pues, la regla es que las fallas de forma no son causas de nulidad sino en los casos dispuestos por la ley. Pero si no se trata de un supuesto de nulidad, los escribanos “*pueden ser penados por sus omisiones con una multa que no pase de trescientos pesos*” (art. 1004, “*in fine*”).

1695.— Veamos cuáles son los casos excepcionales en que la falla de forma de la escritura trae aparejada la *nulidad* del instrumento:

1º) Cuando la escritura *no tuviese la designación del tiempo y lugar en que fuese hecha* (art. 1004, cláusula 1ª).

2º) Cuando faltase *el nombre de los otorgantes* (art. 1004, cláusula 2ª).

3º) Si se omitiese *la firma de las partes, o la firma a ruego de ellas cuando no saben* (supieran) *o no pueden* (pudieran) *escribir* (art. 1004, cláusulas 3ª y 4ª).

4º) Si se hubiese omitido *la presencia y firma de dos testigos en el acto cuando su presencia fuere requerida* (art. 1004, cláusula 5ª, según la reforma de la ley 15.875).

5º) Si la escritura no hubiera sido hecha en el protocolo del escribano (conf. art. 998), *o no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha* (art. 1005).

Cualquier otro defecto de la escritura no acarrea su nulidad, como si se hubiere otorgado en un papel sin rubricar, que configura un supuesto típico de responsabilidad del autorizante, que no puede redundar en perjuicio de las partes ⁹⁵.

1696.— No hemos consignado en la enunciación anterior, ni lo hace el codificador, el caso en que falle *la firma del autorizante*. Es que ése no es un supuesto de nulidad, pues si falta ese elemento característico del instrumento público el documento carece de oficial público autorizante, y por tanto no es instrumento público. Ese no ser tiene su denominación jurídica adecuada: es una escritura pública “*inexistente*”, pues aun cuando el documento aparenta ser una escritura pública, no lo es por faltarle la sustancia de instrumento público, consistente en la autorización

⁹⁵ Comp. Cám. Civ. 2º Cap., “L.L.”, t. 48, p. 708; juez notarial de Bs. As., “L.L.”, t. 39, p. 71.

La ley 15.875 eliminó del art. 1004 del Código Civil el supuesto de nulidad por omisión de las procuraciones y documentos habilitantes.

del oficial público. Esta consideración explica que no figure el caso entre los supuestos de nulidad de las escrituras previstos por el codificador.

1697. ESCRITURAS MATRICES: PARTES QUE LAS CONSTITUYEN.— Las escrituras matrices son las escrituras originales extendidas en el protocolo del escribano. Con esta denominación se distingue a la escritura de sus copias o testimonios.

Las partes que integran la escritura son tres, el encabezamiento, el cuerpo y el pie de la escritura.

El *encabezamiento* inicia la escritura y contiene las circunstancias de tiempo y lugar de celebración del acto, la comparecencia de las partes, los datos personales de éstas, la fe de conocimiento de ellas por parte del escribano, o en su defecto la declaración de dos testigos de conocimiento que justifican la identidad de la parte a quien el escribano no conoce.

El cuerpo de la escritura contiene las declaraciones de voluntad de las partes y también la relación de antecedentes que ellas quieran efectuar. Es la parte medular de la escritura.

El pie de la escritura es la constancia del cierre del acto con la indicación de la lectura final, ratificación y firma de las partes, de todo lo cual da fe el escribano, bajo la aseveración de su propia firma. Esto último —la firma del escribano— es el elemento característico de la escritura, es decir, lo que la constituye en escritura pública.

1698. COPIAS Y SEGUNDAS COPIAS.— En el lenguaje del oficio se habla, con no mucha propiedad, de primeras y segundas copias de las escrituras. La *primera copia* es la que el escribano está obligado a dar “a las partes que lo pidiesen” (art. 1006, Cód. Civ.). La expedición de la copia debe hacer constar la fecha, la persona para quien se expide, indicar el registro y el número de la escritura, y si se trata de primero o segundo testimonio, todo ello aseverado con la firma y sello del autorizante. Pueden los testimonios ser hechos en formularios impresos, o en copias fotográficas, con tal que la autorización sea auténtica ⁹⁶.

Las “segundas copias” son todas las que siguen a la primera. En principio, no hay impedimento para que el escribano las otorgue, con los mismos requisitos señalados. Así lo autoriza el art. 1007, cuya primera parte expresa: “*siempre que se pidieran otras copias por haberse perdido la primera, el escribano deberá darlas...*”. La excepción a esta regla surge cuando la escritura contiene obligaciones de dar o de hacer, en cuyo caso la “segunda copia no podrá darse sin autorización expresa del juez” (art. 1007), “previa citación de los que han participado en la es-

⁹⁶ Cámaras Civiles en pleno, 9 de abril de 1937, “L.L.”, t. 6, p. 531; acordada del Tribunal de Superintendencia de la Capital, del 31 de marzo de 1952.

critura, los cuales pueden comparar la exactitud de la copia con la matriz. Si se hallasen ausentes, el juez puede nombrar un oficial público que se halle presente al sacarse la copia” (art. 1008).

El valor probatorio de las copias primeras y segundas es completo e idéntico al de la escritura matriz. Así lo establece el art. 1010: *“La copia de las escrituras de que hablan los artículos anteriores hace plena fe como la escritura matriz”*. Pero *“si hubiera alguna variación entre la copia y la escritura matriz, se estará a lo que ésta contenga” (art. 1009).*

Finalmente, puede ocurrir, en un supuesto improbable, que se perdiese el libro del protocolo o se destruyese la escritura matriz. En tal caso, si *“se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existía, o que se ponga en el registro para servir de original el juez puede ordenarla con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese rasada ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente” (art. 1011).*

1699. PROTOCOLIZACIÓN.— La protocolización de documentos consiste en la incorporación de éstos al protocolo de un escribano y otorgamiento del acta respectiva, que se denomina escritura de protocolización⁹⁷.

Según el art. 1003, última parte, agregada por la ley 11.846, y mantenida por la ley 15.875, *“la protocolización de documentos exigida por ley, se hará por resolución judicial previa. El documento a protocolizarse será entregado al escribano público que haya de cumplir la diligencia para que lo agregue a su protocolo, mediante un acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado. El escribano público que haya efectuado la protocolización dará a los interesados los testimonios que se le pidieren”*.

La protocolización puede referirse a instrumentos privados y públicos.

1700.— Con relación a los *instrumentos privados, la protocolización presenta varias ventajas*. En primer lugar, como el documento original queda incorporado al protocolo de un escribano, puede descartarse la posibilidad de un extravío. En segundo lugar, los interesados pueden obtener testimonios de la escritura de protocolización, y valerse de ellos como medios de prueba, dejando a buen resguardo el documento original. Por último, el efecto más importante se refiere al carácter del instrumento que se convierte en público *“desde el día en que el juez ordenó la protocolización” (art. 984 “in fine”)*.

La protocolización de instrumento privado no se confunde con la adquisición de fecha cierta, pues en este caso el escribano puede limitarse a reconocer la existencia del documento, juntamente con dos testigos, sin necesidad de otorgar

⁹⁷ Conf. Cám. Civ. en pleno, 18 de noviembre de 1925, “Gac. del Foro”, t. 59, p. 205.

una escritura de reconocimiento del documento identificado (véase *supra*, n° 1618). Si el instrumento adquiere con ello fecha cierta, no se transforma en instrumento público ⁹⁸.

Aun cuando la ley no lo exige expresamente, es indudable que el juez no puede disponer la protocolización de instrumentos privados sin previo reconocimiento de las firmas que los suscriben o comprobación de su autenticidad.

1701.— También procede la protocolización de *instrumentos públicos*. Si bien éstos no mejoran así su eficacia probatoria, como en el caso anterior, subsiste la ventaja de la seguridad tratándose de instrumentos que no quedan registrados, y asimismo la posibilidad de obtener sucesivas copias de la escritura de protocolización.

Entre otros casos, procede la protocolización de instrumentos públicos: 1°) cuando han sido otorgados en el extranjero y constituyen el título de derechos reales sobre bienes raíces existentes en el país (conf. art. 1211); 2°) cuando se trata de escrituras otorgadas fuera de la Capital Federal o Territorios nacionales, o testimonios de testamentos, declaratorias de herederos, e hijuelas, expedidos por tribunales provinciales (art. 88, texto ordenado, ley 11.290).

1702. ESCRIBANOS PÚBLICOS. LEY 12.990. ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO.— Los escribanos de registro son funcionarios públicos instituidos para recibir y redactar, conforme a las leyes, los actos y contratos que les fueran encomendados y para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante ellos se desarrollaren, formularen o expusieren, cuando fuera requerida su intervención (art. 10, ley 12.990).

La reglamentación de las funciones de los escribanos, como funcionarios públicos que son, es del resorte de los gobiernos provinciales o nacionales según sea la jurisdicción territorial correspondiente.

En la Capital Federal y Territorios nacionales la *organización del notariado* se ha efectuado mediante la sanción de la ley 12.990 y sus posteriores modificaciones (leyes 14.054 y 16.594, decretos-leyes 12.599/56, 9706/56 y 12.454/57; leyes 21.212 y 22.171; decretos 2284/91 y 7/92; resolución M.J. 1104/91 y 62/95), cuyas disposiciones se refieren a las condiciones de idoneidad para el ejercicio del notariado (arts. 1° y 2°), a las inhabilitaciones (art. 4°) e incompatibilidades (art. 7°) para el desempeño del cargo, a la designación de escribanos (arts. 19 y 65), a los derechos y obligaciones de los escribanos (arts. 16, 11 y 14), a su responsabilidad civil (art. 13), administrativa (art. 29), penal (art. 31) y profesional (art. 32). El gobierno

⁹⁸ Para que el instrumento privado se convierta en público mediante su protocolización, se requiere que ésta sea ordenada por juez competente. Cuando se hace a pedido de una sola de las partes, no tiene otro efecto que la atribución de fecha cierta: Cám. Civ. 1ª Cap., "J.A.", 1950-IV, p. 9.

y disciplina del notariado se ejerce por el Tribunal de Superintendencia y el Colegio de Escribanos (art. 35).

Nos referiremos sucintamente a estos diversos puntos.

1703.— Las *condiciones de idoneidad* para el ejercicio del notariado son: 1) ser argentino, nativo o naturalizado con diez años de naturalización; 2) mayoría de edad; 3) título de escribano expedido por Universidad nacional o provincial o privada, debidamente habilitado en el caso de estos dos últimos, con tal de que su otorgamiento requiera estudios completos de la enseñanza media previos a los de carácter universitario, los que deberán abarcar la totalidad de las materias y disciplinas análogas a las que se cursen para la carrera de abogacía (ley 22.171); 4) dos años de práctica notarial; 5) ser de conducta, antecedentes y moralidad intachables; 6) estar inscripto en la matrícula profesional.

Estos requisitos deben justificarse mediante información sumaria ante el juez civil en turno de la Capital Federal o juez letrado de Territorios nacionales, cuya resolución será apelada ante el Tribunal de Superintendencia.

1704.— Son *inhábiles* para ejercer funciones notariales: 1) los ciegos, los sordos, los mudos y quienes adolezcan de defectos físicos y mentales que les inhabiliten para el ejercicio profesional; 2) los incapaces; 3) los encausados sujetos a prisión preventiva salvo por hechos involuntarios o culposos; 4) los condenados por delitos de acción pública o contravención a las leyes nacionales de carácter penal, con igual salvedad; 5) los fallidos y concursados no rehabilitados; 6) los descalificados, por inconducta o graves motivos de orden personal o profesional; 7) los escribanos suspendidos.

El ejercicio del notariado es incompatible: 1) con todo cargo o empleo público o privado, judicial, militar o eclesiástico; 2) con el ejercicio del comercio o profesión liberal; 3) con la situación de jubilado. Pero se exceptúa de estas incompatibilidades, los cargos o empleos que impliquen el ejercicio de una función notarial, los que sean de carácter electivo, los de índole literaria o científica, los cargos de directores o síndicos de sociedades anónimas, y los que tengan fines de enseñanza pública.

1705.— Los escribanos eran *designados* por el Poder Ejecutivo, previo concurso de oposición y presentación de tema por el Colegio de Escribanos (arts. 17 y 19 de la ley). Sin embargo, hasta cubrir el número de quinientos registros, el Poder Ejecutivo podía efectuar directamente la designación.

Los escribanos adscriptos eran nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta del titular, previo informe del Colegio de Escribanos sobre los antecedentes de moralidad personal y profesional del aspirante (art. 21 de la ley 12.990 reformado por la ley 14.054).

1705 bis.— El decreto 2284 del 31 de octubre de 1991, en su art. 12 deroga las restricciones cuantitativas establecidas por la ley 12.990, dejando sin efecto el número máximo de registros notariales existentes en la Capital Federal.

La resolución M.J. 1104/91, en su art. 1° dispone que en el ámbito de la ley 12.990, toda persona con título habilitante para el ejercicio del notariado puede obtener del Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia, el otorgamiento de la titularidad de un registro notarial, previa aprobación de una evaluación de idoneidad reglamentada en los artículos siguientes, habiendo sido actualmente sustituidos los arts. 2°, 3°, 5° y 6° de esa reglamentación por la resolución M.J. 62/95 del 31 de enero de 1995.

Asimismo, el decreto 7/92 delega en el ministro de Justicia la facultad de disponer la creación y cancelación de los registros notariales, en el marco del art. 17 de la ley 12.990, debiendo ejercerla conforme a la reglamentación de la resolución 1104.

En cuanto al nombramiento de los escribanos adscriptos, la resolución 1104, dispone en su art. 9° que para su designación deberá seguirse el procedimiento establecido en ella, pudiendo seleccionarse dentro de los que hayan obtenido cinco o más puntos en cada una de las pruebas de evaluación.

1706.— Los escribanos tienen los siguientes *derechos*: 1) a la *estabilidad*, no pudiendo ser separados de su cargo mientras dure su buena conducta (art. 16); 2) a la *remuneración* de sus actuaciones conforme al arancel vigente; 3) el *sufragio* activo y pasivo en la constitución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos (art. 50, incs. *b* y *c*, reformado por la ley 22.171).

Están sujetos a los siguientes *deberes*: 1) conservación y custodia de los actos y contratos que autoricen y protocolos respectivos; 2) expedición de testimonios, certificados y extractos de las escrituras; 3) mantenimiento del secreto profesional; 4) concurrencia asidua a la oficina; 5) aportar a un fondo de garantía que responderá por las obligaciones de los escribanos en forma subsidiaria y después de haberse hecho exclusión de los bienes del deudor principal (art. 15, reformado por la ley 22.171).

1707.— Los escribanos son pasibles de *responsabilidades* de diversa índole: 1) responden *civilmente* por los daños y perjuicios ocasionados a los terceros por el incumplimiento de sus obligaciones (arts. 12 y 30 de la ley); 2) responden *administrativamente* por el incumplimiento de las leyes fiscales (art. 29); 3) responden *penalmente* por la comisión de delitos criminales (art. 31); 4) responden *profesionalmente* por violación del reglamento notarial y de la ética profesional (art. 32 de la ley).

1708.— El *gobierno y disciplina* del notariado corresponde al Tribunal de Superintendencia y al Colegio de Escribanos (art. 34 de la ley).

El *Tribunal de Superintendencia* es el organismo superior de dirección y vigilancia sobre los escribanos, en general, Colegio de Escribanos, archivos y cuanto se relacione con el notariado (art. 37). Está constituido en la Capital por el presidente de la Cámara Civil y dos vocales designados por el tribunal; en los Territorios nacionales por el juez letrado y el secretario más antiguo.

Conoce en *única* instancia, de los sumarios incoados por el Colegio de Escribanos por faltas profesionales cuya pena mínima sea de suspensión por más de un mes.

Conoce en grado de *apelación*, de todas las resoluciones del Colegio y especialmente de las condenas que éste hubiere impuesto.

El *Colegio de Escribanos* es el organismo de dirección y vigilancia inmediata de los escribanos. En tal carácter: 1) vigila el cumplimiento de la ley; 2) inspecciona los registros y oficinas; 3) vela por el decoro profesional; 4) propone al Poder Ejecutivo el reglamento notarial; 5) lleva y depura la matrícula y el registro profesional; 6) instruye sumarios de oficio o por denuncia; 7) ejerce la representación gremial de los escribanos; 8) aplica penas en primera instancia, de prevención, apercibimiento, multas y suspensión hasta un mes.

1709.— Las *sanciones disciplinarias* de que son pasibles los escribanos, son las siguientes: apercibimiento; multa; suspensión desde tres días hasta un año; suspensión por tiempo indeterminado; privación del ejercicio de la profesión; destitución del cargo (art. 52).

El escribano suspendido por tiempo indeterminado no podrá ser reintegrado a la profesión en un plazo menor de cinco años desde la fecha en que se pronunció el fallo (art. 57 de la ley 12.990).

CAPÍTULO XV

VICIOS DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS

§ 1. Vicios de los actos voluntarios. Teoría de los vicios del consentimiento; su crítica.

1710. VICIOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS.— Se denominan vicios de los actos jurídicos a ciertos *defectos* congénitos de ellos, susceptibles de producir la invalidez de los actos que los padecen.

Para Freitas los vicios de los actos jurídicos son *sustanciales* o *de forma*. Habrá vicio sustancial en los actos jurídicos cuando sus agentes no los hayan practicado con intención o libertad, o cuando no los hayan celebrado de buena fe (*Esbozo*, art. 504). Los vicios consistentes en la falta de intención, son la ignorancia o error y el dolo; el que incide en la falta de libertad, la violencia; los que radican en la falta de buena fe, la simulación y el fraude (*Esbozo*, art. 505).

Los vicios *de forma* provienen de la inobservancia de las formalidades exigidas por la ley respecto de ciertos actos jurídicos. Como son sumamente variados no se prestan para una sistematización unitaria: he ahí la razón por la cual la teoría de los vicios de los actos jurídicos deja de lado a los vicios de forma, y sólo se refiere a los que Freitas denomina vicios sustanciales.

1711.— Entre estos últimos, hay dos grupos diferenciados. El primer grupo comprende los vicios que la doctrina moderna denomina de la voluntad ¹, porque inciden en algún elemento de ella: tales son el error o ignorancia, el dolo y la vio-

¹ Planiol, *Traité élémentaire*, n° 274, “in fine”; Aguiar, H., *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., 1950, t. I, núms. 46 y ss., ps. 128 y ss.; Demogue, R., *Traité des obligations*, t. I, núms. 216 a 217 bis.

lencia. El segundo grupo abarca los defectos de buena fe que pudieran presentar los actos jurídicos: ellos son la simulación y el fraude.

Mientras los vicios de la voluntad por su propia índole afectan a todos los hechos voluntarios, los vicios de la buena fe sólo pueden concurrir en los actos jurídicos, razón por la cual se ha denominado a estos últimos vicios propios de los actos jurídicos ².

Ambos grupos de vicios son legislados por nuestro Código Civil, en lugares diferentes. Los vicios de la voluntad están considerados en la Sección 2ª del Libro Segundo, título I, “De los hechos” capítulos I, II y III. Los vicios propios de los actos jurídicos, son tratados en la misma sección, título II, “De los actos jurídicos”, capítulos I y II.

1711 bis. DEFECTOS VARIOS DEL ACTO JURÍDICO: FALTA DE REQUISITOS.— Observa López Olaciregui que no se identifica el *defecto* con el *vicio* de la voluntad jurídica, pues hay entre esos conceptos la distinción del género y la especie. Recogiendo esa idea puede hablarse de defecto propiamente dicho que no se confunde con el vicio.

Hay defecto en el *sujeto* cuando éste obra sin discernimiento (*supra*, núms. 1638 y ss.) o sin capacidad (*supra*, núms. 558 y ss.). Cuando falla el discernimiento del sujeto el acto jurídico obrado es *anulable* (*infra*, n° 1945 y ss.); si falta la *capacidad de derecho* el acto es nulo (*infra*, n° 1930) aunque puede ser *anulable* (*infra*, n° 1950).

Hay defecto en el *objeto* cuando éste es *ilegítimo* o prohibido por la ley (*supra*, núms. 1455 y ss.), siendo entonces, el acto nulo (*infra*, núms. 1932 y ss.) o *anulable* (*infra*, n° 1955).

Hay defecto en la *causa del acto* cuando incide en la ausencia de intención o ésta persigue un fin ilícito (véase *supra*, n° 1480).

Hay defecto en la forma cuando la exteriorización de la voluntad no se ajusta al modo establecido por la ley para admitir la validez del acto, siendo éste nulo (*infra*, núms. 1939 y ss.) o *anulable* (*infra*, n° 1957).

1712. TEORÍA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: SU CRÍTICA.— Tradicionalmente, los vicios de la voluntad han sido considerados como propios de los contratos a cuyo respecto se había elaborado la sistematización de los vicios del consentimiento. Si para formar el contrato se requería el consentimiento de las partes, es decir, el sentimiento común (de *cum sentire*) que lleva a cada una de las partes a adherir al sentimiento de la otra, se entendía que quedaba roto ese consentimiento cuando la voluntad de alguno de los contratantes se había formado mediando error, dolo o violencia. Sin duda el contrato como acto voluntario que es, requiere en las partes una

² Etcheverry Boneo, R., t. III, n° 303, p. 265.

voluntad sanamente elaborada, de tal manera que si ella está herida o resentida en alguno de sus elementos —discernimiento, intención o libertad— no puede considerarse que el consentimiento ha sido válidamente formado.

A esta concepción clásica pueden hacerse varias observaciones.

1713.— Por lo pronto, se le puede reprochar que en el desarrollo de sus deducciones se ha quedado a mitad del camino. En efecto, cuando se afirma del consentimiento en los contratos, vale también para toda clase de actos jurídicos, ya que también el otorgamiento de un testamento, o el reconocimiento de una filiación, por ejemplo, pueden hacerse por error, dolo o violencia. Esto nos demuestra lo limitado de la tesis que refiere a los contratos, y dentro de éstos al consentimiento, lo que en verdad se aplica a toda clase de actos voluntarios, puesto que está en juego la misma voluntad del agente.

De esta crítica se ha salvado el codificador, que siguiendo los pasos de Freitas, elaboró una teoría general de los vicios de la voluntad, desprendida de los contratos. Es así como dispuso en el art. 922, *“los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaren por fuerza o intimidación”*, y agregó en el antiguo art. 954: *“es nulo el acto practicado con los vicios de error, de dolo, de simulación o fraude”*, aclarando luego en el art. 1045 que tales actos no son nulos sino anulables. Ésta, que es la calificación apropiada, es la expresada por el art. 954, primera parte, en la redacción que le ha dado la ley 17.711: *“Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación”*.

1714.— Otra deficiencia que exhibe la teoría llamada de los vicios del consentimiento, y de la que no se ha librado en su más amplia comprensión de vicios de la voluntad, es su escaso rigor científico. Ella peca por defecto y por exceso. *Por defecto*, por no incluir dentro de su sistema sino algunos de los vicios de la voluntad, pero no todos. En efecto, tradicionalmente la teoría de los vicios sólo incluye el error o ignorancia, el dolo y la violencia, que afectan la intención o la libertad del agente, dejando de lado los supuestos en que se ve afectado su discernimiento.

Podría pensarse que la distinción se funda en que la falla de discernimiento provocaría la ausencia de voluntad —y, por tanto, la inexistencia del acto—, mientras que la falla de la intención o de la libertad no eliminaría la existencia de la voluntad que sólo estaría viciada. No nos parece exacta la afirmación, pues aun una voluntad enferma (caso de los insanos) o una voluntad de desarrollo incipiente (caso de los niños), suministra una dosis, si bien mínima, del elemento voluntario que el acto requiere para su formación. Pero diferenciándose una parte, por pequeña que sea, sólo cuantitativamente del todo, debe concederse que el acto en el que concurre ese mínimo de voluntad, es un acto humano real y no inexistente. De ahí que los actos obrados por menores impúberes, o por insanos, declarados o no incapaces, puedan ser convalidados después de cesada la causa de nulidad: la con-

firmación opera sobre la base de un acto mínimamente voluntario, pero voluntario al fin.

Por otra parte, decimos que la teoría peca por *exceso*, por incluir en su sistema, indiscriminadamente, situaciones que son de diversa índole. Es lo que ocurre con los casos de error sobre la naturaleza del acto y sobre la identidad del objeto, en los cuales se da no un mero vicio de la voluntad sino una falta de ella y, por consiguiente, la inexistencia del acto jurídico obrado en apariencia. Es que, como ha sido bien advertido, en tales supuestos de *erreur obstacle*, según la denominación usada por los autores franceses, se produce un desencuentro de las voluntades de la partes: si *A* entendió efectuar una venta y *B* creía recibir una donación, no hay venta ni donación, sencillamente por no haber acto jurídico ante la ausencia de ese consentimiento indispensable para la formación del contrato. Igualmente si *A* entendió vender su campo de Córdoba y *B* comprar el campo de Santa Fe, no hay compraventa de un campo ni de otro por no haber coincidido la voluntad de las partes con relación al objeto del acto. Los hechos materiales obrados en consecuencia de tal convenio, corresponden a un acto jurídico inexistente por carencia de voluntad común de las partes. No obstante lo cual, la teoría comentada incluye ambos supuestos de inexistencia de acto jurídico, como casos de voluntad existente aunque viciada ³.

1715. OPINIÓN CRÍTICA DE BORDA. — Por su parte Borda ha formulado acertada crítica a la teoría de los vicios del consentimiento. Ese autor tacha de falsa a la concepción clásica que exige la concurrencia del discernimiento, la intención y la libertad para reputar voluntarios a los actos obrados por el agente. Sostiene que “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 sólo es frecuente, sino casi inevitable. Si éstos fueran causa de nulidad, prácticamente todas las transacciones humanas estarían sujetas a tal sanción” ⁴.

Nos parece que en estas reflexiones de tan distinguido jurista apunta un exagerado pesimismo acerca de las posibilidades humanas. Parece en ellas deslizarse una concepción determinista negatoria de la libertad de obrar del hombre, y un escepticismo sobre el entendimiento como facultad idónea para discernir la conveniencia del agente. Ciertamente que el hombre no tiene libertad absoluta para obrar en cualquier sentido que él decida, pues sus propósitos internos se ven condicio-

³ Coinciden en considerar a los casos de error sobre la naturaleza del acto y de error sobre la identidad del objeto, como actos jurídicos inexistentes, Borda, G. A., t. II, n° 1261, p. 368, letra a; Planiol, M., *Traité élémentaire*, t. I, n° 273, 2°, ps. 106-107; Pothier, t. II, n° 17, p. 13; Larombière, I, art. 1110, n° 2, p. 43; Giorgi, *Obligaciones*, t. III, núms. 242 a 257 y t. IV, n° 4, p. 65; Baudry-Lacantinerie et Barde, n° 52, nota I, p. 30; Aubry y Rau, t. IV, § 343, texto notas 8 y 9, ps. 291-292.

⁴ Borda, G. A., t. II, n° 1127, p. 268.

nados por las circunstancias exteriores, pero con todo hay un *prius*, hay un factor principal en la actividad humana, que reside en la persona del sujeto que obra, en los impulsos del alma. Esa situación ordinaria se ve alterada, cuando se priva de espontaneidad al agente mediante el imperio de una voluntad extraña determinada —vicio de violencia— o cuando las circunstancias exteriores son objetivamente tan apremiantes que el sujeto no puede sobreponerse a ellas —estado de necesidad—. Pero salvo esas situaciones excepcionales, no puede dejarse de reconocer la libertad relativa del sujeto para obrar, lo cual constituye el presupuesto de la teoría de la responsabilidad.

En términos parecidos se plantea la cuestión referente a la falibilidad humana. Si bien es cierto que *errare humanum est*, no lo es menos que el hombre está dotado de un instrumento adecuado como es la inteligencia para conocer las cosas y estimarlas en función de su subjetiva utilidad. Admitir lo contrario sería caer en un pesimismo trascendental que dejaría al ser humano en la condición infranatural de no poder superar las contingencias de la vida.

Pero si no concordamos con estos puntos de vista extremos de Borda, estamos de acuerdo en que ciertos aspectos de la concepción clásica de la voluntad, especialmente tal como está desenvuelta por el codificador, son equivocados: tales los arts. 921 y 922 que reputan practicados sin discernimiento, sin intención o sin libertad a los hechos allí previstos, con las consecuencias de que en razón de ello se consideran involuntarios (conf. art. 897). Lo cierto, en cambio, es que sólo revisten ese carácter para eximir de responsabilidad al agente pero no para impedir que el acto sea apto como fuente de derechos a favor suyo. Según creemos, salvo los recordados casos de error-obstáculo antes señalados, no hay en esos hechos ausencia de voluntad, sino voluntad anormal o disminuida por un discernimiento insuficiente, una intención desfigurada, o una libertad coartada en una medida inaceptable. No son actos inexistentes (véase *infra*, n° 1909) sino actos reales y efectivos, a los cuales la ley aplica la sanción de nulidad para proteger al agente —nulidad relativa— siempre que la insuficiencia de discernimiento, la falla de la intención o el cercenamiento de la libertad revistan los caracteres que la misma ley indica: baja edad, enajenación mental, privación temporaria del uso de razón (conf. art. 921), hechos efectuados por error esencial excusable (arts. 922, 924 a 927 y 929), o provocados por dolo principal (art. 932), u obtenidos por el empleo de amenazas injustas que inspiren el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave (art. 937).

1715 bis. EL VICIO DE LESIÓN SUBJETIVA: REMISIÓN.— Hemos tratado este tema *supra*, n° 1475 bis, adonde remitimos al lector.

§ 2. Ignorancia y error. La teoría del error: a) error de hecho: error esencial y accidental. Error sobre la naturaleza, el objeto, la causa, la sustancia, las personas; b) error de derecho. Tendencias modernas *.

1716. NOCIÓN.— El *error* es el falso conocimiento que se tiene de una cosa, mientras que la *ignorancia* es la ausencia de conocimiento acerca de algo. Si en teoría la dualidad de ambos conceptos es aceptable, en la práctica la ignorancia se resume en un error, ya que tratándose de los elementos del acto, o de las circunstancias de su realización, o del régimen legal que le es aplicable, nadie por ignorante que sea puede dejar de tener alguna idea al respecto, aun cuando ella resulte enteramente disconforme con la realidad. Esto explica que la ley trate unitariamente el error o ignorancia, como vicios de la voluntad que producen idénticas consecuencias jurídicas. También los romanos trataban la materia bajo un título único: *De juris et facti ignorantia*.

1717. ESPECIES DE ERROR.— El error o ignorancia puede recaer sobre algún elemento de hecho relativo al acto o las circunstancias en que se realice, o bien puede versar sobre el régimen legal aplicable al acto o relación jurídica de que se trate. El primero es un *error de hecho*, el segundo un *error de derecho*. Trataremos de ellos separadamente y en el orden indicado.

I.— ERROR DE HECHO

1718. DIVERSAS CLASES DE ERROR DE HECHO.— Enseña Planiol ⁵ que, según su gravedad el error puede ser de tres clases: 1º) El error que él llama “radical” y que otros autores denominan “error-obstáculo” (*erreur-obstacle*), o como Giorgi, error obstativo, o como Savigny, error impropio. Estos errores no vician la voluntad sino que la destruyen enteramente, puesto que impiden la formación del acto: son los que recaen sobre la naturaleza del acto efectuado (*error in negotio*) o sobre la identidad del objeto

* BIBLIOGRAFÍA. Borda, G. A., *Error de hecho y de derecho*, 2ª ed., Bs. As., 1950; Célice, R., *El error en los contratos*, trad. esp. Madrid; De Gásperi, L., *Tratado de obligaciones*, t. I, §§ 531 y ss., ps. 503 a 543; Vareilles Sommieres, L. de, *Etude sur l'erreur*, París, 1871; Rivière, C., *Des vices du consentement en droit anglais*, París, 1922; Coelho de Oliveira, B., *La doctrina del error en el derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1937; Trabucchi, A., *Errore*, en “Nuovo Digesto Italiano”, t. 5, ps. 482 y ss.; Von Thur, A., *La teoría general del derecho civil alemán*, Bs. As., 1946, t. II², ps. 254-291.

⁵ Planiol, M., *Traité élémentaire*, n° 279, p. 108.

(*error in corpore*). En ambos casos, como ya se ha visto (véase *supra*, nº 1714), el acto obrado resulta un acto jurídico inexistente por el *desencuentro ocurrido entre las voluntades intervinientes*. 2º) Los errores esenciales tienen una gravedad media. Si no impide la formación del acto, dan lugar a la sanción de nulidad, a instancia de la parte cuya voluntad está viciada por el error padecido: son los errores que versan sobre la persona con quien se celebra el acto (*error in personam*), o sobre la cualidad sustancial de la cosa (*error in substantia*). Entonces, el acto viciado, es *anulable*, y de *nulidad relativa*. 3º) Los errores ligeros, también llamados accidentales, dejan el acto intacto y válido: son los que versan sobre las cualidades accidentales de la cosa, sobre su valor, sobre los motivos individuales del acto, etc.

1719. CLASIFICACIÓN DEL CÓDICO: ERROR ESENCIAL Y ACCIDENTAL.— El codificador, no obstante conocer la obra de Savigny y su distinción del error “impropio” (o destructivo de la voluntad) y “propio” (o vicio de la voluntad, error-nulidad), con “un desdén por la buena doctrina que no hay manera de justificar”, como dice De Gásperi⁶, simplificó la clasificación precedente, refundiendo en una sola categoría que denomina error esencial (conf. art. 925), los errores “radicales” de la terminología de Planiol, que son excluyentes de la voluntad, y los “errores esenciales” de la doctrina francesa, que constituyen vicios de la voluntad. Por lo demás, el codificador no proporciona un criterio conceptual de lo que ha de entenderse por “error esencial”, sino que adopta un criterio enunciativo indicando los diversos casos que corresponden a este tipo. Tales son: 1º) error sobre la naturaleza del acto (art. 924); 2º) error sobre la persona (art. 925); 3º) error sobre el objeto del acto (art. 927); 4º) error sobre la cualidad sustancial de la cosa (art. 926); 5º) error sobre la causa principal del acto (art. 926).

Al error esencial opone el codificador “el error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa, o sobre algún accesorio de ella” (art. 928), que no invalida el acto. Es el conocido error accidental de la terminología habitual de los autores.

Por nuestra parte nos atendremos, en el desarrollo del tema, a un criterio más científico, que cuenta con el respaldo de la generalidad de la doctrina francesa. Así nos ocuparemos: A) del *error excluyente de la voluntad*; B) del *error esencial* que constituyendo un vicio de la voluntad, da lugar a un acto anulable; C) del *error accidental*, que no configura un vicio de la voluntad y, por tanto, no ejerce influencia alguna sobre la validez del acto jurídico celebrado.

1720. A) ERROR EXCLUYENTE DE LA VOLUNTAD.— Como antes se ha visto, el error “impropio” de la terminología de Savigny, u obstativo de la

⁶ De Gásperi, *Obligaciones*, t. I, § 543, p. 517.

voluntad, es el que recae sobre la *naturaleza* del acto jurídico cumplido o sobre la *identidad del objeto*.

A esos casos se refieren los arts. 924 y 927 del Código, el primero para decir que se anula todo lo contenido en el acto, y el segundo, para señalar igual consecuencia si se contrata con respecto a “una cosa individualmente diversa de aquella sobre la cual se quería contratar, sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho”.

Esta sanción de nulidad establecida en los arts. 924 y 927 es *superflua* y *engañosa*.

Superflua, porque aun cuando la ley nada dijera en tales casos, no por ello el acto podría tener valor^{6 bis}. Bastaría demostrar que A entendió vender y que B creía recibir la cosa en donación, para concluir que no ha habido venta ni donación: hay “disentimiento”, pero falta el indispensable “consentimiento” de las partes para que exista el contrato. Igualmente ocurre cuando se contrata sobre cosas diferentes: si A entiende vender su campo en Córdoba y B cree comprar el de Santa Fe, no hay venta ni de uno ni de otro: los actos materiales efectuados corresponden a un acto jurídico inexistente.

Y decimos también que la sanción es *engañosa* por cuanto la nulidad tiene su régimen legal especial que determina quién es el titular de ella, si prescribe la acción y en qué tiempo, qué consecuencias produce la declaración de nulidad o el pronunciamiento de la anulación, si han de subsistir los derechos transmitidos a terceros en base al acto inválido, etc. Todo lo cual no tiene aplicación tratándose de actos jurídicos inexistentes, que son aniquilados de un modo mucho más terminante por su propia falta de existencia natural.

En suma, siendo la nulidad y la inexistencia categorías incompatibles (véase *infra*, núms. 1909 y ss.), no procede establecer la nulidad de un acto inexistente, cuya misma inexistencia ahorra el funcionamiento de la sanción legal. Concluimos entonces que la sanción prevista en los arts. 924 y 927 del Código resulta enteramente estéril y vacía de fuerza destructora.

1721. B) ERROR ESENCIAL *.— Existe error esencial que vicia la voluntad de quien lo padece y, por ende, da lugar a la anulación del acto, si el

^{6 bis} Supóngase que presentado un acto material de este tipo, alguna de las partes dejare dormir la situación para pedir la ejecución del acto luego de operada la prescripción bienal del art. 430 del Código Civil: el demandado podría defenderse alegando la inexistencia jurídica del contrato por falta de consentimiento.

* BIBLIOGRAFÍA: Bustamante Alsina, J. H., *La esencialidad del error como presupuesto de nulidad*, en “L.L.”, t. 95, p. 751.

error incide en la persona de la contraparte, o en la cualidad sustancial de la cosa que constituye el objeto del acto. Son los dos supuestos a que se refiere el art. 1110 del Código Napoleón. En cuanto a la “causa principal del acto”, mentada en nuestro art. 926, no configura un nuevo caso de error, sino que, como luego se ha de ver, es una frase explicativa destinada a caracterizar la cualidad sustancial de la cosa que se ha tenido en mira, entendiéndose tal la que ha determinado a la parte para contratar, esto es, la que ha actuado como “causa principal del acto” o móvil decisivo.

1722. ERROR SOBRE LA PERSONA.— El art. 925 del Código establece que *“es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho”*.

En la comprensión del precepto, cuadra examinar su alcance y qué es lo relativo a la persona que puede ser materia del error.

1723.— En cuanto al *primer punto* se han sostenido opiniones diferentes.

En un primer sentido, estima Llerena que la redacción del artículo es general y sin distinción de casos, por lo que habría que entender que toda equivocación sobre la otra parte da lugar a la anulación del contrato. Para este autor, el codificador se ha apartado de la orientación del Código francés, cuyo art. 1110 dispone que el error sobre la persona no es una causa de nulidad sino cuando la consideración de ella ha sido la causa principal de la convención.

Una segunda opinión ha sido emitida por Machado y Lafaille, para quienes nuestro art. 925 debe interpretarse en sentido concordante con la doctrina francesa. Es un criterio restrictivo que, en principio, no admite la anulación sino cuando la persona ha sido el motivo principal y determinante de la acción, como en el matrimonio, donde la persona es esencial, o en los actos a título gratuito, o en los contratos *intuitu personae*, como, por ejemplo, si se encarga un cuadro a un pintor confundiéndolo con un artista famoso.

Salvat ha sostenido una opinión intermedia, según la cual “el principio del art. 925 debe ser considerado de carácter general en el sentido de su aplicación en todos los casos en que la consideración de la persona haya podido influir en la realización del acto jurídico”, si bien dejaría de ser aplicable cuando la ley así lo establece, por ejemplo, el art. 2184, que determina que no invalida el contrato de depósito el error sobre la identidad personal de uno de los contratantes, y asimismo cuando la persona con la cual se forma la relación jurídica es absolutamente indiferente, como en el de venta de mercaderías hecha al contado ⁷.

Esta doctrina nos parece exacta. Sin duda, como dicen Baudry-Lacantinerie y Barde, “el error sobre la persona de aquel con quien se contrata no vicia el con-

⁷ Llerena, t. III, p. 439, art. 925, n° 1; Machado, t. III, p. 142, nota al art. 925; Lafaille, *Apuntes de Derecho Civil*, 1er. curso, t. II, p. 202; Salvat, *Parte General*, núms. 2311 y 2312.

sentimiento porque la mayor parte de las veces se contrata en vista de un resultado y no de una persona"⁸. Pero nuestro codificador, aun admitiendo ese presupuesto, ha preferido poner a cargo de quien pretende mantener la validez del acto, no obstante el error incurrido respecto de la persona, la prueba de que ésta es indiferente para el resultado del acto. En esto difieren, según nos parece, el sistema del codificador y el francés. Según el régimen francés, el impugnante del acto debe probar dos cosas: el error sobre la persona y la circunstancia de que ésta ha sido la causa principal de la convención. Según el Código argentino, el impugnante ha de probar sólo el error, correspondiendo a su adversario probar, para que no prospere la anulación, que la consideración de la persona ha sido indiferente, y que el acto se habría celebrado igualmente de haberse sabido la verdadera identidad o cualidad de ella.

Para Llerena esta última prueba sería irrelevante, porque el artículo según él, no admitiría distinción alguna. Pero ésta que hacemos concurda con la noción misma del error esencial. En teoría, tal error supone un equívoco sobre algún elemento del acto tan importante como para autorizar a pensar que no se habría celebrado el acto si se hubiese conocido la verdadera situación. Luego, probado el carácter indiferente de la persona, ha de concluirse que el error *no es* esencial, y que, consiguientemente, corresponde mantener la validez del acto impugnado.

1724.— En cuanto al *segundo punto*, el error tanto puede versar sobre la identidad de la persona, como sobre las cualidades de ella^{8 bis}. Pero tratándose de estas últimas, ya no cabe esa dualidad mencionada antes de la persona por una parte y por otra la consideración de ella como causa determinante de la celebración del acto: el que quiera impugnar el acto por esta última razón tendrá que demostrar que fueron las cualidades personales que suponía existentes en la otra parte las que lo determinaron a celebrar el acto⁹.

Por lo demás, el error sobre el nombre de la persona, si no se traduce en un error de identidad, es irrelevante y no afecta la validez del acto¹⁰.

1725. ERROR SOBRE LA SUSTANCIA *.— Este tipo de error no debe ser confundido con el error sobre la identidad del objeto (*error in corpore*).

⁸ Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. I, n° 62. Conf. Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 104, p. 717, sentencia que decide que es esencial el error sobre la cualidad de inquilino atribuida al comprador si por razón del régimen imperante el propietario no podía enajenar el departamento sin previa oferta al inquilino del mismo.

^{8 bis} Conf. Spota, A. G., *Tratado*, t. 36, n° 1890, p. 429.

⁹ Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 2313, p. 946.

¹⁰ Conf. Salvat, R., n° 2314, p. 947; Segovia, L., t. I, p. 255, nota 24; Demolombe, C., t. XXIV, n° 122. Así lo decide expresamente Freitas en el art. 1860, inc. 4°, de su *Esbozo*.

* BIBLIOGRAFÍA: Galli, E. V., *Error sobre la cualidad sustancial*, "Rev. Col. Abogados", Bs. As., 1929, t. 7, ps. 659 y ss.; Fubini, R., *Contribution a l'étude de la théorie de l'erreur sur la substance et sur les qualités substantielles*, "Rev. Trim. de Droit Civil", año 1902, ps. 223 y ss.

Aquí la cosa es la misma que la que se había tenido presente al celebrar el acto, pero hay una falla en cuanto a la cualidad sustancial (*error in substantia*) que se esperaba encontrar en ella. A este respecto dice el Código que “el error... sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto” (art. 926). Con esa disposición el codificador toma partido en un debate célebre del derecho francés acerca de cómo debe entenderse el significado de la sustancia de la cosa objeto del contrato, a propósito de lo dispuesto en el art. 1110 del Código Napoleón, que previene que “el error no es causa de nulidad de la convención sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa que es su objeto”.

¿Qué era lo que debía comprenderse por “sustancia misma” de la cosa en el texto recordado. Dos fueron las tesis que se sostuvieron: una, “objetiva”, se preocupaba por captar lo que en la misma cosa, independientemente de las partes actuantes, podía definirse como su sustancia. La otra, “subjetiva”, dirigía su mirada a las partes de acto para indagar, a través de la intención de ellas, cuál era la cualidad de la cosa que habían estimado como sustancial.

1726.— La *teoría objetiva* acerca de la sustancia cuenta con la autoridad de Savigny, quien estudiando la cuestión en el derecho romano vigente en su país concluye que “el error acerca de una cualidad de la cosa es esencial desde que, según las ideas admitidas en las relaciones de la vida real, la cualidad falsamente supuesta coloca la cosa en otra clase de objeto que aquella de que formaba parte. La diferencia de materia no es una condición necesaria ni suficiente siempre”¹¹.

La concepción de Duranton es igualmente objetiva pero más materialista. Para ese autor, “en los contratos, la sustancia de la cosa equivale a la materia de que esta cosa está formada, de suerte que el error sobre la materia, aunque no recaiga sobre el objeto mismo, vicia, no obstante, el consentimiento y se opone, en consecuencia, a la validez del contrato. Así, si creyendo comprar candelabros de oro, se me venden candelabros de cobre dorado, hay error sobre la sustancia, aunque éstos sean los mismos objetos que he entendido comprar. No me he engañado sobre el cuerpo, sino sobre la sustancia de este cuerpo, sobre la materia”¹².

Este concepto material fue luego enriquecido por Aubry y Rau, para quienes “por sustancia debe entenderse no solamente los elementos materiales que componen la cosa, sino también las propiedades cuya reunión determina su naturaleza específica, y la distingue según las nociones comunes de las cosas de otra especie”¹³. Es siempre una concepción objetiva que recuerda la anterior de Savigny.

¹¹ Savigny, F. C. de, *Sistema de derecho romano actual*, t. II, § 127, p. 312.

¹² Duranton, A., *Cours de droit français*, t. X, n° 114, p. 85.

¹³ Aubry y Rau, t. IV, § 343 bis, p. 296.

Para Demolombe, ubicado en el mismo rumbo, la sustancia consiste en la cualidad principal y característica que individualiza la cosa, que la hace propia para un cierto uso. Es un elemento absoluto que no es susceptible de más o de menos, ni de grados o matices, cuya ausencia desnaturaliza la cosa y hace que ella sea otra cosa diferente, otro ser diferente a aquel que las partes o una de ellas tenían en vista: *aliud pro alio*, decía justamente Ulpiano ¹⁴.

En términos semejantes se expide Marcadé, recordado por el codificador en su nota al art. 926. Para Marcadé la sustancia es toda cualidad que no siendo susceptible de más o de menos, ubica al objeto en una especie según que exista o no ¹⁵.

La concepción objetiva acerca de la sustancia de la cosa reinó sin contradictores durante la primera mitad del siglo XIX, y aun logró volcar a su favor a la jurisprudencia francesa, que hasta 1848 se había inclinado por la tendencia subjetiva si bien desprecupándose de la elaboración de una definición exacta de sustancia. A partir de aquella fecha, bajo la influencia de los grandes maestros, la cuestión terminológica pasa a primer plano en las decisiones judiciales. Pero como las opiniones doctrinarias se referían a contratos cuyo objeto eran obligaciones de dar cosas corporales, y se aplicaban mal a las obligaciones de hacer, éstas quedaron sometidas al criterio primitivo, estableciéndose así una dualidad que carecía de toda base racional. El día —dice Célice— en que fue visible que para adaptarse a algunas opiniones arbitrarias, se recurría a un sistema que tenía el doble inconveniente de ser incompleto y de romper la línea general del derecho francés, el cambio se hizo inevitable, lo que se produjo entre 1875 y 1880 ¹⁶, con lo cual se volvió a la jurisprudencia primitiva.

También por esa época cesó el favor que la doctrina había manifestado por la concepción objetiva y comenzó a ganar adeptos la teoría subjetiva, a punto tal que desde entonces sólo Huc se mostró partidario de aquella tendencia ¹⁷.

1727.— *La teoría subjetiva* acerca de la sustancia remonta a Pothier, para quien era la cualidad de la cosa que las partes habrían tenido principalmente en vista ¹⁸.

Entre los autores posteriores, Laurent es el primero que se desprende de la influencia de los grandes teorizadores de la escuela de la Exégesis, entendiendo que la sustancia es una cualidad de la cosa, la cualidad principal siendo la intención de las partes la que decide ese carácter ¹⁹. Beudant sostiene que para saber si tal cualidad es sustancial o simplemente accidental hay que atender menos a la naturaleza

¹⁴ Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 88, p. 86.

¹⁵ Marcadé y Pont, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, t. IV, n° 407, p. 367.

¹⁶ Célice, R., *L'erreur dans les contrats*, p. 70.

¹⁷ Para seguir la evolución de la doctrina y jurisprudencia sobre la noción de sustancia, nos remitimos a Bonnet, J., *Suplemento al Tratado de Baudry-Lacantinerie*, t. II, núms. 415 a 421, ps. 504 a 519.

¹⁸ Pothier, *Obligaciones*, t. II, n° 18, p. 13.

¹⁹ Laurent, t. IX, n° 488.

de la cosa en sí misma, que al punto de vista desde el cual la han mirado las partes ²⁰, opinión de la que participa también Bufnoir, quien recuerda la frase antes transcripta de Pothier ²¹.

Baudry-Lacantinerie, con la colaboración de Barde, lleva la teoría subjetiva hasta sus consecuencias más extremas. Después de él el aporte de Planiol, de Josserand, de Bonnecase y de Colin y Capitant ha sido decisivo para dar el triunfo a esta tendencia ²². Estos últimos autores, parecen los más definidos: después de exponer la concepción objetiva, dicen que ella presenta el grave desacierto de pretender eliminar toda apreciación de la voluntad de los contratantes, como si esto fuera posible en una materia donde es esta voluntad con sus variantes y sus matices, la que confiere a cada operación su fisonomía propia. Ni siquiera tiene la ventaja de suministrar un criterio cierto, pues es muy difícil determinar *a priori* lo que da a cada objeto su carácter específico ²³. La sustancia será la cualidad que el contratante o los contratantes tenían principalmente en vista, la que los ha determinado a contratar, aquella de la cual puede decirse que si el interesado hubiera conocido su error, no hubiera ciertamente hecho el contrato ²⁴.

En este mismo sentido, Célice, autor de una obra especializada sobre el tema, relaciona la "sustancia" del objeto del acto con la causa que ha movido a las partes a celebrar el acto. Este autor atribuye a la "causa" el significado de "razón sin la cual no se hubiese contratado" y refiriendo esa razón a las cualidades de la cosa, encuentra que la causa se identifica con la sustancia, ya que ésta es la cualidad de la cosa que ha actuado sobre el agente como móvil determinante que lo ha decidido a obrar. Por esto concluye este autor que el error sobre la sustancia no se diferencia del error sobre la causa ²⁵.

A partir de 1875 se ha afirmado en la jurisprudencia francesa la noción relativa de sustancia, como "cualidad que las partes han tenido principalmente en vista". Ese concepto ha servido para anular la venta de un terreno adquirido para construir una escuela, si se prueba que el terreno presentado como suficiente por el vendedor no llena los requisitos exigidos por la administración para autorizar la apertura de la escuela; o para anular la venta de un cuadro vendido como de Corot, si en verdad sólo ha sido retocado por éste; y, en fin, para anular la venta de un terreno que se adquiere para construir un edificio, si la edificación en la zona está prohibida ²⁶.

²⁰ Beudant, *Les contrats et les obligations*, p. 59.

²¹ Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 597.

²² Baudry-Lacantinerie y Barde, t. I, n° 54; Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, n° 1053, p. 361; Josserand, L., *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, París, 1928, n° 61, p. 75; Bonnecase, J., *op. cit.*, II, n° 416, p. 509.

²³ Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit Civil*, t. II, p. 281.

²⁴ Colin et Capitant, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵ Célice, R., *L'erreur dans les contrats*, p. 128.

²⁶ "Dalloz Périodique", 1895, 2, 417; *id.*, 912, 2, 367; "Sirey", 191, a, 252; "Dalloz Hebdomadaire", 1932, p. 8.

1728. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO.— Es de advertir en este punto el fino sentido jurídico de Vélez Sarsfield quien se anticipó a esa evolución de la doctrina francesa en una época en que sólo Laurent había emitido una opinión aislada y disonante con la de los grandes juristas de su tiempo, en el sentido por el cual se pronuncia nuestro codificador.

Vélez Sarsfield hasta quiso ahorrar con el propio término de sustancia que no aparece expresado en el art. 926, la aplicación de las teorías dominantes en Francia en esa época. Por eso es que contempla en esa disposición “el error sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira” como apto para anular el acto, en tanto que declara en el art. 928 que no invalida el acto “el error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa”. Ha de concluirse pues, aunque falte la denominación, que oponiéndose cualidad accidental a cualidad sustancial, en el régimen del Código se entiende por esta última “la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira”. No podría haberse adoptado de una manera más definida la concepción subjetiva, lo cual, según nuestro punto de vista, debe computarse como un innegable acierto del codificador.

Entre los comentaristas de nuestro Código adhieren firmemente a esta comprensión Spota y De Gásperi²⁷. En cambio, sustenta el criterio objetivo, que según entendemos no tiene arraigo en nuestra ley, Borda²⁸.

1729.— El Anteproyecto Bibiloni (art. 277, inc. 3º, 1ª redacción; art. 243, inc. 3º, 2ª redacción) y el Anteproyecto de 1954 (art. 143, inc. 3º) mantienen el criterio subjetivo del Código vigente. El Proyecto de 1936 (art. 142, inc. 3º) adopta, por el contrario, el criterio objetivo que es también seguido por los códigos alemán (art. 119), chino (art. 88), japonés (art. 95), polaco (art. 37) y suizo de las Obligaciones (art. 24).

No parece clara, en cambio, la posición del nuevo Código italiano, cuyo art. 1229, inc. 2º, establece: “el error esencial... cuando recae sobre la identidad del objeto de la prestación o bien sobre una cualidad del mismo que según la apreciación común o en relación a las circunstancias, deba entenderse determinante del consentimiento”. Si la frase “según la apreciación común” sienta el criterio objetivo, la inmediata alusión a las circunstancias que no pueden ser sino las peculiares de cada contratante, abre la puerta a la comprensión subjetiva.

En Francia prevalece en los trabajos de la Comisión reformadora del Código el criterio subjetivo²⁹.

²⁷ De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. I, § 533; De Gásperi-Morello, t. I, n° 301, p. 422; Spota, vol. 8, n° 1915, ps. 619 y 521.

²⁸ Borda, G. A., t. II, n° 1129, p. 272, letra d.

²⁹ Trabajos de la Comisión, años 1946-7, p. 151.

1730. ERROR SOBRE LA CAUSA PRINCIPAL *.— Este tipo de error está incluido en el art. 926, en conexión con el error sobre la cualidad sustancial. En efecto, el art. 926 dice así: “*El error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto*”.

Como advierte De Gásperi ³⁰, sobre la interpretación de este precepto existen dos criterios: el primero distingue como dos supuestos diversos el referente a la causa principal y el relativo a la cualidad sustancial, y el segundo identifica ambas situaciones explicando la una por la otra, es decir, reputando cualidad sustancial la que ha sido causa principal o móvil determinante del acto.

1731.— La primera opinión ha sido emitida por Llerena, Machado, Lafaille y Salvat ³¹. Machado y Llerena adhieren a la concepción clásica de la causa, entendiendo el primero por tal “el fundamento de la obligación o del contrato, o sea, la prestación de la cosa o del servicio en los contratos onerosos y el espíritu de la liberalidad en los gratuitos”. Lafaille parece seguir en cambio, no la interpretación clásica francesa, sino la moderna que campea en los fallos de la Corte de Casación y que Bonnacase aprueba: causa es la causa impulsiva, “el motivo, el objeto que nos propusimos en el acto y manifestado a la otra parte”. Salvat, en cambio, se aparta netamente de esa corriente y atribuye a la causa el significado de “fuente”, de manera que error sobre la causa equivaldría a error sobre la fuente o título de la obligación.

Esta última comprensión nos parece claramente equivocada. Como ya hemos dicho (véase *supra*, n° 1477), la noción de fuente referida al acto jurídico de que aquí se trata —arg. “causa principal del acto”— carece de sentido, pues el acto jurídico no tiene otro origen o fuente sino la voluntad del sujeto que lo realiza: la noción de causa-fuente sólo tiene aplicación si se la refiere a las obligaciones o a los derechos, en general. Por lo demás, el artículo comentado alude a una causa principal, es decir, admite la coexistencia de varias causas de las cuales una sería principal y las demás secundarias. Pero tal pluralidad de fuentes es inconcebible tratándose de derechos u obligaciones, lo que nos autoriza a concluir que sin

* BIBLIOGRAFÍA Novillo Saravia, L. (h.), *La causa. Error sobre la causa*, “Bol. Inst. Der. Civil”, Córdoba, año 1939, n° 7, ps. 137 y ss.; Bustamante Alsina, J. H., *La esencialidad del error como presupuesto de nulidad*, “L.L.”, 7 de julio de 1959; Galli, E. V., *El problema de la causa y el Código Civil argentino*, La Plata, 1935.

³⁰ De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. I, n° 553, p. 526; De Gásperi-Morello, t. I, n° 298, p. 414.

³¹ Llerena, B., t. III, p. 441; Machado, t. III, p. 143, nota al art. 926; Lafaille, *Apuntes*, t. II, p. 203; Salvat, R., *Parte General*, núms. 2323 y 2325, p. 946.

duda alguna la causa principal mentada por el art. 926 no es el origen, antecedente o fuente del acto de que se trate.

Tampoco nos parece aceptable la opinión de Machado y Llerena, ya que hemos sentado antes (véase *supra*, n° 1479) que en el sistema del Código la causa final no configura un elemento independiente del acto jurídico sino que de acuerdo a la concepción de Freitas, queda englobada dentro de la intención. Además, según este orden de ideas, la causa se identifica con la finalidad que determina la actividad del agente, de modo que en todos los supuestos de error el sujeto obraría en razón de una falsa causa. Cabe entonces concluir que siendo una característica constante en todos los casos de error, la presencia en el ánimo del agente de una falsa causa, no puede aceptarse como un caso específico de error, diferente de los demás, el que versa sobre la causa principal del acto. A este respecto dice Galli que “cualquiera de los elementos fundamentales del acto constituye para las partes una causa principal de obligarse. La persona, el objeto, su calidad esencial, la naturaleza del acto, son todas causas principales... Visto el enunciado en detalle de todos los casos de error que autorizan la anulación del acto... el art. 926 carece de función en la parte analizada y nadie advertirá su supresión”³².

En suma, opinamos que la primera frase del art. 926, si se la toma aisladamente, no llena función alguna. Para que adquiera la significación adecuada debe vincularse al contexto de la disposición.

1732.— La *segunda* interpretación del art. 926, que nosotros estimamos acertada, remonta a una sugestión de Segovia. Este sagaz comentarista da como antecedente del art. 926 el art. 461 del *Esbozo* de Freitas, que reza así: “Tratándose de *actos lícitos*, la ignorancia o error de hecho no lo hará vicioso sino cuando fuere *esencial*, es decir, cuando se probare que haya versado sobre la *causa principal* del acto o disposición”.

Esto significa que para Freitas el error esencial se define como el que versa sobre la causa principal del obrar, de modo que tanto el error sobre la naturaleza, sobre la persona, sobre el objeto o sobre la cualidad sustancial de la cosa revestirán el carácter de esencial si el error ha sido la causa del acto. Con relación a la cualidad sustancial, el art. 1859, inciso 4°, del *Esbozo* insiste sobre el mismo concepto en los siguientes términos: “Constituye error esencial en los contratos (arts. 461 y 463): ...4°) el que versare sobre la calidad sustancial de la cosa, si la consideración de esa calidad hubiere sido la causa principal del contrato”.

Vélez Sarsfield, que conocía muy bien la obra de Freitas, no podía dejar de tener presentes estas nociones al redactar los artículos sobre error, y

³² Galli, E. V., *El problema de la causa y el Código Civil argentino*, La Plata, 1935, ps. 67 y ss.

provisto de estas prenociones encaró lo relativo al *error in substantia*. Sobre este tema había leído las exposiciones de los autores franceses, que discutían las diferencias de las calidades sustanciales y accidentales. De los autores franceses adoptó el criterio de Pothier (cualidad de la cosa que se ha tenido en mira); de Freitas, la exigencia de que tal cualidad debía ser causa principal del acto. Con ambos elementos compuso el art. 926, en el cual la primera frase es explicativa del concepto siguiente. En otras palabras, cuando en el art. 926 se lee “el error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira...”, la conjunción disyuntiva “o” no indica diferenciación entre dos conceptos diversos, sino vinculación de supuestos semejantes y aun diremos complementarios, pues para la ley no hay cualidad sustancial si al propio tiempo no es causa principal del acto, de modo que si son varias las cualidades tenidas en vista, sólo dará lugar a error esencial la que actuare en el sujeto como móvil o causa determinante de su actividad.

1733.— Esta inteligencia del artículo que interpreta que no hay en él dos supuestos de error esencial, sino uno solo explicado complementariamente por ambas frases ligadas por la conjunción “o”, se corrobora por otras dos consideraciones: 1º) el codificador dedica a cada supuesto de error esencial un precepto independiente. v. gr., arts. 924, 925 y 927, por lo que sería poco lógico que en el art. 926 se hubiese apartado de su método para incluir en un solo artículo dos casos distintos; 2º) el pasaje de Marcadé que transcribe la nota al art. 926, como ya lo hiciera notar Segovia y lo subraya Tobal en un voto notable³³, no menciona para nada pese a las comillas puestas por nuestro codificador, a la causa principal del acto. En tanto que Marcadé dice: “Pero ¿cómo se distinguirán las cualidades principales, sustanciales, de las cualidades puramente accesorias o accidentales?”³⁴, Vélez traduce en su nota: “¿Cómo se distinguirá la *causa principal del acto*, las cualidades principales o sustanciales de la cosa de *las causas accidentales* y de las cualidades puramente accesorias?”, para luego atribuirle a Marcadé una definición de causa principal que nunca expresó. ¿Cómo se explican estas interpolaciones? Según nos parece, Vélez creía con ellas interpretar en una traducción libre el pensamiento de Marcadé. Si estuvo o no acertado (Bibiloni lo ha negado) no nos interesa; pero sí hacer resaltar que con esos agregados relativos a la causa principal, el codificador ha demostrado que, según el criterio que le atribuía a su inspirador y que él adoptaba, la *cualidad principal o sustancial* se identifica por ser ella la *causa principal del acto*.

³³ Conf. voto Dr. Tobal, Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 37, p. 1352.

³⁴ Marcadé et Pont, *op. cit.*, t. IV, n° 407, p. 367.

1734. c) **ERROR ACCIDENTAL O INDIFERENTE.**— Todo error fuera de los enunciados con anterioridad es meramente accidental o indiferente, así llamado porque no ejerce influencia alguna sobre la suerte del acto.

Entre los errores accidentales o indiferentes es posible mencionar los siguientes:

1º) El que versa sobre alguna calidad accidental de la cosa o sobre un accesorio de ella (conf. art. 928). Ejemplo: si se compra un caballo en vista de su corpulencia, pero no resulta tan fuerte como se lo deseaba.

2º) El que versa sobre el valor de la cosa. Ejemplo: si se compra una cosa por barata cuando en verdad es cara.

3º) El que recae sobre la persona, cuando la consideración de ella es indiferente. Ejemplo: si se compra en la tienda de A queriendo comprar en la tienda de B.

4º) El que incide sobre los motivos individuales que se tienen para celebrar el acto³⁵. Ejemplo: si alguien, creyendo falsamente haber obtenido el premio en la rifa de un auto, regala el suyo usado a un amigo; o compra un caballo por creer que el suyo ha muerto.

5º) El error material o de pluma, que es rectificable. Ejemplo: si se compran cien toneladas de leña de quebracho a \$ 1.300 la tonelada, pero se escribe \$ 130, el contrato es válido por la cifra convenida aunque no sea la consignada. Es una cuestión de prueba.

6º) El error de cálculo. Ejemplo: si se vende un lote de terreno de 10 x 35 metros a \$ 200 el metro cuadrado y se fija como precio total \$ 35.000 en lugar de \$ 70.000, como corresponde.

7º) El error que verse sobre la inexacta designación del contrato (conf. art. 1860, inc. 1º del *Esbozo* de Freitas).

8º) El que incide sobre el nombre o apellido de la contraparte si no hay equívoco sobre la identidad (conf. art. 1860, inc. 4º, del *Esbozo*).

9º) El que recae sobre el nombre o descripción de la cosa si ésta es la misma sobre la que se quería contratar (conf. art. 1860, inc. 6º, del *Esbozo*).

³⁵ Pero adviértase que si el motivo o móvil determinante consiste en la cualidad sustancial de la cosa, entonces entra en el *error in substantia* como error esencial.

1735. LAS SUPUESTAS EXCEPCIONES DEL ART. 928.— Según el art. 928, el error accidental no invalida el acto, salvo en tres supuestos que allí se mencionan. Como en seguida se verá no hay tales excepciones, pues si el acto queda sin valor o se rescinde no es por el error en que se hubiese incurrido sino por otra razón. En efecto, dice el art. 928: “*El error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa, o sobre algún accesorio de ella, no invalida el acto...*”.

1º) “*A no ser que la calidad erróneamente atribuida a la cosa, hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte*”. En tal caso no hay error, ya que como dice Borda, porque no se sabía si la cosa tenía o no la cualidad deseada es que se exigió la garantía ³⁶. No hay pues error, ni consiguiente nulidad. Lo que puede haber es causa de rescisión por incumplimiento de contrato ³⁷. El contrato es perfectamente válido, y porque lo es, el contratante perjudicado por la falta de la cualidad garantizada, puede pedir el exacto cumplimiento de lo convenido o el resarcimiento de daños y perjuicios. Se trata de una responsabilidad contractual, y no extracontractual, como sería si el caso fuese de nulidad.

2º) “*...o que el error proviniese del dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habría celebrado...*”. Nuevamente aquí no juega el error, y si el acto se anula es por el dolo y no por el error que es irrelevante. Más aún, puede decirse que el dolo excluye al error, pues éste es un estado de conciencia que padece el sujeto independientemente de la instigación de otro, y en cambio el dolo es esa maniobra engañosa que provoca el error de la víctima. No se trata entonces de una nulidad derivada del error accidental, sino del dolo empleado determinante del acto.

3º) “*...o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquiera otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de una condición*”. De nuevo acá nada tiene que ver el error, pues si la existencia de la cualidad está puesta como una condición del derecho previsto, no quita ni pone el error del sujeto: el acto se rige por lo dispuesto acerca de aquella modalidad, arts. 527 y ss. ³⁸.

Por tanto cabe concluir que en ningún caso el error accidental afecta la validez del acto.

1736. EXCUSABILIDAD DEL ERROR ESENCIAL.— Para que el error esencial pueda ser invocado por la víctima, debe ser *excusable*. Así lo re-

³⁶ Borda, G. A., t. II, n° 1134, p. 276.

³⁷ Véase Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, n° 61; Demolombe, t. XXIV, núms. 97-98; Marcadé y Pont, *op. cit.*, t. IV, p. 261.

³⁸ Segovia, t. I, p. 256, nota 26; De Gásperi, L., § 559, “in fine”, p. 538. Pero debe hacerse notar que aquí no se exige la incertidumbre objetiva propia de la condición (carácter futuro del hecho previsto), bastando la incertidumbre subjetiva (hecho ocurrido pero aún ignorado); véase *supra*, n° 1515.

quiere el art. 929 del Código, según el cual el “*error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable*”.

Con esta exigencia el codificador ha venido a templar el excesivo individualismo resultante de las disposiciones legales que facultan la invocación del error. Pues si siempre que alguien sufriera un error esencial pudiese estar autorizado para invalidar el acto, quedaría muy quebrantada la necesaria seguridad de las transacciones jurídicas. Para evitar esta nociva consecuencia, se ha puesto la valla de art. 929, inspirado en el criterio similar de Freitas (*Esbozo*, art. 1862).

En el derecho francés no se hace cuestión acerca de este carácter, de manera que aun el error inexcusable puede ser alegado para anular el acto. Allí la moderación de los principios viene por la vía de la responsabilidad resultante del art. 1382 (nuestro art. 1109). En consecuencia, si bien la víctima del error, excusable o no, puede alegarlo para desentenderse del acto obrado, también debe indemnizar a la contraparte, sin que sea necesario acreditar su culpa con tal que el damnificado haya actuado de buena fe ³⁹.

Planiol, Ripert y Esmein desechan la idea de Ihering de la *culpa in contrahendo*, según la cual la víctima inculpable del error debería igualmente indemnizar a la contraparte los daños que la celebración del acto inválido le hubiera provocado (interés negativo). La base de esta responsabilidad radicaría en el deber de abstenerse de toda negligencia en la celebración de los contratos. Aquellos autores entienden que la indemnización sólo es viable cuando la víctima del error fuese culpable de su yerro, pues si no mediare culpa “cada uno deberá sufrir los riesgos procedentes de su propia actividad o de su propiedad, sin estar obligado a garantizar a los demás contra los resultantes de sus respectivas actividades, ni aun en sus relaciones con él” ⁴⁰.

Por nuestra parte creemos que esta solución de los autores franceses es la adecuada, tanto en su derecho como en el nuestro. Pero de *jure condendo* opinamos que siempre que se hace lugar a la nulidad por error, debe aceptar la ley la responsabilidad de quien invoca su propio yerro para invalidar el acto, limitada a lo que Ihering llama el interés negativo, esto es al resarcimiento de los daños que la otra parte —de buena fe— no habría sufrido si el acto no se hubiera celebrado. Es una solución propiciada entre

³⁹ Conf. Aubry y Rau, t. IV, § 343 bis, 1º, “in fine”, p. 298; Demolombe, t. XXIV, n° 103, p. 102; Marcadé, *op. cit.*, t. IV, p. 369, n° 409; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. II, n° 68.

⁴⁰ Planiol, Ripert y Esmein, t. VI, n° 189, p. 258.

nosotros por Spota, y aprobada por la Sección Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos que sería deseable ver incorporada a la futura reforma del Código Civil.

1737. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR ERROR EXCUSABLE.— Por cierto que es muy difícil, sino imposible, aprehender en una fórmula explicativa más concreta que la del art. 929, cuándo debe estimarse excusable determinado error. En mucho dependerá ello de las circunstancias, para apreciar a través de ellas si “ha habido razón para errar” ^{40 bis}. Con todo es útil conocer el pensamiento de Giorgi que puede suministrar una directiva adecuada acerca de este punto.

Para Giorgi, dos son las situaciones posibles: en la primera, el error incurrido proviene del hecho propio de la persona equivocada o de circunstancias casuales, extrañas o comunes a ambos contratantes; en la segunda el error deriva de hechos de la parte contraria o de circunstancias concernientes a ella.

Si se trata de la primera situación el error debe tenerse como inexcusable. En cambio en el segundo caso, “el error de una de las partes aparece siempre excusable cuando depende de un hecho de la otra. Verdaderamente, el que usa un lenguaje que puede tomarse en más de un sentido; el que ignorante de la lengua o de los usos comerciales, se expone a negociaciones imprudentes, debe culparse a sí mismo, y no a la parte contraria, si ésta interpreta sus palabras en el sentido más favorable para ella, o según el modo usual de hablar o las costumbres del comercio” ⁴¹.

Es una directiva interesante, que como mera orientación general puede resultar útil en el manejo del concepto estudiado ^{41 bis}.

1738. EL REQUISITO DE LA EXCUSABILIDAD EN EL ERROR EXCLUYENTE DE LA VOLUNTAD.— No obstante que el Código no hace distinción alguno, la lógica de los principios conduce a prescindir del requisito de la excusabilidad tratándose de errores obstativos de la voluntad (véase *supra*, n° 1720) ^{41 bis 1}.

^{40 bis} Se ha considerado que es excusable el error de quien renuncia a una herencia en favor de un sobrino tenido como hijo natural, si éste era hijo adulterino (Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 43, p. 657); igualmente si se adquiere un terreno sujeto a expropiación (Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 67, p. 270, y “J.A.”, 1952-III, p. 245, con nota crítica de Borda). En cambio no lo es el que versa sobre la calidad de locatario de un inmueble si quien se dice víctima del error ha comenzado por denunciar, en ese carácter, al otro contratante ante la Dirección General Inmobiliaria (Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 104, p. 717).

⁴¹ Giorgi, J., *Obligaciones*, t. III, n° 269, p. 273. Comp. Orgaz, A., su nota en “L.L.”, t. 71, p. 1.

^{41 bis} Pero aun un error por sí inexcusable ha sido equiparado al error excusable cuando ha sido conocido por la otra parte, pues lo contrario importaría amparar la mala fe (Cám. Civ., Sala “D”, “J.A.”, 1953-I, p. 108).

^{41 bis 1} Spota considera como nosotros que el requisito de la excusabilidad no juega si se trata de un error-obstáculo (*op. cit.*, t. 36, n° 1918, p. 564), o de un pago indebido (*op. cit.*, *loc. cit.*, p. 565, y nuestro voto en el fallo de la Cámara Civil, Sala “A”, “L.L.”, t. 105, p. 145).

Si, entonces el acto obrado debe ser conceptuado como acto jurídico inexistente, la culpa del equivocado no puede comunicarle el cimiento voluntario de que carece el acto. Cuando por ejemplo *A* entiende vender una cosa y *B* interpreta razonablemente que aquél se la regala (*error in negotio*), por grave que sea la culpa del primero en el yerro incurrido lo cierto es que no se lo podrá obligar a donar su cosa si él prueba que no ha tenido la voluntad de hacer ese obsequio. En tal situación se podrá siempre y en cualquier tiempo pedir la declaración judicial de inexistencia ⁴². La culpa de la persona equivocada tendrá su sanción en el resarcimiento de los daños y perjuicios que la otra parte haya sufrido por haber confiado en la razonable apariencia de los hechos. Es un supuesto de responsabilidad extracontractual (conf. arts. 1109 y 1056, Cód. Civ.).

1739. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ERROR.— La responsabilidad del agente por las consecuencias de sus actos puede quedar eliminada si aquél ha obrado por error.

Si se trata de actos ilícitos, el único error eximente de responsabilidad es el que recae sobre el hecho principal. Así lo dispone el art. 930 en los siguientes términos: “*En los actos ilícitos la ignorancia o error de hecho sólo excluirá la responsabilidad de los agentes, si fuese sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito*”. Es decir que el error debe incidir sobre los elementos de hecho indispensables que configuran el acto ilícito. Si en cambio versa sobre alguna circunstancia accesorio, el error no exime la responsabilidad del agente (conf. art. 465 del *Esbozo de Freitas*).

II.— ERROR DE DERECHO *

1740. RÉGIMEN DEL CÓDIGO.— Según el art. 20 del Código Civil, “*la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley*”.

Esta regla clásica que tiene su origen en el derecho romano —*error juris nocet*— tiene un claro fundamento que los autores han puesto siempre de relieve. Ella reposa en el *carácter obligatorio de la ley*, que se presume conocida por todos (presunción *juris et de jure*) a partir de su publicación (arg. art. 2º, Cód. Civ.). Si se admitiese la invocación de la ignorancia de la

⁴² Conf. Savigny, F. C. de, *Sistema de derecho romano actual*, t. II, apéndice VIII, n° XXXIV, ps. 426 y ss.

* BIBLIOGRAFÍA. Álvarez, J., *El problema de la ignorancia del derecho*, “J.A.”, t. 67, secc. doctr., p. 3; Orgaz, A., *El error de derecho en el Proyecto de Reforma*, “Rev. Col. Abogados Rosario”, año 1937, t. 8, p. 237; Decotignies, R., *L’erreur de droit*, “Revue Trim. de Droit Civil”, julio-septiembre 1951, ps. 309 y ss.; Dereux, G., *Etude critique sur l’adage “nul n’est censé ignorer la loi”*, “Rev. Trim.”, 1907, t. 6, ps. 518 y ss.

ley para hacer una excepción a la aplicabilidad de ella se quebraría su obligatoriedad y con ella se desnaturalizaría el carácter normativo que le corresponde: la ley dejaría de ser derecho.

En el orden práctico la posibilidad de aducir el error de derecho significaría la instauración del caos y de la inseguridad más completa, pues podría pretenderse desvirtuar la fuerza de los derechos mejor establecidos alegando el desconocimiento de su régimen.

Estas consideraciones explican lo dispuesto en el artículo 923: “*La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos*”. Ejemplos: a) si alguien acepta una herencia insolvente, pura y simplemente, no puede oponerse a la ejecución de sus bienes propios que hagan los acreedores del causante alegando su ignorancia de la obligación que pesa sobre el heredero de responder por las deudas del causante; b) si alguien comete un acto ilícito doloso (delito) no puede eximirse de reparar los daños totales resultantes (consecuencias inmediatas, mediatas y hasta casuales, en cierta hipótesis) aduciendo que él creía que sólo le serán imputables, legalmente, las consecuencias inmediatas.

Por lo demás el principio de la inexcusabilidad del error de derecho —*error juris nocet*— es una regla general precisa de la que sólo escapan los supuestos exceptuados por la ley (conf. art. 20, Cód. Civ.).

1741. LA EXCEPCIONES AL ART. 923.— Hacen excepción al art. 20 los arts. 3428 y 784, preceptos que contemplan hipótesis de relevancia del error de derecho ⁴³.

Según el art. 3428, “*el poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene*”. En tal caso no se podrá reprochar al poseedor de la herencia su error de derecho para eliminar la buena fe de la posesión: por excepción *error juris non nocet*.

La otra excepción es la del art. 784 que autoriza la repetición del pago de una deuda ajena, efectuado por error de hecho o de derecho. En este supuesto el error de derecho es relevante pues autoriza la repetición del pago respecto del acreedor de la deuda ajena. En cambio, si no mediara ese error no se admitiría la repetición contra el acreedor, quien está obligado a recibir el pago que quiera hacerle un tercero (conf. art. 729, Cód. Civ.): sólo que-

⁴³ Conf. Salvat, R., *Parte General*, n° 2345, p. 960; De Gásperi, *Obligaciones*, t. I, § 536, p. 511, 1° y 2°.

daría al “solvens” una acción de reembolso de lo pagado, contra el verdadero deudor ⁴⁴.

Por el contrario el art. 858, que se cita por algunos autores como otra excepción del art. 923, no tiene ese carácter. Allí la alusión al error de derecho es puramente hipotética y carente de significación dispositiva. Desde que la transacción es rescindible cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo, sea que “hayan o no las partes conocido la nulidad del título, o lo hayan supuesto válido por error de hecho o de derecho”, es indudable que este error no desempeña función alguna, pues con o sin él se admite lo que el codificador llama rescisión de la transacción, en base a la nulidad del título considerado. Es un efecto de esta nulidad y de ningún modo del error en que se hubiese incurrido ⁴⁵.

1742.— En suma, el régimen del Código elimina en general de la teoría de los vicios de la voluntad el error de derecho, que no se admite para invalidar el acto ^{45 bis}. Así resulta del principio del art. 20, que veda la invocación del error de derecho, salvo excepción de la ley, que en lo que concierne a esta materia sólo contempla el supuesto de la nulidad del pago por error. Según se ha visto la otra excepción a aquel principio es la del art. 3428, que no se refiere a la validez de actos voluntarios sino al carácter de la posesión en cierta hipótesis.

1743. INTERPRETACIÓN DE BIBILONI.— Este eminente jurisconsulto ha sostenido una interpretación diversa de la expuesta. Para él, el art. 923 sólo se refiere “a los actos lícitos regularmente constituidos, esto es, de manifestaciones de voluntad efectiva, y respecto de las cuales no se levanta objeción, sobre su existencia... Pero... si se admite que el error puede ser causa de invalidez de las relaciones jurídicas, es indiferente saber si es de hecho o de derecho... No es posible

⁴⁴ En la primera edición de esta obra sostuvimos que el pago por error se identificaba con el pago sin causa, pero un nuevo estudio del asunto nos ha persuadido de lo inexacto de la identificación. El pago por error se refiere a la deuda de otro, existente y válida: no puede decirse, pues, que carece de causas para el acreedor que está precisado a aceptar el pago de manos de un tercero por imperio del art. 729. Si ese pago se anula, es por el error, puesto que tiene causa: de ahí que fallando el error el pago sea válido y definitivo para el acreedor, sin perjuicio de la acción de reembolso del tercero contra el deudor de la obligación. Conf. Salvat-Galli, *Obligaciones*, t. II, núms. 1555 y ss., p. 554; Colmo, *Obligaciones*, n° 692, p. 491; Lafaille, H., *Tratado de las obligaciones*, t. II, n° 1174, ps. 272 y ss.; De Gásperi, L., *op. cit.*, t. II, n° 1159, p. 394; Rezzónico, L. M., *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., t. II, p. 915, ap. c). Véase el estudio detallado del punto en nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II, núms. 1663 y ss., especialmente n° 1698. Comp. Borda, G. A., *op. cit.*, n° 1142, p. 283, a); Fornieles, S., su nota en “J.A.”, t. 3, p. 1113.

⁴⁵ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 1142, p. 284.

^{45 bis} Conf. Cám. Civ., Sala “D”, “J.A.”, del 6 de julio de 1983, p. 16.

hablar ya de la distinta eficacia del error de hecho y del de derecho sobre la validez de los actos constituidos bajo su influencia”⁴⁶.

Esta inteligencia del art. 923 que a Spota le resulta un tanto artificiosa⁴⁷, para nosotros tropieza con el obstáculo del art. 20 que determina una regla negatoria del error de derecho. Opinamos que se requeriría una disposición concreta que facultase la invocación del error de derecho como causa de nulidad, para que pudiera dejarse de lado el *error juris nocet* del art. 20. No discutimos, entonces, que no quepa la interpretación de Bibiloni si se atiende a los términos del art. 923, pero pensamos que ella se ve desahuciada por el art. 20 y la ausencia de una excepción a esta última regla.

1744. TENDENCIAS MODERNAS.— Ya el Código francés había adoptado un criterio diferente al de Savigny que luego aceptó Vélez. En dicho Código no se hace distinción entre el error de hecho y el de derecho, lo que ha facilitado la admisión de este último como causa de nulidad por parte de la doctrina y de la jurisprudencia⁴⁸.

Los códigos contemporáneos se han orientado en el mismo sentido. El Código alemán, arts. 119 y ss., y el Código suizo de las Obligaciones, arts. 23 y ss., no introducen diferencia entre ambas clases de error. El Código italiano menciona expresamente el error de derecho como error esencial, “si ha sido la razón única o principal del contrato” (art. 1429, inc. 4°). En sentido análogo se pronuncian el proyecto franco italiano de las Obligaciones (art. 16), y los códigos mexicano (art. 1813), búlgaro (art. 14) y marroquí (art. 40).

1745. LOS PROYECTOS DE REFORMAS.— El Anteproyecto Bibiloni sustituye los arts. 924, 925, 926 y 927 por una disposición que los comprende en incisos separados y que declara que el error, sea de hecho, sea de derecho, anula el acto jurídico en los casos respectivos (art. 277, primera redacción; art. 243, segunda redacción). Asimismo, Bibiloni mantiene el art. 923 en sus términos actuales.

El Proyecto de 1936 comienza por eliminar el art. 20 vigente, pero conserva el art. 923. Por lo demás equipara en sus efectos a los errores de hecho y de derecho (art. 142).

El Anteproyecto de 1954, por su parte, conserva el actual art. 20 circunscripto a la esfera dentro de la cual el principio funciona adecuadamente. Así dice el art. 3° de dicho Anteproyecto: “La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento si la excepción no estuviere expresamente autorizada”. Y ya en el capítulo del error

⁴⁶ Bibiloni, J. A., *Anteproyecto de reformas al Código Civil*, ed. Abeledo, t. I, ps. 102, 103 y 107.

⁴⁷ Spota, A. G., su opinión en *Proyecto de Código Civil*, Libro I, “Actas de la Sección Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos”, p. 169. No obstante, comparar lo que dice este autor en su *Tratado*, t. 36, n° 1872, ps. 389 a 392.

⁴⁸ Planiol, Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde, t. VI, n° 181, p. 246; Aubry y Rau, t. IV, § 343 bis, 1°, texto nota 7, p. 298.

(art. 143), asimila, conforme a la tendencia prevaleciente en las modernas legislaciones, el error de hecho y el de derecho. Se ha eliminado el texto del actual art. 923, que los proyectos anteriores mantenían.

§ 3. Dolo. Concepto del dolo como vicio de los actos jurídicos y como elemento intencional del delito civil y del incumplimiento de las obligaciones. Condiciones para que determine la anulación de un acto. Dolo principal e incidental. Dolo recíproco. Dolo de un tercero*.

1746-1752. DIVERSAS SIGNIFICACIONES DEL VOCABLO DOLO.— En el derecho la palabra dolo se usa con significados diferentes. En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que su hecho produce: es la característica del delito civil, y en tal sentido se opone a la culpa como elemento distintivo del cuasidelito (véase *supra*, n° 1059). En lo relativo al cumplimiento de las obligaciones el dolo designa la deliberada inejecución por parte del deudor⁴⁹⁻⁵⁹. Por último, el dolo designa las maniobras engañosas empleadas por una de las partes que vician la voluntad de la otra en la celebración del acto jurídico. Del dolo, en ese sentido, nos ocupamos en el presente capítulo.

1753. EL DOLO COMO VICIO DE LA VOLUNTAD.— Según el art. 931, “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 con ese fin”. Lo característico del dolo, como vicio de la voluntad, reside en el engaño que se emplea para decidir a alguien a la realización de un acto jurídico. Es un concepto jurídico perfectamente conocido de los romanos que en frase de Labeon, incluida en el *Digesto*, se definía como “*omnem calliditatem, fallaciam, machinationem*

* BIBLIOGRAFÍA. Chardon, M., *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, París, 1858, 3 vols.; Bédarride, J., *Traité du dolo de la fraude en matière civile et commerciale*, 4ª ed., París, 1887, 4 vols.; Perrin, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, París, 1951; Parry, A., su nota en “J.A.”, t. 24, ps. 388 y ss.; Josserand, L., *Derecho Civil*, ed. Bs. As., t. II, vol. Iª, núms. 217 y ss.; Ripert y Boulanger, *Traité élémentaire de Marcel Planiol*, 2ª ed., t. II, núms. 217 y ss.; Von Tuhr, A., *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Bs. As., 1946, vol. II, ps. 292-328; De Gásperi, L., *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1946, t. I, ps. 545-566.

⁴⁹⁻⁵⁹ Conf. Lafaille, H., *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1947, t. I, n° 174, p. 167; Busso, E., *op. cit.*, t. III, art. 506, p. 242, n° 30; Galli, E., en Salvat-Galli, *Obligaciones*, t. I, n° 116, a), p. 126; Borda, G. A., *Manual de obligaciones*, n° 82 c), p. 57; Rezzónico, L. M., *Estudio de las obligaciones*, Bs. As., 1953, p. 63. Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, núms. 146 y ss.

ad circumvenendum, decipiendumve alterum adhibitam" (Dig., Libro 4º, Tít. 3º, Ley 1ª, § 2, *De dolo malo*).

En idéntico sentido Domat denomina dolo a "toda sorpresa, fraude, disimulo, mentira y cualquier otra maniobra para engañar a alguien" (*Les lois civiles*, lib. I, tít. 18, secc. 3). Para Pothier es "toda especie de artificio del cual alguien se vale para engañar a otro" (*Obligaciones*, II, núms. 28 y ss., p. 19). En suma, es dolo cualquier forma de engaño que se utiliza para determinar a una persona a celebrar un acto jurídico.

Se trata de un concepto de doctrina corriente que no puede dar lugar a equívocos. No se justifica, entonces, que el codificador dedique un precepto para definirlo. Menos se explica que el Anteproyecto Bibiloni (art. 283, primera redacción; art. 249, segunda redacción) y el Proyecto de 1936 (art. 146) persistan en falla técnica tan notoria⁶⁰. El defecto ha sido subsanado por el Anteproyecto de 1954 que no contiene definición legal al respecto.

1754. CLASIFICACIONES DEL DOLO.— Son varias las clasificaciones que se formulan del dolo.

1755.— I) La más importante de todas distingue el dolo *principal del incidental*. El primero es el engaño determinante de la voluntad ajena (*dolus causam dans*). El dolo incidente (*dolus incidens*) o mejor dicho incidental, es el engaño que sin determinar la realización del acto, ha logrado que la víctima consienta en condiciones más onerosas para ella^{60 bis}. Como luego se verá son muy diferentes los efectos de uno y otro dolo.

1756.— II) Una antigua clasificación romana del dolo lo dividía en dolo *malo* y dolo *bueno*. El primero correspondía al concepto corriente; el segundo comprendía los casos de engaños con fines moralmente honestos, v.gr., el médico que engaña al enfermo sobre la gravedad de su estado. Esta clasificación, que por otra parte ha caído en desuso, resulta impropia porque referido a la influencia para lograr el consentimiento de otro, el dolo es siempre malo, ya que no es legítimo su empleo. Aun dejando de lado la cuestión moral del uso de medios reprobables (engaños, etc.) para obtener fines que se estiman buenos, lo cierto es que el derecho rechaza la posible influencia sobre la voluntad ajena para determinar la conducta jurídica; es una pretensión ilegítima de conducir las acciones de otro mediante la sustitución de su criterio por el propio.

⁶⁰ Conf. De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. I, § 570, p. 548.

^{60 bis} Conf. Cám. Civ. 2ª, "J.A.", 1955-I, p. 498; Sup. Corte Bs. As., "L.L.", t. 57, p. 9.

1757.— III) *Dolo directo e indirecto*: Dolo directo es el cometido por alguna de las partes otorgantes del acto, o por un representante suyo; indirecto el que proviene de un tercero.

1758.— IV) *Dolo positivo y negativo*: El primero consiste en acciones positivas del autor del engaño; el segundo se refiere a las omisiones voluntarias, las cuales se asimilan en sus efectos a las acciones dolosas *cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa* (art. 933). Es la solución adecuada.

1759. CONDICIONES PARA QUE EL DOLO DETERMINE LA ANULACIÓN DEL ACTO.— Los requisitos que debe reunir el dolo para que sea causa de anulación del acto están indicados en el art. 932, concebido así: “*Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las siguientes circunstancias: 1ª) que haya sido grave; 2ª) que haya sido la causa determinante de la acción; 3ª) que haya ocasionado un daño importante; 4ª) que no haya habido dolo por ambas partes*”. Nos referiremos separadamente a estas exigencias legales.

1760.— El dolo ha de ser *grave*, es decir apto para engañar a una persona que pone el cuidado corriente en el manejo de sus asuntos. Si la maniobra engañosa es tan grosera que una mínima precaución la habría desbaratado, el dolo no es grave. Lo es, en cambio, si el engaño tiene la suficiente entidad como para hacer caer en él a una persona medianamente precavida ^{60 bis 1}.

En la doctrina francesa se admite que la gravedad del dolo debe apreciarse en relación a la condición intelectual y de cultura del sujeto que padece el engaño ⁶¹. Entre nosotros, la misma opinión es sustentada por Machado, Salvat y Borda ⁶². No obstante su innegable fundamento racional, la solución parece dudosa ante lo dispuesto en el art. 909 de nuestro Código.

1761.— El dolo ha de ser *causa determinante* del acto, esto es, debe ser un dolo principal. Se reputa tal el engaño sin el cual el acto no se hubiese realizado ^{62 bis}; se opone al dolo incidental que “no es causa eficiente del acto” (conf. art. 934).

Para apreciar si el dolo empleado ha movido o no a la víctima a efectuar el acto, procede atender a las circunstancias y condiciones personales de ésta. Si la in-

^{60 bis 1} Conf. Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 46, p. 354; Cám. Civ., Sala “E”, “L.L.”, t. 101, p. 23. Comp. Spota, A. G., *op. cit.*, t. 36, n° 1926, p. 579.

⁶¹ Conf. Planiol, Ripert y Esmein, t. VI, n° 200, p. 272.

⁶² Machado, t. III, p. 151, nota art. 932; Salvat, *Parte General*, n° 2366, p. 970; Borda, G. A., t. II, n° 1150, p. 289. Conf. Cám. Civ., Sala “D”, 7-5-56, “L.L.”, t. 82, p. 596; Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 22, p. 1934; Cám. Ap. Bahía Blanca, “J.A.”, t. 67, p. 500.

^{62 bis} Conf. Cám. Civ., Sala “F”, “L.L.”, t. 104, p. 313.

dagación versa sobre la relación de causalidad que se dice existente entre el engaño y el acto, es ineludible el examen de los factores concretos del caso. Como dice Bédarride, no se debe preguntar si un espíritu razonable hubiera sucumbido o no, ya que la única cuestión a establecer es la de saber si el agente ha cedido a las maniobras empleadas para pervertir su voluntad y extraviar su consentimiento⁶³. Para esta investigación ceñida a las circunstancias de hecho, no hace obstáculo nuestro art. 909.

1762.— El dolo ha de ocasionar un *daño importante*, es decir, de cierta significación económica para la persona que lo sufre. Si el dolo no provoca daño alguno^{63 bis} o si éste es insignificante, no habrá lugar para una sanción tan grave como es la de nulidad del acto: “de minimis non curat Praetor”.

1763.— Por último el *dolo ha de ser recíproco*, pues si así fuera, el quejoso podría ser, a su vez, acusado por el contrario. La justicia no puede entrar a discutir sobre las trampas que emplean los inescrupulosos, y para expurgar la vida jurídica de esas torpezas, la ley cierra la puerta del pretorio en tales situaciones. *Qui propriam turpitudinem allegans non est audiendus*.

1764. SANCIONES A QUE DA LUGAR EL DOLO.— Las sanciones con las cuales la ley previene la realización de acciones u omisiones dolosas, y procura su remedio cuando ocurren, son diferentes según que el dolo reúna o no los requisitos antes examinados.

1765.— a) Cuando el dolo reúne las características indicadas en el art. 932, da lugar a dos sanciones, la *nulidad* y la *indemnización* de daños y perjuicios que funcionan acumulativa o alternativamente, a opción del interesado.

1766.— Por lo pronto el acto viciado por dolo es inválido, pero la sanción de nulidad sólo puede ser articulada por la víctima del engaño (conf. arts. 1049 y 1158). Es una nulidad relativa (conf. arts. 1048, 1058 y 1159). El acto no es nulo sino anulable, pese a lo expresado por el antiguo art. 954⁶⁴. La ley 17.711 ha eliminado la incorrecta calificación.

Además de la nulidad, y conjuntamente con ella, la víctima del dolo puede reclamar los daños y perjuicios que la realización del acto nos parece indudable

⁶³ Bédarride, J., *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, t. I, n° 26, p. 21.

^{63 bis} Conf. Cám. Civ. 2°, “L.L.”, t. 62, p. 441.

⁶⁴ Véase Llambías, J. J., *Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos*, “L.L.”, t. 50, p. 876, n° 4, b.

que el supuesto queda regido por los principios generales que indican el resarcimiento⁶⁵. En igual sentido se expiden Salvat y Borda⁶⁶.

Para determinar el monto de la indemnización deben computarse las erogaciones efectuadas por el demandante como consecuencia de la realización del acto inválido, las cuales habrían sido evitadas si el acto no se hubiese celebrado: se trata de reparar lo que Ihering llama el "interés negativo"⁶⁷.

1767.— La víctima del dolo puede optar por dejar subsistir el acto en la plenitud de su eficacia y reclamar al propio tiempo los daños y perjuicios que la comisión del dolo le ha causado. Entonces el dolo principal funcionaría como dolo incidental, y si en este último supuesto el damnificado está autorizado para pedir el resarcimiento (conf. art. 934) *a fortiori* puede demandarlo quien ha sido víctima de un dolo principal⁶⁸.

En cuanto a la subsistencia de la eficacia del acto no puede haber objeción alguna, ya que la nulidad es meramente relativa y el titular de la acción puede renunciar a ella. El autor del dolo no puede objetar la opción del damnificado, ya que él está impedido para alegar la nulidad y no podría forzar a aquél a que lo hiciera.

1768.— Debe hacerse notar que en uno u otro supuesto, se está en presencia de un mismo hecho (el acto inválido) que da lugar a dos acciones diferentes según el propósito del accionante. El titular de la acción de nulidad podrá conjugarla con la resarcitoria si la anulación del acto no le basta para restituirlo al *statu-quo-ante* y queda un saldo deficitario susceptible de ser indemnizado. Pero como independientemente dispone de una acción en responsabilidad, el damnificado podrá dejar de lado la de nulidad y atenerse sólo a la resarcitoria⁶⁹.

Con todo debe observarse que la independencia de ambas acciones se trasuntaba en la diversa prescripción de una y otra, ya que la acción de nulidad prescribe a los dos años (conf. art. 4030) en tanto que la acción indemnizatoria de perjuicios era de prescripción anual, conf. art. 4037 "in fine"⁷⁰. La ley 17.711 ha establecido el mismo lapso para ambas acciones.

1769.— *b)* Si el dolo no reúne todos los caracteres señalados por el art. 932, no da lugar a la nulidad del acto, pero siempre el damnificado podrá recurrir a la acción resarcitoria a menos que él también haya incurrido en

⁶⁵ Véase Llambías, J. J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, § 35, p. 64.

⁶⁶ Salvat, *op. cit.*, n° 2378, p. 975; Borda, G. A., t. II, n° 1154, p. 290.

⁶⁷ Ihering, *Oeuvres choisies*, París, 1895, t. II, ps. 1 y ss.

⁶⁸ De acuerdo, Salvat, n° 2377, 3°, p. 975.

⁶⁹ Así se admitió por la Cám. Civ. 1ª en el juicio "Del Frade v. Banco de la Nación Argentina y otra", "J.A.", t. 53, p. 106, con valiosa nota de J. A. Moyano.

⁷⁰ Véase Llambías, J. J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, n° 38, p. 66.

dolo. Sea que el dolo no resulte grave (falla del primer requisito), o que sea meramente incidental (falla del segundo requisito) o que el perjuicio ocasionado sea de escasa importancia (falla del tercer requisito), no podrá discutirse la validez del acto, si bien el damnificado podrá obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que sean imputables al dolo empleado.

Esta solución es expresa en la ley para el segundo de los supuestos mencionados (conf. art. 934). Respecto de los otros dos casos, tampoco hay duda alguna ya que la conclusión surge de los principios generales. En efecto, las maniobras dolosas configuran un delito civil que obliga al responsable a reparar el daño causado, para lo cual no es óbice el carácter burdo del engaño, o la escasa cuantía del perjuicio.

Salvat contrariamente, opina que el dolo si no es grave no da lugar a indemnización ^{70bis}. No podemos compartir este aserto, no sólo porque los principios básicos de la responsabilidad siguen funcionando, sino porque aquí no habría razón valedera para dejar sin protección al cándido o necio que cayó en una trampa notoria (dolo no grave). Se comprende que no se invalide el acto cuando media culpa de la propia víctima, pero no se explica en cambio que quede sin reparar el daño causado por un hecho ilícito, carácter éste que no queda eliminado por la estolidez del damnificado ⁷¹.

1770.— *c*) Si el dolo es recíproco ninguna de las partes puede aducir la nulidad o reclamar la indemnización de los perjuicios. El primer punto ha sido ya explicado. En cuanto al segundo, la conclusión se impone por razón de analogía, pues si el dolo propio impide que se pueda invocar el dolo del contrario para anular el acto, los mismos motivos de orden moral se oponen a la indemnización en esta especie, ya que habría que entrar a discutir la malicia de las partes ⁷².

1771. FUNDAMENTO DE LA NULIDAD.— La sanción de nulidad que recae sobre el acto viciado por dolo se funda en el *falseamiento de la intención* que padece la persona engañada, la cual sólo ha consentido en razón de ese engaño. El dolo actúa sobre la voluntad, falseando los móviles del agente que se ha determinado en vista de una finalidad ficticia que le ha hecho suponer real la maniobra empleada. Hay una adulteración de la intención del sujeto que exige liberar a éste del acto cumplido: tal el sentido de la nulidad.

^{70 bis} En igual sentido, Spota, A. G., *op. cit.*, t. 36, n° 1926, p. 583, n° 31.

⁷¹ Comp. Salvat, R., *Parte General*, n° 2383, p. 977; igualmente Cám. Civ. 1°, "Gac. del Foro", t. 15, p. 311.

⁷² Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 2382, p. 288.

El parentesco de esta situación con la que deriva del error es puntualizado por todos los autores. En el error la víctima se engaña a sí misma; en el dolo, es engañada por una voluntad ajena. Esta intervención maliciosa de un extraño explica que la ley trate más favorablemente a la víctima del dolo que a la del error, de manera tal que si la creencia errónea inducida por el dolo versa sobre alguna cualidad accidental de la cosa u otro elemento accesorio del acto se la considera suficiente para anular el acto, lo que no ocurre tratándose del simple error (conf. art. 928).

Borda opina que en el supuesto del dolo la nulidad se basa en el hecho ilícito de quien comete el engaño⁷³. Pero no es así, pues sigue siendo ilícito el hecho consistente en un dolo incidental —que por eso compromete la responsabilidad del agente— y sin embargo el acto jurídico obrado mediando ese dolo menor no se anula. Si la causa de la nulidad fuese la comisión de un hecho ilícito, correspondería anular todos los actos celebrados mediando dolo, fuere éste principal o incidental, puesto que siempre el dolo configura un hecho ilícito. Pero como sólo el dolo principal da lugar a la anulación del acto, ello demuestra que esa anulación no deriva del carácter ilícito de los engaños practicados para lograr la celebración del acto. En verdad, la acción (u omisión) dolosa configura un hecho ambivalente. Por otra parte, en cuanto falsea la intención del agente, afecta la voluntariedad del acto y da lugar al remedio de la nulidad, que en este caso, como en otros, reviste un carácter protector. Por otra parte constituye un acto ilícito y como tal compromete la responsabilidad del autor del dolo. Pero con dos virtualidades relativamente independientes, lo cual explica que el dolo pueda ser insuficiente para anular el acto, pero bastante para dar derecho a la indemnización del daño sufrido, v.gr., el dolo incidental.

Por otra parte, si el fundamento de la nulidad fuese el hecho ilícito, la nulidad tendría que ser absoluta; pero es relativa^{73 bis}.

1772. DOLO DE UN TERCERO.— Nuestro Código no admite diferencia alguna según que provenga el dolo de la contraparte o de un tercero (conf. art. 935).

De aquí se siguen las siguientes consecuencias:

1*) El acto viciado por dolo de un tercero es anulable, aunque la parte beneficiaria del engaño sea inocente. Para ello el dolo del tercero deberá reunir los requisitos generales.

⁷³ Borda, G. A., t. II, n° 1148.

^{73 bis} A partir de la 3ª ed. de su obra Borda insiste en su punto de vista originario con nuevas consideraciones que, según pensamos, no desvirtúan las objeciones consignadas en el texto. En sentido análogo al expuesto por nosotros: Alsina Atienza, D., "J.A.", 1955-IV, secc. doct., p. 75, núms. 27-28.

2º) El tercero incurso en dolo es responsable de los daños y perjuicios que sufre la parte engañada, salvo que esta última también hubiera cometido dolo.

3º) Si la obra parte es cómplice del dolo del tercero, la responsabilidad se extiende solidariamente a uno y a otro. Hay complicidad desde que la contraparte conoce el dolo del tercero (conf. arts. 935 y 942).

4º) Si en cambio la contraparte ignora el dolo del tercero, ella no incurre en responsabilidad por las pérdidas e intereses (conf. arts. 935 y 943).

1773.— Nuestro sistema legal, inspirado en Freitas (*Esbozo*, arts. 475 a 480) se aparta del régimen tradicional referente al dolo de un tercero.

El derecho romano distinguía dos situaciones diversas según que el dolo del tercero contase o no con la complicidad de la contraparte. Sólo en este último caso se reconocía el dolo como causa de nulidad, pues si la parte permanecía ajena al engaño, la única sanción consistía en la reparación de los perjuicios a cargo del tercero, autor del dolo.

La misma regulación del derecho romano fue adoptada por el Código Napoleón (art. 1116) y los demás códigos modernos, tales como el español (art. 1269), el uruguayo (art. 1275), el chileno (art. 1458), el boliviano (art. 707), el colombiano (art. 1515) y el italiano (art. 1439).

Por su parte los códigos alemán (art. 123, inc. 2º) y suizo de las Obligaciones (art. 28, inc. 2º) siguen el mismo sistema con una leve variante: para anular el acto no se requiere la complicidad de la otra parte, sino que basta que ella haya *debido conocer* el dolo empleado, posibilidad que deja a los jueces libertad para pronunciar la nulidad en la mayor parte de los casos que puedan presentarse.

Sólo el Código brasileño (art. 95), tal vez por haber bebido en la misma fuente, sigue igual sistema que el nuestro.

En nuestra opinión los regímenes argentinos y brasileño son los que responden mejor a las nociones fundamentales que deben regir esta materia ⁷⁴. Si como se ha visto, la nulidad de los actos viciados por dolo, se basa en la adulteración de la intención del sujeto, lo cual afecta la voluntariedad del acto celebrado, la sanción procede quienquiera sea el autor de la maniobra. En cuanto a la responsabilidad por los daños y perjuicios, incumbe sólo a los que han cometido o participado en la comisión del hecho ilícito.

1774. PRUEBA DEL DOLO.— El dolo configura un hecho ilícito y al propio tiempo, si reúne los extremos ya examinados, constituye un vicio de la voluntad.

⁷⁴ Conf. Planiol, Ripert y Esmein, VI, n° 204, p. 277; Josseland, t. II, vol. 1, p. 70, n° 96; Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, 10ª ed., n° 67, p. 49; Salvat, *Parte General*, n° 2372, p. 973.

En cualquier caso la prueba incumbe a la parte que aduce haber sido víctima del dolo, la que tendrá también que acreditar que en la maniobra engañosa concurren aquellos requisitos, si pretende la anulación del acto celebrado. Cuando se aduzca el dolo recíproco, el dolo del demandante tendrá que ser probado por el demandado: *reus in exceptione fit actor*.

Son los principios comunes acerca del cargo de la prueba.

Finalmente es una prueba que puede producirse *ad libitum*: se trata de simples hechos para los cuales procede el empleo de cualquier medio de prueba ^{74 bis}.

§ 4. Fuerza e intimidación. Violencia ejercida por un tercero. Temor reverencial. Estado de necesidad *.

1775. NOCIONES GENERALES.— Se denomina violencia a la coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona para determinarla contra su voluntad, a la realización de un acto jurídico ⁷⁵. Asume dos formas: la violencia física o moral. La primera, también llamada “fuerza” en nuestro derecho, tiene lugar cuando la voluntad se manifiesta bajo el imperio de una presión física irresistible. La segunda o “intimidación” consiste en la amenaza de un sufrimiento futuro aunque inminente ⁷⁶.

A estas dos formas de violencia se refieren los arts. 936 y 937. La diferenciación responde a una diversidad de situación que es fundamental; pero en la práctica la cuestión pierde gran parte de su interés por resultar puramente hipotético el caso contemplado en el art. 936, que consigna una previsión además innecesaria (véase *infra*, nº 1777).

1776. ANTECEDENTES.— En Roma el derecho pretoriano atribuía a la violencia física o moral una significación un tanto distinta. La primera —*vis absoluta*— resultaba del empleo de una fuerza material que reducía a la víctima a un estado pasivo, convertida en mero instrumento de la voluntad de otro; destruida la voluntad, y por tanto el acto obrado carecía de existencia como acto jurídico.

^{74 bis} Se ha entendido que constituye un importante indicio de la ausencia de la falsedad y dolo imputado a la otra parte, la no promoción de querrela criminal previa o paralela a la acción de nulidad: Cám. Civ., Sala “C”, “L.L.”, t. 101, p. 594. Sobre la necesidad de admitir toda clase de pruebas, particularmente la de presunciones: Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 108, p. 669.

* BIBLIOGRAFÍA. Demogue, R., *De la violence comme vice du consentement*, “Revue Trim. de Droit Civil”, 1914, p. 435; De Gásperi, L., *Tratado de las obligaciones*, t. I, § 580 y ss., ps. 561 y ss.; Parry, A., su nota en “J.A.”, t. 21, ps. 390 y ss.; Breton, A., *La notion de la violence*, París, 1925, y su nota en “Sirey”, 1926, t. I, p. 121.

⁷⁵ Conf. De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. I, § 580, p. 561.

⁷⁶ Conf. Planiol, Ripert y Esmein, *op. cit.*, t. VI, nº 191, p. 260.

La violencia moral —*vis compulsiva*— en cambio, consistía en el temor actual de un mal inminente: como enseña Cuq⁷⁷, debilita la voluntad sin destruirla. El acto no era inexistente, pero como la voluntad estaba viciada se reconocía al sujeto el derecho a pedir la rescisión, independientemente de la acción de daños y perjuicios. Se decía con una frase de los glosadores romanos que explicaba la doctrina: “*coactus voluit, sed tamen voluit*”. Es decir, puesto ante dos males el coaccionado optó por uno: la celebración del acto; pero si eligió consintió aunque imperfectamente. Luego, el contrato existe, aunque es susceptible de anulación.

Esas distinciones han pasado más o menos desfiguradas al derecho moderno. En Francia, la doctrina resta importancia a la diferenciación de violencia física o moral, pues estima que en ambas hipótesis la voluntad se determina por el temor⁷⁸. Por otra parte es doctrina corriente que los supuestos en que el agente sufre una presión material irresistible, v.gr., si es forzado a firmar llevado de la mano, y dirigido a pesar suyo, quedan al margen de la nulidad prevista en el art. 1112 del Cód. Napoleón: el contrato o acto no sería simplemente nulo, sino inexistente. Tal la doctrina expuesta por Demolombe, Larombière, Laurent, Bufnoir, Huc, Demogue y Josserand⁷⁹.

1777. EL LLAMADO VICIO DE FUERZA.— Según el art. 936, “*habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible*”. Esta disposición que estaría mejor ubicada a continuación del art. 922 parece tener su origen en el art. 468 del *Esbozo* de Freitas, que define a la fuerza en los siguientes términos: “habrá fuerza cuando alguien hubiere inmediatamente empleado contra el agente un constreñimiento corporal, por el cual lo reduzca a instrumento pasivo del acto”.

En esta hipótesis, si el sujeto es reducido al estado de mero instrumento pasivo de otro por el empleo inmediato de una presión material irresistible, no puede hablarse de acto. La acción ejecutada no puede ser imputada al agente aparente sino al agente real. Cuando *A* reduce a *B* a la impotencia física, le coloca en la mano un revólver, y lo constriñe materialmente a apretar el gatillo, el efecto del disparo no puede imputarse a *B* sino a *A*. Igualmente ocurre tratándose de la realización de actos jurídicos. Si alguien me toma la mano, y llevándomela estampa mi firma en un documento, no soy yo quien firma sino el otro que lo hace con mi mano. El acto obrado no es mío sino de él, por lo que para apartar de mí sus consecuencias, basta

⁷⁷ Citado por De Gásperi, L., *op. cit.*, t. I, n° 581, p. 561.

⁷⁸ Entre nosotros la misma opinión emite Borda, t. II, n° 1161 bis, p. 293.

⁷⁹ Demolombe, t. XXIV, p. 122, núms. 132 y 133; Larombière, t. I, p. 65, n° 3, sobre arts. 1111, 1112, 1113 y 1114; Laurent, XV, p. 586, n° 511; Huc, t. VII, p. 42, n° 28; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 605; Demogue, *Obligaciones*, t. I, p. 481, n° 292; Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, p. 93, n° 71.

mostrar los hechos sin que sea menester la intervención de ninguna sanción legal que invalide el acto.

Por esta consideración, los civilistas franceses que equiparan la *vis absoluta* de los romanos al “error obstáculo” (error sobre la identidad del objeto o sobre la naturaleza del acto) como factores excluyente de la voluntad, concluyen que el acto obrado en tales condiciones es un acto jurídico inexistente⁸⁰.

Esta conclusión es exacta, no obstante la comprensión diferente de Vélez Sarsfield (comp. art. 941). El legislador no puede torcer la naturaleza de las cosas, ni hacer que sea lo que no es. Es cierto que puede reputar como existente lo que no es —ficción jurídica—. Pero en esta hipótesis la ficción es enteramente innecesaria y absurda, pues ¿para qué se ha de fingir la existencia de lo que no existe, si lo que se desea es borrar por la nulidad la existencia ficta del acto?

Por otra parte la confusión entre nulidad e inexistencia da lugar a equívocos de importancia en el orden práctico (véase *infra*, n° 1912).

En suma, el acto obrado bajo un constreñimiento corporal que reduce al agente a la condición de mero instrumento pasivo, como decía Freitas es un acto jurídico inexistente por falta de sujeto, que queda al margen de la teoría de las nulidades.

1778. EL VICIO DE VIOLENCIA.— Eliminada la fuerza física irresistible, sólo queda como vicio del acto, a este respecto, la violencia moral o intimidación. Según el art. 937, “*habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos*”.

Cuando se ejerce la coerción descripta, la voluntad del sujeto no desaparece, pero ella está viciada por resultar afectada fundamentalmente la libertad del agente. “*Coacta voluntas, est voluntas; coctus volui sed volui*”, como recuerda Freitas en la pág. 250 del *Esbozo*. La voluntad coercionada es voluntad; quise constreñido, pero quise. No obstante lo cual, como la voluntad se ha manifestado perturbada en su libertad la ley acuerda al sujeto el derecho de hacer funcionar la sanción de nulidad.

Para que esto ocurra deberán estar reunidos todos los extremos que la ley señala, los cuales recorreremos brevemente:

1779.— a) En primer lugar la intimidación debe responder a una *amenaza injusta*. La amenaza es la promesa de causar, eventualmente, un mal a alguien. Para que ella dé lugar al vicio de violencia, debe estar calificada por la injusticia. Si el que amenaza se limita a prometer el ejercicio de su derecho, no hay vicio de

⁸⁰ Conf. De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. I, § 584 “in fine”, p. 564. Ver los autores franceses citados en la nota anterior.

violencia (conf. art. 939). Ejemplo: la firma de un pagaré que obtuviese el médico por el monto de sus honorarios, bajo la amenaza de iniciar juicio a su paciente ^{80 bis}.

El ejercicio abusivo de un derecho configura una amenaza injusta ⁸¹. Ejemplo: el acreedor en razón de un delito cometido contra él, obtiene del deudor el reconocimiento de una deuda mayor al perjuicio sufrido, bajo la amenaza de iniciar acción criminal en caso contrario. Si bien el damnificado está autorizado para promover acción criminal contra el delincuente, no lo está para explotar a éste beneficiándose con una suma superior al perjuicio efectivo. En tal caso, el *abuso* torna injusta la amenaza por sí misma legítima.

1780.— *b*) En segundo término el vicio de la violencia para ser tal, debe provenir del “*temor fundado* de sufrir un mal”. No cualquier clase de temor configura el vicio de violencia, sino que debe ser un temor “fundado”, es decir, racional y proporcionado a la amenaza empleada y a las condiciones personales de la víctima ^{81 bis}.

El derecho romano, como dice Savigny, bajo la influencia de la filosofía estoica, no protegía la debilidad de carácter, ni las vanas quimeras ⁸². De aquí que sólo se considerase la intimidación suficiente para amedrentar a un hombre de coraje ⁸³. Era un criterio objetivo, que se medía conforme a un cartabón elaborado de acuerdo a las nociones vitales entonces aceptadas.

La antigua legislación española, sin duda templada por el cristianismo, no se tan exigente, pues admitía la violencia siempre que la amenaza infundiese temor a “todo ome, maguer fuesse de grand corazón” ⁸⁴. Con todo se trataba aun de un criterio objetivo.

El Código Napoleón adoptó al respecto un temperamento impreciso y si se quiere contradictorio, ya que en su art. 1112 exige que la violencia sea suficiente para impresionar a una persona razonable, con lo cual parece enrolarse en la orientación tradicional de los criterios objetivos. Sin embargo, a renglón seguido alude a la consideración de la edad, el sexo y la condición de la persona, lo cual es típico el criterio subjetivo.

^{80 bis} Conf. Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, 1943-III, p. 123; Cám. Civ. 1ª, “L.L.”, t. 23, p. 750; *id.*, *Gac. del Foro*, t. 17, p. 109 y t. 161, p. 186.

⁸¹ Conf. Salvat, *Parte General*, n° 2397, p. 982; Borda, t. II, n° 1163, p. 294; Spota, A., 36, n° 1944; Segovia, t. I, p. 260, nota 38; Cám. Com., “L.L.”, t. 70, p. 127; Cám. 2ª La Plata, “L.L.”, t. 110, fallo n° 49.921; Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 98, p. 347.

^{81 bis} Conf. Cám. Civ., Sala “C”, “L.L.”, t. 74, p. 376, y “J.A.”, 154-III, p. 522; *id.*, Sala D”, “J.A.”, 1953-I, p. 11; Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 36, p. 1342; *Supr. Corte San Juan*, “L.L.”, t. 1, p. 277; Cám. Civ., Sala “E”, “L.L.”, t. 101, p. 788.

⁸² Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, t. II, § 114, p. 207.

⁸³ *Digesto*, Libro 4, tít. 2, ley 6.

⁸⁴ Partida 4ª, tít. 15.

Nuestro Código ha seguido sin vacilación alguna este último. Así el art. 938 establece que “la intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión”. Se trata de un juicio eminentemente circunstancial. Cuando más débil fuere el carácter de la persona amenazada, más se justifica que acuda la ley en su auxilio admitiendo el vicio de la voluntad y con ello la nulidad del acto jurídico realizado.

1781.— c) La víctima de la violencia ha de experimentar el temor de sufrir un mal *inminente* y grave.

La *inminencia* alude a la ocurrencia del daño en un lapso breve, casi inmediato, que imposibilita a la víctima recurrir a la autoridad para paralizar la amenaza o defenderse de ella ^{84 bis}.

La *gravedad* del mal se refiere a su magnitud con relación al valor que para la persona tiene el bien sobre el cual pende la amenaza. Naturalmente cuanto más valga para el agente el bien amenazado, más grave será el mal que pueda sufrir la víctima de la violencia, independientemente de que ésta se ejerza por medios físicos o morales. En nuestro tiempo, suelen éstos ser más eficaces para lograr el propósito buscado por el autor de la violencia.

1782.— d) Finalmente, el mal amenazado puede recaer ya en el *cuerpo* del gente, ya en sus *bienes espirituales* como la libertad o la honra, o en sus *bienes patrimoniales*; y no sólo de sí mismo, sino también de su cónyuge, descendientes o ascendientes legítimos o ilegítimos. Ejemplos: 1º) si se maltrata al sujeto, si se lo golpea o hiere, a él o a las demás personas de su familia mencionadas, para determinar a realizar un acto jurídico, v.gr., contraer matrimonio con cierta persona; 2º) si se priva de libertad al sujeto o personas indicadas, con el mismo fin; 3º) si se lo amenaza con la calumnia o la denuncia pública de hechos deshonorosos; 4º) si se amenaza con la destrucción de bienes, como incendio de cosechas, matanza de animales, sabotaje, etc.

1783.— Con relación a las personas mencionadas en el art. 937, opina Salvat que según la doctrina legal la amenaza contra ellas equivale a la que se esgrime contra el propio agente, de manera que “cualesquiera sean las relaciones existentes entre la víctima y esas personas, aun cuando se probara que hay entre ellas esos odios y rencores frecuentes en las familias, a pesar de todo, probadas las amenazas y suponiendo que concurren también las demás condiciones que la ley exige, el acto tendría que ser anulado” ⁸⁵.

^{84 bis} Comp. Cám. Civ., Sala “D”, “J.A.”, 1953-I, p. 14, y “L.L.”, t. 68, p. 371, con nota de Orgaz.

⁸⁵ Salvat, R., *Parte General*, n° 2404, 1º, p. 985.

No compartimos esta interpretación. Entendemos que el art. 937 exime a la víctima de la violencia de toda otra prueba, bastando la del próximo parentesco que induce la existencia del afecto, como demostración suficiente de la violencia moral aducida. Pero si contra ella se acredita por quien desconoce la violencia que no sólo no hay afecto entre los parientes, sino hasta odio, entonces la presunción legal cae, debiendo entenderse que no ha mediado la falta de libertad moral invocada. Según recuerda Freitas, “el legislador debe juzgar humanamente las cosas humanas”⁸⁶, y la experiencia indica que aun cuando los dictados de una moral elevada exigirían otro comportamiento, de ordinario el hombre no considera como propio el mal hecho a sus enemigos. Por tanto, ha de concluirse que no comporta violencia moral el mal hecho al cónyuge, descendiente o ascendiente del agente si se prueba el rencor u odio existente entre ellos.

1784. AMENAZA A UN EXTRAÑO.— Otra cuestión que resta dilucidar es la de saber si puede constituir violencia moral el mal con que se amenaza a un tercero, extraño al agente.

En el derecho francés el punto se presta a controversias, pues niegan la violencia moral Aubry y Rau, Delvincourt, Duranton, Laurent y Huc⁸⁷, mientras la aceptan en la especie Demolombe, Larombière, Colmet de Santerre, Marcadé, Baudry-Lacantinerie, Planiol y Savatier⁸⁸.

Entre nosotros el asunto se ve facilitado por la nota al art. 937, donde Vélez Sarsfield, tomando las razones de Marcadé, dice: “Dicho art. 937 no es limitativo a las personas que en él se designan. Si mi negativa a firmar un acto debe hacer ejecutar la amenaza de arruinar a un hermano, o de infligir malos tratamientos a una persona de mi amistad o de asesinar a una persona que me es extraña, si se quiere, es claro que la violencia ejercida contra esa tercera persona produce en mí una violencia moral, un temor que me es enteramente personal. El sentido, pues, del artículo es que en el caso de los esposos, descendientes o ascendientes, la violencia ejercida contra una de esas personas, producirá el mismo efecto que si hubiere sido contra la parte, mientras que respecto a las otras personas, los jueces podrán resolver por las circunstancias del caso”.

Con esta explicación la mente de la ley está meridianamente clara. Como enseña Planiol respecto del texto similar francés —el art. 1113 del Código Napoleón—, cuando la amenaza se dirige contra una persona que no figura en la enumeración de la ley, es necesario probar que esta amenaza ha gravitado sobre el espíritu de quien se dice moralmente coercionado, mientras que tratándose de personas

⁸⁶ Esbozo, t. I, p. 250.

⁸⁷ Aubry y Rau, t. IV, § 343 bis, p. 300, nota 14, “in fine”; Delvincourt, *Cours de Code Civil*, París, 1824, t. II, p. 462; Duranton, *Cours de droit français*, París, 1844, t. X, p. 152; Laurent, t. XV, n° 520; Huc, t. VII, n° 31.

⁸⁸ Demolombe, t. XIV, núms. 161 y 162; Larombière, t. I, art. 1113, 16; Demante y Colmet de Santerre, V, n° 23 bis; Marcadé, t. IV, n° 413; Baudry-Lacantinerie et Barde, núms. 89 a 92; Planiol, t. II, n° 1072; Savatier, t. II, n° 113, p. 56.

mencionadas por la ley esta prueba es innecesaria, pues hay una presunción legal de violencia ⁸⁹. Pero nosotros entendemos, como hemos dicho en el número precedente, que la presunción de la ley es sólo *juris tantum* ^{89 bis}.

1785. SANCIONES A QUE DA LUGAR LA VIOLENCIA.— Como en el supuesto similar del dolo, el vicio de violencia puede aparecer en dos situaciones diversas, según que reúna los caracteres indicados en el art. 937, o que, por el contrario, falle uno o más de sus requisitos. Nos referiremos someramente a ambas especies.

1786.— *a*) Cuando la violencia reúne los requisitos que la ley establece, procede la aplicación de dos sanciones distintas e independientes, a saber: la *nulidad* del acto y la *indemnización* de los daños y perjuicios que sufre la parte violentada.

Por lo pronto el acto obrado es *anulable* (conf. art. 1045, cláusula 4^a) y de *nulidad relativa*, ya que la invalidez sólo puede ser esgrimida por quien padeció la violencia (conf. arts. 1048, 1049 y 1158). El fundamento de la nulidad consiste en la restricción ilegítima de la libertad del agente, y no en la ilicitud de la violencia, pues aun cuando ésta no cause daño patrimonial a la víctima, la nulidad es procedente. Como sin daño causado no hay hecho ilícito civil (véase *supra*, n° 1428), esto corrobora que la nulidad no se funda en el hecho ilícito ⁹⁰.

Pero si la violencia causa algún daño al violentado, se abre a favor de éste una acción de resarcimiento del perjuicio sufrido. Esta acción es independiente de la

⁸⁹ Planiol, M., t. II, n° 1072, 3°, p. 367. Entre nosotros, Salvat piensa que es imprescindible la prueba del afecto por el tercero amenazado (*op. cit.*, n° 2404, p. 986); para Borda, no (*op. cit.*, t. II, n° 1166, p. 297). Pero aun cuando falte la prueba de ese extremo, es siempre necesario demostrar la impresión en el ánimo del agente, que resiente su libertad.

^{89 bis} Borda se sorprende de que el Anteproyecto de 1954 “insista en limitar la órbita de aplicación de la violencia a las amenazas dirigidas al propio contratante o a sus ascendientes, descendientes y cónyuge” (*op. cit.*, t. II, n° 1166, p. 325). Pero no hay tal: conforme a la doctrina del texto, luego de tratar el régimen de esos parientes, en el art. 150, el Anteproyecto agrega en el art. 151 que “si el mal amenazado afectase a otra persona el juez podrá considerar viciada la voluntad del agente, conforme a la prudente apreciación de las circunstancias del caso”.

⁹⁰ Comp. Borda, G. A., t. II, n° 1161, p. 293. Este autor reitera a partir de la 3ª edición de su obra que el fundamento de la nulidad de lo obrado mediando violencia reside en la ilicitud de la acción y no en la falta de libertad del agente: de ahí que exija contra lo sostenido en el texto la necesidad de que la acción violenta ha provocado perjuicio para que haya lugar a la nulidad. Pero a diferencia del dolo, la violencia provoca la nulidad del acto aunque el violentado no sufra perjuicio: es claro que es anulable la venta obtenida por intimidación ejercida sobre el propietario, pese a abonársele el precio real de la cosa. Imagínense las derivaciones a que daría lugar el autorizar el ejercicio de la fuerza cuando no se pudiera probar el perjuicio del violentado. Desde luego el Código no prevé que el daño sea un extremo de la acción de nulidad (comp. art. 932, inc. 3°).

nulidad, por lo que puede deducirse sola o acumulativamente con aquélla a opción del demandante. En el primer caso el interesado se desentiende de la invalidez del acto que deja subsistir en la plenitud de su eficacia pero procura la reparación de los daños y perjuicios que el proceder malicioso de la otra parte le ha causado. En el segundo caso el interesado ataca la validez del acto y adicionalmente demanda el resarcimiento de los gastos que la celebración del acto inválido le ha provocado.

En ambos casos la acción de daños y perjuicios tiene el mismo fundamento, que reside en la conjunción de los extremos legales que hacen nacer una acción en responsabilidad, a saber: 1° realización de la violencia, ilegítima, que la ley prohíbe (arg. arts. 910 y 911); 2° daño sufrido por la víctima de la violencia (conf. art. 1067, “daño causado”); 3° imputabilidad del daño al autor de la violencia, en razón de su culpa o dolo (conf. art. 1067 “in fine”).

La nulidad sólo influye sobre la acción en responsabilidad, en lo que concierne al monto de la indemnización, ya que diversa será la cuantía del daño según que la víctima se proponga destruir el acto mediante la acción que provoque el pronunciamiento de la nulidad, o que renunciando a ésta procure la reparación de los perjuicios que aún la subsistencia del acto deja en descubierto.

Finalmente, la independencia de ambas acciones hasta se advertía en el Código de Vélez por la diversa prescripción de una y otra. La acción de nulidad prescribe a los dos años (conf. art. 4030) y en cambio la de daños y perjuicios al año (conf. art. 4037 “in fine”). Es una diferenciación que la ley 17.711 ha eliminado al fijar en dos años el lapso del nuevo art. 4037.

1787.— *b)* Si la violencia no reúne los caracteres expresados en el art. 937, la nulidad está fuera de cuestión, pero siempre es viable la reparación del perjuicio que no habría sufrido el damnificado de no promediar aquella violencia.

El Código incurriendo en la misma omisión del Código francés, no ha considerado especialmente la que podría llamarse “violencia incidental” guardando la analogía existente con el dolo. Pero no cabe duda de que en la especie, como en la relativa al dolo incidental, la reparación del perjuicio es procedente⁹¹. En efecto, se dan en ella, como en el caso anterior, la reunión de los extremos legales que comprometen la responsabilidad del autor de la violencia.

A este respecto dice Giorgi: “Es razonable que en materia de violencia se aplique por analogía el mismo criterio con que se procede en materia de dolo, donde se distingue el dolo principal y el dolo incidental; ya que los principios fundamentales de las dos materias son idénticos, y depende de la mayor rareza del caso el que la ley no hable de violencia incidental”⁹².

⁹¹ Conf. De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. I, § 585, p. 567.

⁹² Giorgi, J., *Obligaciones*, t. VI, n° 79, p 102.

1788. TEMOR REVERENCIAL.— Como dice Salvat, así se llama el temor de desagradar a ciertas personas a quienes se debe respeto y sumisión ⁹³.

Según el art. 940 “no es causa suficiente para anular los actos”, lo que debe entenderse, según lo aclara el art. 1114 del Código francés, fuente de nuestra disposición cuando se trata “del solo temor reverencial”. Pues si concurren actos de intimidación por parte de la persona a quien se debe el respeto o la sumisión, el temor reverencial puede considerarse para apreciar la impresión que la amenaza pueda haber causado en la víctima de la violencia (arg. art. 938).

1789. VIOLENCIA EJERCIDA POR UN TERCERO.— Si el autor de la violencia no es la contraparte sino un tercero, se reproducen las consecuencias ya estudiadas con relación al dolo.

El acto obrado será inválido (anulable y de nulidad relativa) si la intimidación reúne los caracteres generales (conf. art. 941).

En cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios, serán responsables solidariamente el tercero y la otra parte si ésta conociese la violencia ejercida (conf. art. 942); y sólo el tercero, si la contraparte ignorase la violencia empleada por aquél.

1790. ESTADO DE NECESIDAD ⁹⁴.— Después de haber estudiado los actos humanos que constituyen el vicio de violencia, corresponde examinar ahora lo que podría denominarse la *violencia objetiva*, es decir, la coacción resultante de los acontecimientos exteriores.

Se trata de saber si cuando el agente ha obrado bajo la coerción de necesidades apremiantes, cuya satisfacción es impostergable, resulta admisible la invocación de esos factores extraños al sujeto, como determinantes de un vicio de la voluntad para invalidar el acto obrado.

El punto ha sido examinado por lo general en orden a la responsabilidad del gente, a cuyo respecto se ha sostenido que el *acto necesario* no es ilícito y por lo tanto no compromete la responsabilidad de su autor, el cual sólo estaría obligado

⁹³ Salvat, R., *Parte General*, n° 2414, p. 992.

⁹⁴ BIBLIOGRAFÍA Lallement, P., *L'état de nécessité en matière civile*, París, 1922; Buteler, J. A., *El estado de necesidad en el Derecho Civil*, “Boletín Instituto de Derecho Civil”, Córdoba, año VI, n° 4; Martínez Carranza, E., *El estado de necesidad en el Derecho Civil*, Córdoba, 1942; Planiol, Ripert y Esmein, VI, n° 195, p. 265; Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ª ed., París, 1955, núms. 45 y 46; Acuña Anzorena, A., *El estado de necesidad en el proyecto de Código Civil*, “L.L.”, t. 11, sec. doctr., p. 33. Véase también nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. III, núms. 2230 y ss.

a reparar el daño derivado del hecho necesario en la medida de su enriquecimiento (aplicación del principio vigente en nuestro derecho, del enriquecimiento sin causa). Con todo, se ha observado que esa solución no sería viable sino cuando el sacrificio del bien ajeno produjese la conservación del bien propio salvado⁹⁵. De ahí que se aconseje la distribución del daño por vía legal entre el causante material del mismo y aquel en cuyo interés el daño hubiera sido cometido⁹⁶.

Pero éste no es nuestro problema. No interesa, ahora, considerar al estado de necesidad como supuesto de irresponsabilidad del agente sino como posible vicio de la voluntad para anular el acto jurídico obrado en su consecuencia.

1791.— *La postura tradicional* a este respecto fue terminantemente negativa. Si no mediaban acciones imputables a alguien, dirigidas a provocar la coacción moral de la persona cuyo consentimiento se deseaba arrancar, no había vicio de violencia. Así en el derecho romano, se afirmaba la validez del convenio por el cual alguien detenido por los ladrones o en poder del enemigo hubiese prometido a un tercero, ajeno, por cierto, al secuestro, un elevado precio por su rescate: se entendía que la violencia (privación de la libertad) no era causa sino ocasión del contrato.

Esta solución que como dice De Gásperi⁹⁷ denotaba “una concepción estrecha de la violencia, limitada al dominio de los vicios del consentimiento, cuando se la ejerce por una voluntad humana con el designio de arrancar el consentimiento”, pasó al derecho francés. En efecto, si bien el Código Napoleón no consideró explícitamente el punto, los comentaristas siguieron el cauce romanista para lo cual sin duda gravitó la opinión concordante de Pothier.

Cabe hacer notar, sin embargo, que el mismo Pothier y algunos de los juristas del siglo pasado insinuaron variantes en la decisión del caso, que no se conciliaban con la admitida validez del acto celebrado. Así Pothier concedía que si el precio era excesivo cabía su reducción a una justa recompensa⁹⁸. Duverger, sin dejar de inclinarse ante el parecer de Pothier, insinúa que en rigor nada se debe⁹⁹, y por su parte Marcadé llegaba hasta a admitir la posibilidad de anular el contrato cuando la deuda fuere excesiva, sin perjuicio de fijar una suma en pago del servicio prestado, según decía por efecto del cuasicontrato de gestión de negocios¹⁰⁰, hipótesis esta última a todas luces inaplicable.

Pero, con todo, la opinión general se negaba a ver allí un vicio de violencia¹⁰¹.

⁹⁵ Planiol, Ripert y Esmein, t. VI, n° 567, p. 780.

⁹⁶ Planiol, Ripert y Esmein, t. VI, 567, “in fine”, p. 781.

⁹⁷ De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. I, § 588, p. 572.

⁹⁸ Pothier, *Obligaciones*, t. II, n° 24, p. 17.

⁹⁹ Duvergier, su nota a Toullier, *Le Droit Civil français*, 6ª ed., t. III, parte 2ª, p. 52, n° 85, nota a.

¹⁰⁰ Marcadé y Pont, t. IV, p. 372, n° 415.

¹⁰¹ Demolombe, t. XXIV, n° 150, p. 137; Laurent, t. XV, p. 596, n° 519; Baudry-Lacan-

1792.— La situación varió en el año 1887 a raíz de un fallo dictado por la Corte de Casación francesa. Se trataba de la impugnación de un contrato de salvamento de un buque en riesgo de naufragio por un precio muy elevado, en el que la Corte decidió que “cuando el consentimiento no es libre, cuando se presta bajo el imperio del temor inspirado por un mal considerable y presente, el contrato celebrado queda viciado y es anulable” ¹⁰².

Esta solución ha sido aprobada por todos los autores. Según ella la violencia objetiva constituye vicio de la voluntad, cuando se ha abusado del peligro exterior en que se encuentra la víctima, para obtener de ella un lucro desmesurado. Hay entonces una asociación del beneficiario a las circunstancias externas que justifica que se lo haga responsable del daño que su abuso ha contribuido a causar. Se piensa que “existe la presión o coacción desde el momento en que se ofrecen los servicios necesitados o cuando ante la solicitud de ellos, se muestra disposición o aptitud a prestarlos, pero se exige un precio que el obligado a pagarlo no acepta de buen grado y sin resistencia. Con mayor motivo será así cuando, habiendo aceptado un encargo, se amenaza con no cumplirlo y con abandonar al interesado a un riesgo aumentado por ese abandono” ¹⁰³.

1793.— Jossérand va aún más lejos. Este autor enseña que así como el error es causa de nulidad de los contratos, cualquiera sea su origen, de igual modo, tratándose de la violencia, no hay por qué distinguir la que es intencional de la que proviene de un estado de necesidad, ya que ella debe ser estimada por el temor que inspira o sea por un vicio que está en el consentimiento de la víctima. De ahí que corresponda en ambos casos admitir la nulidad del contrato ¹⁰⁴.

1794. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO.— Por nuestra parte entendemos que la opinión de Jossérand ya era aplicable a nuestro derecho, aun antes de la ley 17.711.

En efecto, según el art. 900, “*los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna*”.

Consiguientemente si las circunstancias exteriores han resultado en extremo duras y apremiantes, v. gr., hambre, peligro inminente de muerte, etc., es dable ver en ellas un factor que ha afectado sustancialmente la libertad del agente. Pero el acto practicado sin libertad —o mejor dicho con libertad esencialmente coartada— “no produce por sí obligación alguna”. Por tanto la víctima de la violencia ob-

tinierie et Barde, I, p. 120, n° 77. Para el derecho italiano anterior al Código de 1942, véase De Ruggiero, R., *Instituciones*, t. I, p. 265.

¹⁰² Chambre des Requêtes, “Daloz”, 88, 1, 263; “Sirey”, 87, 1, 372.

¹⁰³ Planiol, Ripert y Esmein, VI, n° 195, p. 267. Conf. Bonnet, J., *Elementos de Derecho Civil*, México, 1945, t. II, n° 278, “in fine”, p. 300.

¹⁰⁴ Jossérand, *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, ps. 107 y ss

jetiva puede aducir ésta para invalidar el acto y liberarse así de obligaciones asumidas en estado de necesidad.

Con todo, para que este razonamiento sea jurídicamente adecuado la víctima de la violencia proveniente de los acontecimientos exteriores debe haber sufrido un “daño importante” a causa de la celebración del acto cuya invalidez persigue. Esta exigencia resulta analógicamente de lo dispuesto en el art. 932, inc. 3°, con relación al dolo, ya que si aun cuando promedia el engaño de otra persona, la ley descarta la nulidad por un daño leve, con mayor razón debe aceptarse esta restricción, en la especie examinada, en la cual no concurre la malicia de nadie, sino la sola urgencia de las circunstancias externas.

Esta última exigencia —daño importante— emparenta este caso con el admitido por los autores franceses (véase *supra*, n° 1792) y muestra cómo siempre debe despuntar el lucro ilegítimo, del cual deriva el daño de la víctima, para que ésta pueda aducir la violencia objetiva —estado de necesidad— como un vicio de su voluntad.

En suma, entendemos que en el régimen del Código de Vélez era dable invocar la falta de suficiente libertad causada por acontecimientos externos, como vicio de la voluntad si se reunían los requisitos siguientes: 1°) temor fundado (arg. art. 937); 2°) de sufrir un mal grave e inminente, ya en la persona o en los bienes, ya en sí mismo o en otro, conforme a las condiciones generales (arg. arts. 937, 938 y 939); 3°) daño importante causado al agente por el acto cuya nulidad se pide. Ejemplo: si para librarse de un peligro de muerte alguien acepta pagar un precio exagerado para zafar de la situación.

1794 bis. EXPLOTACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD: LEY 17.711.— Luego de la sanción de la ley 17.711, los actos obrados en estado de necesidad son inválidos siempre que el autor del acto en esa situación hubiese experimentado un daño importante a causa de la explotación de su estado por el otro contratante (véase *supra*, n° 1475 bis). Ello significa que por el juego del nuevo art. 954 el desarrollo que expresáramos en el n° 1794 ha quedado confirmado.

1795. PRUEBA DE LA VIOLENCIA.— Cualquiera fuere la forma de violencia ocurrida, la prueba de ella le incumbe a la parte que la invoca como vicio de la voluntad. Para ello puede recurrirse a cualquier medio de prueba ¹⁰⁵.

1795 bis. EL VICIO DE LESIÓN SUBJETIVA: REMISIÓN.— Hemos estudiado el vicio de lesión subjetiva *supra*, núms. 1472-1475 bis adonde remitimos al lector.

¹⁰⁵ Conf. Planiol, Ripert y Esmein, t. VI, n° 197, p. 269; Salvat, n° 2421, p. 996; Borda, G. A., t. II, n° 1171, p. 299; Cám. Civ., Sala “C”, “J.A.”, 1954-III, p. 522, y “L.L.”, t. 74, p. 376.

§ 5. Simulación: concepto; simulación lícita e ilícita; absoluta y relativa. Acción de simulación, diversos casos: a) Ejercicio de la acción por una parte contra la otra. El problema de la necesidad del contradocumento. Doctrina y jurisprudencia; b) Ejercicio de la acción por los terceros contra las partes. Prueba necesaria. Inoponibilidad del acto simulado con relación a terceros. Requisitos: artículo 996 *.

1796. ADVERTENCIA.— Habiendo concluido el estudio de los vicios de la voluntad, resta ahora considerar los llamados vicios propios de los actos jurídicos, tales como la simulación y el fraude.

1797. CONCEPTO DE SIMULACIÓN.— Ferrara define a la simulación como “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo” ¹⁰⁶.

Nuestro codificador nos da una noción descriptiva de la simulación. Para el art. 955 “*La simulación tiene lugar 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*”.

1798. REQUISITOS DEL ACTO SIMULADO.— Según el recordado concepto de Ferrara, los requisitos del acto simulado son tres: 1º) una declaración de voluntad disconforme con la intención efectiva del sujeto; 2º) concertada de acuerdo ente las partes del acto simulado; 3º) con el propósito de engañar a terceros.

* BIBLIOGRAFÍA: Ferrara, F., *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926; Acuña Anzorena, A., *La simulación de los actos jurídicos*, Bs. As., 1936; Cámara, H., *Simulación en los actos jurídicos*, Bs. As., 1944; Llambías, J. J., *La prueba de la simulación aducida por las partes*, “J.A.”, 1954-IV, p. 111; Cortés, H., *La simulación como vicio jurídico*, Bs. As., 1939; Fornatti, E., *Prueba de la simulación*, Bs. As., 1920; Novillo Saravia, L. (h.), *Vicios de los actos jurídicos: simulación y fraude*, Córdoba, 1940; Verdura y Trelles, E., *Algunos aspectos de la simulación*, “Anuario de Derecho Civil”, Madrid, enero-marzo 1950, ps. 22 y ss.; De Gásperi, L., *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1946, t. I, ps. 451-472.

¹⁰⁶ Ferrara, *op. cit.*, p. 74.

Conforme al primer requisito se suscita una declaración de voluntad *ostensible* carente de realidad que puede recubrir una diversa voluntad efectiva, o que puede ser en verdad enteramente vacía. Esta alternativa da lugar a dos especies de simulación, la absoluta y la relativa, cuya explicación se dará más adelante (véase *infra*, n° 1805).

En segundo lugar las partes del acto simulado se *conciertan* para constituir la apariencia resultante ^{106 bis}. Por esto Ferrara estima que en la interposición de personas, mediante la cual se adquiere un derecho sin aparecer el adquirente en el acto respectivo, sustituido por un testafierro, no hay en verdad simulación cuando el transmitente ignora quién es el verdadero adquirente. Entonces no hay acto simulado ya que surte todos los efectos entre las partes, si bien se presenta un mandato en razón del cual el testafierro tendrá que rendir cuentas de la operación ante su mandante ¹⁰⁷.

En tercer término, el acto simulado tiende a constituir una *apariencia engañosa*, es decir, busca provocar el engaño de los terceros, aunque sea un engaño inocente como ocurre en la simulación lícita (véase *infra*, n° 1806).

1799. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO SIMULADO.— Acerca del tema se han vertido dos opiniones disidentes. Para unos autores el acto simulado sería un acto inválido; en cambio para la doctrina dominante, es un acto jurídico inexistente.

1800.— a) La *primera opinión* se atiene literalmente a la calificación legal contenida en los arts. 1044 y 1045, que considera al acto simulado nulo o anulable pero nunca inexistente. Aclara que la nulidad del acto simu-

^{106 bis} Conf. Ferrara, F., *op. cit.*, p. 74; Cámara, H., *op. cit.*, núms. 24-25, ps. 28-30; Acuña Anzorena, A., *Concepto de simulación y su relación con otras figuras afines*, "J.A.", t. 26, secc. doctr., p. 13; Salvat, R., *op. cit.*, n° 2508, p. 1036; Neppi, V., *Principios de Derecho Civil, Parte General*, Bs. As., 1947, n° 248, p. 303; De Gásperi, L., *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1945, t. I, n° 476, p. 453; Von Tuhr, *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Bs. As., 1947, t. IV, p. 242; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho Civil*, ed. Barcelona, 1934, t. I, vol. 2, p. 180; Cám. Civ., Sala "C", "L.L.", t. 125, fallo 57.334 (con voto del Dr. M. Padilla), t. 96, p. 250 y t. 63, p. 294; íd., Sala "D", "L.L.", t. 92, p. 71; íd., Sala "E", "L.L.", t. 93, p. 719; íd., Sala "F", "L.L.", t. 102, p. 198; Cám. de Paz, Sala 1°, "Gac. de Paz", t. 109, p. 229; Cám. Apel. Rosario, "L.L.", t. 64, p. 596; Cám. Civ. 1° Cap., "Gac. del Foro", t. 174, p. 201; Cám. Civ. 2° Cap., "L.L.", t. 45, p. 612 y t. 26, p. 136; voto en disidencia del autor en "L.L.", t. 101, p. 447. Contra: Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 1173, p. 302; Ripert, G. y Boulanger, J., *Traité de Droit Civil*, París, 1957, t. II, n° 586, p. 222; Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado práctico*, ed. La Habana, t. VI, n° 333, p. 465, nota 44; Josserand, L., *Les mobiles dans les actes juridiques privés*, n° 205; Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 50; Cám. Civ., Sala "A", votos de los doctores Abelleyra y Borda, "L.L.", t. 101, p. 447.

¹⁰⁷ Comp. Borda, G. A., t. II, n° 1173, c, p. 302. Este autor opina que este segundo requisito de Ferrara queda desestimado por el art. 955 del Código.

lado es muy peculiar, ya que en tanto que aquélla en general borra los efectos del acto referida a “la simulación queda en pie lo que las partes han estipulado ocultamente” ¹⁰⁸.

1801.— Para nosotros esta comprensión enfrenta un escollo insalvable.

En efecto, mal puede considerarse a la simulación como *causa de nulidad del acto*, desde que según reconoce el art. 957 *la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito*. Por esto Planiol advierte que “aunque la simulación sea fraudulenta, no es ella la causa de la nulidad. Si el acto resulta nulo, no es porque sea simulado, es porque media una razón particular. Así la donación hecha al hijo adulterino, la compra hecha por el notario son nulas en razón de la incapacidad del donatario o del comprador, y no en razón de la simulación” ¹⁰⁹.

Por tanto nunca la simulación es causa de nulidad. Si la simulación es lícita el acto podrá perdurar en su apariencia inocua, sin que a su respecto corresponda establecer sanción alguna. Y si la simulación es ilícita será el carácter ilícito de ésta y no el hecho de la simulación lo que podrá aducirse para destruir la apariencia nociva, por lo que tampoco entonces resulta sancionado el hecho de la simulación, por sí mismo, sino la ilicitud que en el caso importa, a saber el objeto prohibido o la incapacidad de derecho que se ha ocultado.

1802.— *b)* La opinión doctrinaria más aceptada sostiene que el acto simulado es un acto jurídico inexistente, por ausencia de ese elemento indispensable que es la voluntad ¹¹⁰.

El acto jurídico se distingue por una nota específica, que es el fin inmediato de la actividad de las partes: el establecimiento de una relación jurídica, la creación, modificación, transferencia, conservación o aniquilamiento de derechos. Si falla ese ingrediente del acto, es claro que falla

¹⁰⁸ Borda, G. A., t. II, n° 1181, p. 307.

¹⁰⁹ Planiol, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, 9ª ed., t. II, n° 1191, ps. 402 y 403. Este mismo autor afirma que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido definitivamente que la simulación no es una causa de nulidad. Conf. Ripert, G. y Boulanger, J., *Traité de Droit Civil*, París, 1957, t. II, n° 596, p. 225; Aubry y Rau, *op. cit.*, t. I, párr. 35, p. 115, texto n° 1; Demolombe, C., *op. cit.*, t. XXIV, n° 370; Casación, S. 1806, 2, 961; *id.*, D. 92, 1, 151 y S. 94, 1, 78.

¹¹⁰ Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n° 589; Aubry y Rau, *Droit Civil français*, t. IV, n° 339, nota 28; Colin et Capitant, t. II, p. 63, 4ª ed. Boisselot, *De la notion de simulation*, p. 117; Paul Pic, nota en “Daloz”, 1929, 2, 65; Garnier, *Des libéralités par personnes interposées*, p. 109; Flavian, *Des contre-lettres*, p. 52; Capitant, *Introduction à l'étude du Droit Civil*, n° 276, p. 340, nota I; Van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain*, 3ª ed., t. I, ps. 159 y ss.; Van Wetter, *Les obligations en droit romain*, 1884, t. II, n° 96, p. 116; Ferrara, *op. cit.*, n° 84, p. 419; Acuña Anzorena, *Grado de ineficacia del acto simulado y necesidad de una declaración de simulación*, nota en “J.A.”, t. 47, p. 381; Repetto, su voto en “Gac. del Foro”, t. 37, p. 33; Colmo, sus votos en “J.A.”, t. 8, p. 294 y t. 12, p. 92.

también el acto mismo en su carácter típico. Es lo que ocurre en el supuesto de la simulación, en el cual las partes *no* han tenido el fin inmediato de producir el efecto jurídico que se aparenta. El consentimiento expresado por las partes sólo lo ha sido para constituir una apariencia, pero de ningún modo para conferirse los derechos y obligaciones que resultaren ostensiblemente del acto. Como dice Ferrara “si hay consentimiento para la ficción falta el necesario para la obligación, y por tanto, el que se requiere para que se establezca la relación jurídica” ¹¹¹.

En suma, el acto simulado *no es* un acto jurídico por cuanto el consentimiento de las partes *no es* efectivo. Ha dicho Colmo que “el acto simulado no es un acto jurídico, sino una mera apariencia, una positiva inexistencia, un perfecto no acto jurídico; la acción de nulidad de los actos jurídicos supone la existencia de actos jurídicos, con la única limitación de que entrañan vicios que puedan invalidarlos, siendo así que en el acto simulado no se tiene un vicio que afecte el consentimiento o a la causa, sino una falla total que se refiere al acto íntegro, en cuanto éste, en su entera plenitud no es sincero”... “sobre todo en materia de simulación no juega una acción de nulidad, sino una de inexistencia por la cual no se deroga ni se anula ni se modifica, ni siquiera se destruye, ni suprime el acto simulado, sino que hace constar, declarar, que el acto simulado es efectivamente tal, vale decir, es pura apariencia que no existe y carece de cualquier virtualidad” ¹¹².

1803.— Dentro de nuestro ordenamiento legal esta comprensión del acto simulado parecería refutada por la posibilidad de “fundar” en él una ulterior transmisión válida que hiciera el adquirente aparente de un derecho a favor de un subadquirente de buena fe (arg. art. 996, Cód. Civ.). Pero es de advertir que en tal supuesto la validez de la subadquisición no deriva del acto simulado, inepto de suyo para producir “transmisión” alguna. Deriva exclusivamente de la ley, que en homenaje a la seguridad del tráfico jurídico interpone una solución de continuidad saludable entre el deficiente derecho del propietario aparente y el muy respetable del subadquirente de buena fe que se ha comportado irreprochablemente frente a la apariencia engañosa constituida por los simuladores. Tal solución importa una consolidación *ministerio legis* del derecho transmitido, en cabeza del adquirente de buena fe, independientemente de la falta sustancial de que adolecía el título (sólo aparente) del transmitente.

Así, no obstante el carácter inexistente del acto jurídico celebrado por las partes generadoras de la simulación, es lo cierto que ellas han cumplido una serie

¹¹¹ Ferrara, *op. cit.*, n° 22, p. 191.

¹¹² Alfredo Colmo, su voto en “J.A.”, t. 12, p. 92. En igual sentido Salvat, quien implícitamente acepta esta idea en el n° 2543, “in fine”, p. 1053 de su obra.

de actos materiales, v.gr., tradición de la cosa, inscripción del dominio aparente en el Registro de la Propiedad, etc. Es esa materialidad engañosa la que ha sido tomada en cuenta por la ley para consolidar por su propio imperio el derecho constituido a favor del subadquirente de buena fe, que resulta así “fundado” en la fuerza de la ley y no en la fuerza traslativa inoperante del derecho sólo aparente del transmitente. De modo tal que si no existiese la disposición legal singular que lo protege, no podría el subadquirente de buena fe oponerse con éxito a la reivindicación del primitivo propietario de los bienes inmuebles a que la simulación se refiriese ^{112 bis}.

1804. CLASES DE SIMULACIÓN.— La doctrina y el Código dividen la simulación en absoluta y relativa y desde otro punto de vista en lícita e ilícita.

Nos referiremos a ambas clasificaciones.

1805. SIMULACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA.— “*La simulación es absoluta cuando se celebra un acto que nada tiene de real*” (art. 956, parte primera). Entonces las partes han constituido una pura apariencia, vacía de sustancia: *colorem habet substantiam vero nullam*. Ejemplo: la venta ficticia que hace de sus bienes el deudor para burlar a sus acreedores que se verán impedidos de hacer efectivos sus créditos hasta que la simulación se declare.

La simulación es “relativa —continúa diciendo el art. 956— *cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter*”. En tal supuesto concurren dos actos, uno irreal o ficticio que es el acto ostensible o simulado; el otro es el acto serio o disimulado; *colorem habet, substantiam vero alteram*. Pero entonces la inexistencia jurídica del acto simulado no se opone a la eficacia del acto disimulado, con tal que “no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero” (art. 958). Ejemplo: A desea ausentarse durante un tiempo largo, y para no trabar la eficiente administración de sus bienes, los vende ficticiamente al administrador B cuyas facultades no podrán ser así discutidas, cualquiera sea la índole de los actos que ulteriormente realice. De esta manera se presentarán simultáneamente dos actos: uno ficticio, inexistente, es la venta o acto simulado; el otro real, efectivo es el mandato o acto disimulado. Naturalmente las partes se registrarán por este último.

^{112 bis} Comp. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 1181, c), p. 308; Salas, A. E., su nota en “J.A.”, 1946-I, p. 699; voto de Tobal en “L.L.”, t. 11, p. 969. Observa Borda que el acto simulado no es inexistente, pues si lo fuera la ley no podría consolidar la transmisión de bienes efectuada por falta de apoyo para ello. Pero, como observamos en el texto, no está en discusión la existencia material de los hechos cumplidos y es sobre esa base que la ley consolida los derechos tratando a un acto jurídico inexistente o sólo aparentemente acto jurídico, por falta de voluntad real, como si tuviera efectiva existencia.

1806. SIMULACIÓN LÍCITA E ILÍCITA.— El art. 957 advierte que *“la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito”*. De aquí se sigue, *a contrario sensu*, que es ilícita cuando perjudica a terceros o cuando tiene otro fin ilícito.

Como se ve, el carácter lícito o ilícito de la simulación depende del fin para el cual se la emplea. Bien se ha dicho que la simulación en sí misma, es neutra, ni buena ni mala; es incolora ¹¹³.

1807. ACCIÓN DE SIMULACIÓN.— Se da el nombre de acción en declaración de simulación a la que compete a las partes del acto simulado o a los terceros interesados, a fin de que se reconozca judicialmente la inexistencia del acto ostensible, y con ello queden desvanecidos los efectos que se imputaban a dicho acto.

Pueden ejercer la acción las partes del acto simulado o cualesquiera terceros interesados, tales como acreedores de las partes, fiadores de ellos, herederos perjudicados, legatarios de las cosas comprendidas en la simulación, etc. ^{113 bis}.

Aun cuando la acción es la misma, sea que la ejerzan las partes o los terceros, presenta algunas modalidades accidentales de acuerdo al titular que la promueve. De ahí que pasemos a estudiar el régimen de la acción cuando ella es promovida por las partes para luego examinar las variantes que se presentan cuando es deducida por terceros.

I.— ACCIÓN DEDUCIDA POR LAS PARTES *

1808. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.— Cuando la simulación es lícita, cada una de las partes tiene siempre abierta la posibilidad de obtener la declaración de inexistencia del acto simulado.

¹¹³ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 1177, p. 304.

^{113 bis} La acción de simulación puede ser ejercida por todos los que tengan interés legítimo en definir la verdadera situación patrimonial del demandado (Cám. Apel. Mercedes, “L.L.”, t. 58, p. 226), tales como los acreedores condicionales o titulares de créditos litigiosos (Cám. Apel. Rosario, “L.L.”, t. 17, p. 129), o el comprador de un inmueble que tiene pendiente el respectivo juicio de escrituración (Cám. Civ., Sala “A”, “J.A.”, 1954-IV, p. 93), o la mujer contra el marido durante la sociedad conyugal y con respecto a bienes gananciales (Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 98, fallo n° 44.818).

En cambio se ha negado acción al heredero legítimo en vida del causante, pues carece de interés tutelable, ya que tiene una mera expectativa (Cám. 1ª La Plata, “L.L.”, t. 43, p. 791), e igualmente al pretensor de daños y perjuicios si su derecho al resarcimiento no ha sido reconocido aún por sentencia (Cám. Civ. 2ª, “L.L.”, t. 17, p. 341).

* BIBLIOGRAFÍA Llambías, J. J., *La prueba de la simulación aducida por las partes*, “J.A.”,

Este principio se deduce de la propia naturaleza del acto simulado. Pues si las partes se han concertado para constituir un acto puramente aparente, cambiándose un consentimiento inefectivo, no se les puede negar el derecho de hacer establecer el verdadero estado de cosas, que en rigor no ha sido alterado en su sustancia sino sólo aparentemente. Por otra parte, si la ley conceptúa un recurso admisible de la vida jurídica la simulación inocente de actos jurídicos, no podía menos que facilitar el restablecimiento de la verdad, cuando ello interesase a las partes. Así resulta, *a contrario sensu*, de lo dispuesto en el art. 959: tal interpretación ha sido refirmada por la redacción que la ley 17.711 ha dado a ese precepto (*infra*, n° 1811 bis).

1809. CUESTIÓN ACERCA DE LA SIMULACIÓN ILÍCITA.— Otra cosa ocurre tratándose de la simulación ilícita, que como su propio nombre lo indica no constituye un recurso legítimo al que pueda acudir la actividad de las partes. De aquí lo preceptuado por el anterior art. 959 según el cual “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 regla parecería ser absoluta y así fue comprendida por los comentaristas hasta la aparición del Anteproyecto Bibiloni ¹¹⁴. Desde entonces, y por el peso de la opinión de este autor, la doctrina y la jurisprudencia se inclinaron a ver en este precepto una regla general, pero no absoluta, concordante con otras del articulado que se apoyan en la misma base jurídica, esto es, la prohibición de invocar la propia torpeza.

Esta última comprensión se funda especialmente en el art. 960, el cual autoriza a los jueces para conocer sobre el contradocumento y la simulación, cuando ésta fuera ilícita y el contradocumento *se hiciese para dejar sin efecto* el acto simulado.

1810.— Pero ¿cuáles son los supuestos que quedan comprendidos en la excepción? La letra del art. 960 no nos resulta adecuada para llegar a esa determinación, ya que por definición el contradocumento es el escrito por el cual las partes hacen constar la realidad de los hechos, dejando sin efecto el acto ficticio o simulado.

1954-IV, p. 111; Dassen, J., *Prueba de la simulación entre partes*, “Rev. Crítica de Jurisprudencia”, t. 4, n° 5, ps. 110 y ss.; Salas, A. E., *Prueba de la simulación entre las partes*, “J.A.”, t. 67, p. 329; López Etchevere, *La simulación de los actos jurídicos; jurisprudencia sobre la prueba*, “L.L.”, t. 38, p. 1051; Lezana, J., su nota en “J.A.”, 1953-IV, secc. doctr., p. 10.

¹¹⁴ Machado, t. III, p. 185, nota art. 959; Llerena, t. III, p. 480; Salvat, n° 2517, p. 1040; Lafaille, *Apuntes de Derecho Civil*, t. II, p. 228.

Orgaz ha estudiado el punto con su habitual lucidez y ha concluido que es viable la acción de simulación, siendo ésta ilícita, sólo cuando el demandante arrepentido de su malicia, se propone destruir el acto ilícito que ha cometido mediante la simulación.

1811.— En suma, como regla general las partes carecen de acción si se trata de simulación ilícita. Por excepción la tienen si ellas no se proponen consumir el acto ilícito realizado mediante la simulación, ni aprovechar de él, sino repararlo destruyendo las apariencias lesivas de los derechos ajenos ¹¹⁵.

1811 bis. LEY 17.711.— La ley 17.711 mediante la reforma introducida al art. 959 ha venido a aclarar el sistema legal, en un sentido concordante al que explicáramos en los núms. 1809 a 1811 de esta obra.

El nuevo art. 959 dice así: *“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, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación”*.

Con esta redacción se introduce en el antiguo precepto una salvedad que ha auspiciado la doctrina de los autores desde Bibiloni en adelante y que ha contribuido a esclarecer Orgaz ^{115 bis}. El rechazo de la acción de simulación entre partes cuando ella es ilícita, no es absoluto. El sentido de la denegación es impedir que los simuladores después de haber defraudado a los terceros a quienes se ha ocultado la existencia de ciertos bienes en el patrimonio de su efectivo dueño, puedan muy sueltos de cuerpo, establecer la verdadera situación declarando la simulación del acto. Eso les está prohibido como ya lo estaba en el régimen del Código y como sigue siendo después de la sanción de la ley 17.711. Pero si los simuladores no se proponen

¹¹⁵ Orgaz, A., *Estudios de Derecho Civil*, p. 11; conf. Bibiloni, J. A., *Anteproyecto*, nota art. 310; Acuña Anzorena, *op. cit.*, p. 179; Cámara, H., *op. cit.*, n° 136, p. 436; Quinteros, F., su nota en “J.A.”, 1958-I, secc. doctr., p. 51; Cám. Apel. Rosario, “L.L.”, t. 28, p. 47; *id.*, “L.L.”, t. 10, p. 972; Cám. Civ. 1° Cap., “J.A.”, t. 41, p. 387; Cám. Fed. Cap., “L.L.”, t. 101, p. 509 y “J.A.”, 1961-I, p. 187; Cám. Civ. 1° La Plata, “J.A.”, 1961-V, p. 364.

^{115 bis} Véase Bibiloni, J. A., *Anteproyecto*, nota al art. 310; Orgaz, A., *Estudios de Derecho Civil*, p. 11; Acuña Anzorena, A., *La simulación de los actos jurídicos*, Bs. As., 1939, p. 179; Cámara, H., *Simulación en los actos jurídicos*, Bs. As., 1944, n° 136, p. 436; López Olaciregui, J. M., en Salvat, R., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, n° 2418-A; Quinteros, F., su nota en “J.A.”, 1958-I, secc. doctr., p. 51; Cám. Apel. Rosario, “L.L.”, t. 28, p. 47 y t. 10, p. 972; Cám. Civ. 1° Cap., “J.A.”, t. 41, p. 387; Cám. Fed. Cap., “J.A.”, 1961-I, p. 187 o “L.L.”, t. 101, p. 509; Cám. 1° La Plata, “J.A.”, 1961-V, p. 364.

consumar el acto ilícito realizado mediante la simulación, ni aprovechar de él, sino repararlo destruyendo las apariencias lesivas de los derechos ajenos, no hay impedimento para la promoción de una acción tendiente a dejar sin efecto el acto simulado.

Esto es lo que acertadamente establece el nuevo precepto legal. Sólo observamos la palabra final “anulación” que debió cambiarse por “declaración de simulación”, para no desvirtuar la naturaleza jurídica del acto simulado.

1812. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE LA SIMULACIÓN.— La declaración judicial de la simulación verifica la inexistencia del acto celebrado, carente de un consentimiento efectivo, con todas las consecuencias materiales que corresponden a esta sinceración de los hechos. Naturalmente esas consecuencias serán diversas según la especie de simulación empleada.

Tratándose de una simulación *relativa*, la declaración judicial desvanecerá el acto simulado pero al propio tiempo dará eficacia al acto oculto. Si en cambio, la simulación es *absoluta*, declarada la inexistencia del acto ostensible, cada parte quedará en la misma situación jurídica preexistente a la simulación. Así, después de la declaración de simulación de una enajenación de inmueble el adquirente ficticio debe restituir la cosa con los frutos percibidos ¹¹⁶. Para reservar para sí los frutos percibidos el supuesto adquirente no podría invocar el art. 1053 porque esta disposición tiene en cuenta transmisiones basadas en títulos anulables, y como ya se ha dicho, el acto simulado no reviste este carácter.

Además de la declaración de inexistencia del acto ostensible, el demandante puede solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios que la actitud de la contraparte le haya ocasionado al pretender hacer valer su derecho aparente ¹¹⁷. En ese caso se habrían conjugado dos acciones diferentes: una de declaración de inexistencia (acción de simulación), y otra de daños y perjuicios por acto ilícito. Obsérvese que el acto ilícito quedaría configurado, no en el momento de celebrarse el acto simulado, sino al tiempo en que la contraparte quisiera prevalerse de los derechos aparentes fundados en dicho acto.

1813. PRUEBA DE LA SIMULACIÓN: EL CONTRADOCUMENTO.— Según una doctrina muy difundida las partes del acto simulado no pueden en

¹¹⁶ Conf. Salvat, n° 2523, p. 1043; Borda, G. A., t. II, n° 1192, p. 323; Cám. Civ. 1°, “J.A.”, t. 36, p. 1391; Cám. Fed. Rosario, “L.L.”, t. 14, p. 1016.

¹¹⁷ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 1192, “in fine”, p. 323.

principio probar la simulación sino mediante el respectivo *contradocumento*, entendiendo por tal la constancia escrita del verdadero carácter del acto simulado.

Esa tesis que el doctor Chute ha reconocido de creación jurisprudencial y no legal ¹¹⁸, intenta apoyarse en las siguientes consideraciones: 1º) sería una exigencia de la estabilidad jurídica que podría resultar quebrantada por una fácil admisión de pruebas destinadas a desvirtuar los contratos más seriamente formalizados ¹¹⁹; 2º) se alega la fe que merecen los instrumentos públicos y por extensión los privados (conf. art. 1026) para deducir de esa calidad la imposibilidad en que se encontrarían las partes de probar en contra del instrumento donde consta el acto simulado ¹²⁰; 3º) se invoca lo dispuesto en los arts. 960 y 996: así el primero de ellos tendría el propósito de establecer “las condiciones o requisitos para que los simulantes puedan ejercer la acción” ¹²¹; 4º) finalmente se aplica el régimen probatorio en materia de contratos, exigiéndose la prueba escrita cuando el objeto tenga un valor superior a \$ 200 —cifra consignada en el art. 1193, antes de su elevación a \$ 10.000, dispuesta por la ley 17.711— salvo los supuestos de excepción contemplados en los arts. 1191 y 1192 ¹²².

1814.— El razonamiento que hemos resumido no nos pareció convincente ¹²³.

Por lo pronto las razones que aluden a las exigencias de la estabilidad jurídica y a su posible quebrantamiento por una fácil aceptación de la prueba de la simulación, pueden ser adecuadas para fundar la exigencia legal del contradocumento, pero no para suplir el silencio de la ley al respecto. Además, frente a las exigencias de la seguridad jurídica, están los fueros de la justicia y de la buena fe, que piden su respeto aunque por la confianza en la lealtad del amigo se haya prescindido del contradocumento. Por último, para resguardar la estabilidad del orden jurídico está el recto criterio judicial que no habrá de admitir la simulación sino cuando ella esté plenamente comprobada, máxime si no hay contradocumento cuya misión es dable considerar como presunción —*juris tantum*— a favor de la sinceridad del acto realizado.

¹¹⁸ Chute, R., su voto en “L.L.”, t. 18, p. 877.

¹¹⁹ Salvat, R., *Parte General*, n° 2563; Acuña Anzorena, *op. cit.*, p. 215; Cámara, *op. cit.*, n° 54.

¹²⁰ Cámara, *op. cit.*, n° 54, ps. 174 y 175.

¹²¹ Cámara, *op. cit.*, n° 56, p. 186.

¹²² Cámara Civil, Sala “A”, “J.A.”, 1952-IV, p. 96.

¹²³ Véase la refutación que hemos efectuado a esas argumentaciones en nuestro trabajo *La prueba de la simulación aducida por las partes*, “J.A.”, 1954-IV, p. 111.

En segundo lugar la fe debida a los instrumentos públicos y privados no resulta ofendida por la tacha de insinceridad del acto, como ya lo hacía notar Segovia ¹²⁴. En efecto, la fe de los instrumentos públicos —y por extensión de los privados reconocidos— es completa respecto de la *existencia material* de los hechos ocurridos en presencia del oficial público, pero si se trata de la *sinceridad* de tales hechos, convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., la fe del instrumento vale sólo hasta la prueba en contrario ¹²⁵.

En tercer término, el art. 960 no impide demostrar la simulación por otros medios fuera del contradocumento. Es cierto que considera la *posibilidad* de que se hubiese otorgado un contradocumento del acto ostensible, pero no convierte esa mera posibilidad en *necesidad* de otorgarlo, como ya observaba Ferrara explicando la situación similar planteada en Italia ¹²⁶. El art. 960 regla el caso en que se haya otorgado contradocumento, pero nada dice del supuesto en que no se lo haya otorgado, ni menos erige esta omisión en impedimento para probar la simulación por otros medios.

En cuanto al art. 996, tiene una significación semejante al art. 960: ambas disposiciones contemplan el mismo supuesto, es decir, la existencia de un contradocumento, pero difieren en su aplicabilidad, ya que el art. 960 regla la situación de las partes, en tanto que el art. 996 rige a los terceros. Pero es claro que si el art. 996 se refiere al caso en que exista contradocumento, queda francamente fuera de su ámbito de aplicación el caso en que *no existe* contradocumento, que es de lo que aquí se trata a fin de saber si, entonces, la ley admite o no que se intente la prueba de la simulación. Por tanto el art. 996 no permite concluir nada sobre la solución de una cuestión ajena a la que allí ha considerado el legislador.

Por último, tampoco nos parece aceptable acudir al régimen de la prueba de los contratos para decidir el asunto. Porque no se trata de probar un contrato, sino de demostrar que lo que aparenta serlo —contrato simulado— no lo es. Y por esto mismo no resulta adecuado tomar en cuenta el valor del objeto del acto para fijar el régimen de la prueba, desde que siendo el acto simulado “un negocio ilusorio, un no negocio o un negocio vacío, un fantasma”, según las expresiones de De Gásperi ¹²⁷, o también una “positiva inexistencia, un perfecto no acto jurídico”, como dice Colmo ¹²⁸, el presunto valor resulta un *no valor* por corresponder a un objeto irreal o ficticio. Finalmente, si se admite la libertad probatoria respecto de los vicios de la voluntad, no cabe diferencia alguna sin precepto legal que la imponga, tratándose de la simulación. En uno y otro caso se trata de probar simples hechos, hechos que desvirtúan la eficacia del acto jurídico, para lo cual el ordenamiento le-

¹²⁴ Segovia, L., *op. cit.*, t. I, p. 281, nota 22, art. 995.

¹²⁵ Véase *supra*, n° 1675. Conf. Aubry y Rau, t. VIII, n° 755, texto y nota 51; Salas, A. E., *Prueba de la simulación entre las partes*, “J.A.”, t. 67, p. 333; Salvat, *Parte General*, n° 1976, p. 812; Borda, t. II, n° 993, p. 189.

¹²⁶ Ferrara, F., *op. cit.*, n° 69, ps. 378 y 379, nota 3.

¹²⁷ De Gásperi, *Obligaciones*, t. I, § 481, p. 457.

¹²⁸ Colmo, A., su voto en “J.A.”, t. 12, p. 92.

gal no establece reato alguno. Por lo que la simulación, como cualquier otro hecho, puede ser probada por cualquier medio ¹²⁹.

1815. CASOS EN QUE EL CONTRADOCUMENTO NO ES EXIGIDO.— Siempre que medie una prueba incontrovertible, cierta, inequívoca de la simulación, es lógico admitir la acción, aunque no exista contradocumento, solución que ha prevalecido en la práctica de los tribunales ¹³⁰, no obstante rendirse tributo a la concepción restrictiva.

Así se ha resuelto que puede prescindirse del contradocumento en los siguientes casos:

1º) si hay confesión del demandado, aunque fuere ficta, es decir, resultante del silencio del litigante;

2º) si ha habido imposibilidad de obtener el contradocumento, aunque fuere una imposibilidad moral, entendiéndose por tal una relación de las partes, tan íntima o particular como para excluir la disposición de ánimo que explica la firma del contradocumento: así el vínculo matrimonial, el parentesco próximo, la amistad íntima o la situación de dependencia ¹³¹;

3º) si existe principio de prueba por escrito, entendiéndose por tal cualquier documento emanado del adversario, aun no firmado, que haga verosímil la simulación, conf. art. 1192 segunda parte ¹³²;

4º) si se ha omitido la firma del contradocumento por dolo empleado contra el demandante de la simulación;

5º) si media cumplimiento de una de las prestaciones y negativa de la otra parte a cumplir la prestación recíproca;

¹²⁹ Conf. Salas, A. E., *Prueba de la simulación entre las partes*, "J.A.", t. 67, p. 333; Lezana, J. L., *La prueba de la simulación lícita entre las partes*, "J.A.", 1953-IV, secc. doctr., p. 10; Tobal, G. F., su voto en "J.A.", t. 67, p. 329, y "L.L.", t. 16, p. 218; Borda, G. A., I, n° 1185, p. 314; Fleitas, A., su voto en "L.L.", t. 88, folio n° 41.276, y "J.A.", 1958-I, p. 304. Contra: Spota, A. G., *op. cit.*, t. 37, ps. 439 y 440; Cám. Civ., Sala "D", fallo anterior; Cám. Civ. 1ª, "L.L.", t. 16, p. 218, y "J.A.", t. 67, p. 329.

¹³⁰ Borda, G. A., t. II, n° 1185, p. 314.

¹³¹ Conf. Acuña Anzorena, *op. cit.*, ps. 224 y ss.; Cámara, *op. cit.*, n° 66, p. 213; Cám. Civ., Sala "A", "J.A.", 1952-IV, p. 96. Comp. Cám. Civ. 2ª Cap., "J.A.", t. 45, p. 598.

¹³² Cám. Civ., Sala "A", "J.A.", 1952-IV, p. 96; "L.L.", t. 66, p. 507; "L.L.", t. 94, p. 170. Pero no vale como principio de prueba por escrito el instrumento donde consta el acto que se tacha como simulado (S.C.B.A., "L.L.", t. 103, p. 134).

6°) cuando la simulación ha sido en fraude de la ley ¹³³.

Naturalmente, no procede la exigencia del contradocumento cuando se prueba su extravío por caso fortuito o fuerza mayor ¹³⁴, o su sustracción ^{134 bis}.

1815 bis. LA LEY 17.711 Y EL CONTRADOCUMENTO.— La reforma ha venido en lo sustancial a ratificar la enseñanza que expusimos en los núms. 1813 a 1815. El nuevo texto ha hecho al art. 960 el siguiente agregado:

“Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación”.

Esto significa que aun cuando entre las partes la procedencia de la acción de simulación está subordinada a la exhibición del respectivo contradocumento (arg. *“sólo podrá prescindirse...”*), ese principio no es absoluto. Con ello el nuevo régimen se enrola en la tendencia que habían marcado el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954.

El Proyecto de 1936 exigía explícitamente el contradocumento u otra prueba escrita (art. 163), pese a que Rodolfo Rivarola se pronunció por la libertad de prueba ^{134 bis 1}.

El Anteproyecto de 1954 exigía más definidamente la presentación del contradocumento, aunque no hacía de ello un requisito absoluto ^{134 bis 2}.

En la misma línea si bien acentuando la discrecionalidad judicial para prescindir del contradocumento, se ubica la ley 17.711 con el texto antes transcripto. Desde ahora, la clave del asunto está en lo *inequívoco* de la convicción que se puede transmitir al magistrado acerca de la simulación denunciada. En la práctica, ello significa que la ausencia de contradocumento hace presumir la sinceridad del acto mientras no se pruebe inequívocamente lo contrario. Una prueba equívoca o dudosa no justifica una declaración de simulación. El asunto cae, eminentemente, en la prudencia judicial. Está bien que la ley lo reconozca sin embages, haciendo un llamado a la ponderación y discreción del juez.

1816. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.— Acerca de este punto la doctrina y la jurisprudencia aparecían divididas, pues en tanto que la mayor

¹³³ Cám. Civ. 1ª Cap., “J.A.”, t. 38, p. 264; Cám. Civ. 2ª Cap., “J.A.”, t. 38, p. 751; Cám. Apel. Mercedes, “J.A.”, t. 13, p. 618. Conf. Salvat, R., n° 2546, d. p. 1063.

¹³⁴ Cám. Civ. 1ª Cap., “J.A.”, t. 12, p. 92.

^{134 bis} Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 66, p. 507; Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 60, p. 888.

^{134 bis 1} Véase *Actas de la Comisión*, t. I, p. 258, párr. 7º, discusión del art. 311.

^{134 bis 2} El Anteproyecto de 1954 dice en su art. 160: “La simulación intentada por las partes sólo podrá probarse mediante el respectivo contradocumento del acto, a no ser que se acredite concluyentemente la imposibilidad de munirse de esa prueba o que la simulación fuere en fraude de la ley.

“Los terceros podrán comprobar la simulación por cualquier medio”.

parte de los autores estimaba que la acción de simulación era imprescriptible, otros y con ellos las decisiones de los tribunales más frecuentes hacían aplicación del art. 4030 que establece la prescripción de dos años, cuando la nulidad deriva de la “falsa causa”. Nos referiremos sintéticamente a esta controversia para referirnos después a la solución por la que ha optado la ley 17.711.

1817. TEORÍA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD.— Sí, como se ha visto, de acuerdo a su naturaleza, el acto simulado es un acto jurídico inexistente, se sigue de ahí que la acción de simulación debe ser imprescriptible. A este respecto, Ferrara enseña que “lo que no existe no adquiere vida por el solo transcurso del tiempo”, por cuyo motivo “la acción para el reconocimiento de esa inexistencia es siempre admisible”¹³⁵, opinión de la que participa Fadda, para quien esta acción no está sujeta a prescripción, porque lo que no tiene existencia según la ley —la nada jurídica— podrá hacerse declarar siempre como tal por quien tenga interés en ello.

La doctrina dominante acepta la imprescriptibilidad de la acción^{135 bis}.

La jurisprudencia ha seguido también alguna vez esa orientación^{135 bis 1}.

1818. TEORÍA DE LA PRESCRIPCIÓN BIENAL.— Si bien esta opinión no aparecía respaldada por la autoridad de la doctrina general, en nuestro medio se sustentaba en lo dispuesto por el art. 4030 para el cual “la acción de nulidad de los actos jurídicos por... falsa causa se prescribe por dos años desde que... la falsa causa fue conocida”.

Nos proponemos discutir brevemente este aserto que para nosotros carece de fundamento.

1º) Por lo pronto, si se trata de la simulación lícita, no vemos cómo pueda funcionar esta prescripción bienal. Imaginemos el supuesto: A se ausenta a Europa y para facilitar la mejor administración de sus bienes inmuebles los enajena simuladamente a B. Nos parece que el transcurso del tiempo no puede convertir a B en propietario, mientras no intervenga su título y no transcurran desde entonces veinte

¹³⁵ Ferrara, F., *op. cit.*, n° 84, p. 418.

^{135 bis} Conf. Laurent, t. XIX, n° 27, p. 33 y n° 33, p. 39; Demolombe, t. XXIX, n° 128, p. 109; Aubry y Rau, t. IV, § 339, texto y nota 28; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, I, n° 742, p. 767; Larombière, *op. cit.*, t. II, art. 1167, n° 63 y t. IV, art. 1304, n° 59; Planiol, Ripert y Esmein, t. VI, n° 345 y t. VII, n° 972, 5º; Huc, t. VIII, n° 191; Giorgi, *Obligaciones*, t. VII, n° 145; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit Civil*, 1ª ed., t. II, ps. 62 y 158; Josserand, t. II, n° 707; Paul Pic, nota en “Dalloz Periodique”, 1929, 2, 65; Alves Moreira, *Das obrigações*, p. 157; Colmo, A., *Obligaciones*, 2ª ed., n° 988, a, p. 697, y sus votos en “J.A.”, t. 8, p. 294 y t. 12, p. 92; Acuña Anzorrena, *Imprescriptibilidad de la acción de simulación*, “J.A.”, t. 43, p. 1073; Segovia, t. II, nota 24 al art. 4032; Cámara, H., *Simulación de los actos jurídicos*, p. 527 (los dos últimos, en relación con la simulación absoluta); De Gásperi, L., t. III, § 1854 y t. I, § 498.

^{135 bis 1} Cám. 1ª La Plata, “J.A.”, t. 35, p. 1482.

años, puesto, que su mala fe sería innegable (conf. nuevo art. 4015). La aplicabilidad de la prescripción bienal conduce al absurdo de admitir para este solo caso una prescripción adquisitiva de dos años que el Código Civil no conoce (véase arts. 3999 y ss.). Y decimos “prescripción adquisitiva”, porque el dominio estaría perdido para A y entonces sería B el propietario resultante de la prescripción de la acción de simulación.

2º) No es ésta la única incongruencia emergente de la aceptación de la prescripción bienal. Según el art. 4030, la prescripción corre desde que la falsa causa fuese conocida. Ahora bien: las partes del acto simulado conocen la verdadera situación desde el otorgamiento de dicho acto ^{135 bis 2}. Luego desde ese mismo momento sin necesidad de interversión alguna de su título, y aun sin la posesión del inmueble (?) desde que el mandatario B posee para su mandante A, se habría operado una prescripción adquisitiva incomprensible, que no requiere *animus* ni posesión siquiera. Con lo cual el mandatario oculto, al cabo de dos años, se habrá convertido en propietario de los bienes del mandante, pese a lo dispuesto en los arts. 1361, inc. 4º y 1918, que vedan la adquisición a favor del mandatario.

3º) Otra incoherencia más de la prescriptibilidad bienal de la simulación. Si el enajenante aparente no ha hecho tradición de la cosa, no se ha perfeccionado el dominio en cabeza del adquirente, por lo que sigue siendo propietario no sólo real sino también aparente el enajenante (arg. art. 577). Sin embargo, el transcurso del lapso de la prescripción —sería dos años—, lo privará del ejercicio de la acción y con ello de la facultad para hacer reconocer el verdadero estado de cosas. Será un propietario sin título (?). ¿Pero qué clase de propiedad es ésta?

En suma, la admisión de la prescriptibilidad de la acción de simulación da lugar a derivaciones que no tienen explicación satisfactoria. De ahí la necesidad de permitir que la declaración de inexistencia del acto simulado se promueva cuando interese a quien quiera desvanecer la engañosa apariencia constituida, independientemente desde luego, de las consecuencias provenientes de los hechos materiales consumados ¹³⁶.

^{135 bis 2} Para soslayar la fuerza de este argumento los autores que apoyan la prescripción bienal de la simulación sostienen que entre partes el arranque de la prescripción no es la fecha del acto, sino el momento en “que una de ellas exteriorice su propósito de desconocer la convención oculta y prevalerse del acto aparente” (Borda, t. II, n° 1191, *in fine*). Pero esta comprensión es contradictoria, porque afirmando la prescriptibilidad de la acción entiende que ésta es imprescriptible durante todo el lapso que transcurre entre la fecha del acto y el momento en que una de las partes se hace firme en el acto aparente. Así se llega al absurdo de una acción que ya existe y comienza siendo imprescriptible para pasar a ser prescriptible a partir de un momento ulterior, que no es el indicado por el art. 4030. Sería un régimen de prescripción insólito que juntaría dos contrarios: la prescriptibilidad y la imprescriptibilidad.

¹³⁶ Se pronuncian a favor de la prescriptibilidad bienal de la acción de simulación, Borda, G. A., t. II, n° 1190, p. 276; Llerena, t. X, p. 537; Lafaille, *Apuntes de Derecho Civil*, t. II, p. 234; Salvat, *Obligaciones*, núms. 2220 y 2224; Spota, A. G., *Tratado*, vol. 10, n° 2247, p. 552,

1818 bis. PRESCRIPCIÓN DECENAL.— Algunas sentencias judiciales consideraban que la acción de simulación era prescriptible pero que no regía el plazo de dos años de art. 4030 sino el lapso ordinario del art. 4023 ^{136 bis}.

1818 ter. LA LEY 17.711 Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN.— La controversia que expusimos en los núms. 1816 a 1818, ha sido superada por la ley 17.711 que ha impuesto la teoría de la prescripción biennial (véase n° 1818).

En efecto, la ley 17.711 ha agregado al art. 4030 el siguiente párrafo separado: *“Prescribe a los dos años la acción para dejar sin efecto entre las partes un acto simulado, sea la simulación absoluta o relativa. El plazo se computará desde que el aparente titular del derecho hubiere intentado desconocer la simulación”*.

El nuevo texto presenta los inconvenientes que reseñamos en el n° 1818.

II.— ACCIÓN EJERCIDA POR TERCEROS

1819. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.— Si la simulación es lícita, los terceros carecen de acción para verificar la inexistencia del acto simulado, pues sin interés no hay acción ^{136 bis 1}.

En cambio cuando ella es ilícita, los terceros pueden demandar la declaración de simulación. Es el caso de los acreedores del enajenante aparente de bienes, los cuales mediante la simulación quedan sustraídos a la posible ejecución por parte de aquéllos.

1820.— La acción de simulación compete a los terceros interesados, *por derecho propio* y no por vía de subrogación en los derechos de las partes del acto simulado. De aquí surgen dos consecuencias importantes:

b; Salas, A. E., *Prescripción de la acción de simulación*, “J.A.”, 1946-I, p. 699; Tobal, G. F., su voto en “J.A.”, t. 63, p. 789; Cám. Civ., Sala “B”, 24 de noviembre de 1961, en “Doctrina Judicial”, del 26 de diciembre de 1961; íd., 134; Sup. Trib. Santa Fe en pleno, “Rep. de S. Fe”, t. 2, p. 172; Cám. Apel. Rosario, Cám. Civ. 2°, “J.A.”, 1943-IV, p. 481; Cám. Fed. Tucumán, “J.A.”, 1945-IV, p. 134, Sala “D”, 6 oct. 1959, “L.L.”, t. 97, p. 88; Cám. Civ. 1°, “J.A.”, 1945-III, . 584; “L.L.”, t. 28, p. 47.

^{136 bis} Cám. Apel. Bahía Blanca, “J.A.”, 1954-I, p. 445, y “L.L.”, t. 73, p. 424; Sup. Corte Bs. As., “L.L.”, t. 51, p. 125, y “Acuerdos y Sentencias de la Sup. Corte de Bs. As.”, 1957-IV, p. 530; Cám. 1° La Plata, “L.L.”, t. 43, p. 791.

^{136 bis 1} Cám. Civ. 1° Cap., “J.A.”, t. 3, p. 356.

1º) El demandado no puede hacer valer contra el accionante las defensas que tuviese contra la otra parte; por el contrario podría aducir esas defensas si el demandante ejerciese la acción subrogatoria en nombre de su deudor.

2º) El demandante puede recurrir a toda clase de medios de prueba para comprobar la simulación. En cambio, si actuase en nombre de su deudor por vía de la acción subrogatoria, en principio tendría que aportar la prueba del contradocumento, a menos que concurrieren circunstancias que hicieren inequívoca la simulación (conf. nuevo art. 960, parte final).

1821. CONTRA QUIÉN SE ENTABLA LA SIMULACIÓN.— Corresponde distinguir según que se alegue la simulación por vía de *acción* o de *excepción*.

a) En la primera hipótesis la *acción* debe entablarse contra todos los autores del acto simulado, lo que se explica, pues para demostrar la inexistencia de una declaración de voluntad se requiere llamar a juicio a todas las personas que han formulado tal declaración. Adviértase que se prestaría a torpes maniobras la posibilidad de eludir la intervención en el juicio de la parte que estuviera en mejores condiciones para comprobar la realidad del acto ^{136 bis 2}.

b) Si se alega como *defensa* contra una demanda, basta con que la simulación se oponga sólo contra el demandante, pues el demandado intenta desvirtuar el título que se arguye contra él y no siempre las reglas procesales le permitirán traer a la causa a terceros. Es claro que en esta situación la sentencia que declare la simulación no hará cosa juzgada contra los autores del acto simulado que no hayan intervenido en el pleito ¹³⁷.

^{136 bis 2} Conf. Salvat, R., *Parte General*, 5ª ed., n° 2540, p. 1052; Ferrara, F., *op. cit.*, p. 433; Cámara, H., *op. cit.*, p. 430; Acuña Anzorena, A., sus notas en "J.A.", t. 47, p. 894, cap. 5º y 1942-I, p. 832, núms. 3 y ss.; Cám. Civ., Sala "C", "J.A.", 1960-I, p. 720; íd., íd., "J.A.", 1955-III, p. 286; íd., Sala "D", "J.A.", 1952-IV, p. 523; Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 58, p. 401; íd., íd., t. 47, p. 880; íd., íd., t. 14, p. 163; íd., íd., t. 2, p. 450; Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 67, p. 386; íd., íd., t. 64, p. 1039; íd., íd., t. 62, p. 152; Cám. Civ., Sala "E", "L.L.", t. 101, p. 788. Contra, admitiendo la posibilidad de demandar a una sola de las partes: Cortés, H., *Simulación*, n° 38; Cám. Civ., Sala "A", con disidencia del autor, "L.L.", t. 101, p. 447 y "J.A.", 1961-II, p. 156; Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 67, p. 386; Cám. 2ª La Plata, "J.A.", 1949-II, p. 180. Es de notar que en la causa 91.564, resuelta por la Sala "A" de la Cámara Civil el 12 de mayo de 1964 (fallo inédito) no se planteaba la cuestión que aquí se trata, pues el demandante de la simulación contra una sola de las partes era cesionario de los derechos de la otra parte. Ello explica que el autor aceptara la procedencia de la simulación sin traer al pleito a la parte cuyos derechos invertía el actor.

¹³⁷ Cám. Civ., Sala "B", "J.A.", 1954-IV, p. 111.

1822. CARÁCTER DE ACCIÓN PATRIMONIAL.— La acción de simulación ejercida por los terceros reviste el carácter de una acción patrimonial. En efecto, quien demanda la simulación busca la verificación de que tales o cuales bienes subsisten en el patrimonio de su deudor, pese a la apariencia contraria. Con ello se procura la reconstrucción de la prenda de los acreedores constituida por el patrimonio del deudor, a fin de hacer factible el cobro del crédito de que se trate.

El carácter patrimonial de la acción justifica que ella pueda ejercerse por toda clase de acreedores, aun condicionales o a plazo ^{137 bis}.

1823. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE SIMULACIÓN.— La simulación da lugar a dos consecuencias principales.

1824.— En primer lugar, la declaración de la simulación verifica la *inexistencia del acto ostensible*. De aquí se sigue la posibilidad de que los acreedores del enajenante ficticio ejecuten los bienes de su deudor, que como lo verifica la sentencia, no han salido del patrimonio de éste.

Por otra parte, esta posibilidad favorece a todos los acreedores del enajenante aparente y no sólo al que ha promovido el juicio de simulación, pues si bien aquéllos no han sido partes en este juicio, se los puede considerar representados por su deudor ¹³⁸.

1825.— En segundo lugar, la simulación ilícita constituye una especie de *acto ilícito* que compromete la responsabilidad de los autores del acto simulado por los daños y perjuicios sufridos por los terceros a consecuencia de la maniobra engañosa. Esta responsabilidad se hace efectiva especialmente cuando la declaración de inexistencia del acto simulado es infructuosa por haber sido enajenados los bienes por el propietario aparente a favor de terceros de buena fe, contra los cuales la simulación es inoponible.

La responsabilidad de las partes del acto simulado es solidaria, como corresponde a la calidad de autores de un delito civil, conf. arts. 1077 y 1081 ¹³⁹.

^{137 bis} Conf. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligaciones*, t. I, n° 731; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, t. VII, n° 231; Salvat, R., *Parte General*, n° 2538, p. 1051. Ver también *supra*, nota 113 bis.

¹³⁸ Conf. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. I, n° 739; Salvat, *Parte General*, n° 2546, p. 1054; Borda, G. A., t. II, n° 1194, p. 324; Cám. Civ. 2°, "J.A.", 1943-I, p. 6907; Cám. Civ. 1°, "J.A.", t. 67, p. 193.

¹³⁹ Conf. Salvat, R., *Parte General*, n° 2545, ps. 1053-1054; Borda, G. A., t. II, n° 1194, p. 324; Cám. Civ. 2°, "J.A.", t. 54, p. 854.

1826. PRUEBA.— Cuando la simulación es aducida por los terceros, éstos pueden acudir a toda clase de medios de prueba. Se trata de la demostración de hechos —hechos materiales cumplidos sin la voluntad de constituir los efectos jurídicos aparentes— respecto de los cuales el demandante ha permanecido ajeno, y que son perjudiciales para él. No podría pensarse en exigirle la prueba escrita de la simulación puesto que siendo el demandante la víctima del delito civil que importa la simulación, es imposible pensar que puedan los autores del delito poner en sus manos esa prueba.

El medio frecuentemente utilizado por los terceros es la prueba de presunciones o indicios suficientes como para llevar al ánimo del juzgador la convicción de que ha ocurrido la simulación. La apreciación de la prueba de presunciones es una cuestión de hecho librada al recto criterio judicial.

Los hechos que frecuentemente han sido considerados como indicios de la simulación son entre otros los siguientes:

1º) La ausencia de ejecución material del contrato celebrado, v.gr., la continuación de la posesión de la cosa enajenada, por parte del primitivo dueño ^{139 bis}. Por lo demás se ha entendido que no desvirtúa esta presunción el mandato de administrar la cosa dada al vendedor por el comprador aparente ¹⁴⁰.

2º) El parentesco próximo, o amistad íntima, existente entre las partes del acto simulado ^{140 bis}.

3º) La carencia de recursos del adquirente ^{140 bis 1}.

4º) El pago anticipado del precio ^{140 bis 2}.

^{139 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "A", "L.L.", t. 105, p. 694; íd., "L.L.", t. 128, fallo 58.826.

¹⁴⁰ Cám. Fed. Cap., "J.A.", t. 23, p. 714; Cám. Com. Cap., "G.F.", t. 49, p. 223; Cám. Com. Cap., "G.F.", t. 62, p. 38.

^{140 bis} Cám. Civ., Sala "A", "J.A.", 1952-I, p. 527; íd., "L.L.", t. 128, fallo 58.826; íd., Sala "B", "L.L.", t. 79, p. 41; íd., Sala "D", "L.L.", t. 76, p. 66; Cám. Civ. 1ª, "L.L.", t. 8, p. 367; íd., "J.A.", 1950-II, p. 306; Cám. Civ. 2ª, "L.L.", t. 33, p. 182; íd., "J.A.", t. 67, p. 106.

^{140 bis 1} Cám. Civ. 1ª, "J.A.", "J.A.", 1950-II, p. 306; Cám. Civ. 2ª, "L.L.", t. 33, p. 182; Cám. Paz Letr., "J.A.", 1945-IV, p. 166; Cám. 1ª La Plata, "L.L.", t. 19, p. 777; Sup. Trib. Entre Ríos, "L.L.", t. 79, p. 248.

^{140 bis 2} Cám. Civ., Sala "A", "J.A.", 1952-I, p. 527; Cám. Civ. 1ª, "J.A.", 1950-II, p. 306; Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 67, p. 106.

5°) La naturaleza e importancia de los bienes enajenados. Desde este punto de vista ha resultado sospechosa la venta de bienes que por constituir la fuente de recursos del vendedor éste podía estar interesado en conservar ¹⁴¹.

6°) Las circunstancias y peculiaridades del acto, como ocurre en la venta de bienes efectuada por el esposo al tiempo de iniciarse el divorcio ¹⁴²; o en el pagaré suscrito por el apoderado de un insano cuya declaración de demencia se pide dos días después ¹⁴³.

Si el demandante que debe suministrar la prueba de la simulación —*actori incumbit onus probandi*— fracasara en su intento, el acto aparente surtiría plenos efectos. Por lo demás, si la prueba fuese dudosa, el juez que no quedase persuadido de la simulación por esa característica de la prueba rendida, debería rechazar la demanda ^{143 bis}.

1827. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN ESTE SUPUESTO.— Según se ha visto (*supra*, n° 1817), la acción de simulación, en teoría, es imprescriptible cuando es intentada por las partes intervinientes en el acto simulado. Empero, el legislador de 1968, mediante el agregado hecho al art. 4030 ha determinado para esa acción la prescripción de dos años (*supra*, n° 1818 ter). Corresponde examinar si procede llegar a una conclusión diversa, cuando la acción es movida por los terceros interesados, debiéndose aclarar que éstos no están comprendidos literalmente en el nuevo art. 4030, que se refiere a “las partes”.

Comenzaremos por distinguir la simulación *absoluta* de la *relativa*.

1828.— Si se trata de la *simulación absoluta*, por ejemplo, la venta ficticia de bienes que continúan en el patrimonio del propietario, la acción respectiva que se dirige a la verificación del carácter puramente ilusorio del acto simulado, resulta imprescriptible, porque siempre pueden los acreedores, en resguardo de un interés legítimo, pedir la declaración de la efectiva consistencia del patrimonio de su deu-

¹⁴¹ Cám. Crim. y Corr., 17-5-1898, citado en Cámara, *op. cit.*, p. 250.

¹⁴² Cám. Civ. 1° Cap., “J.A.”, t. 34, p. 806.

¹⁴³ Caso citado por Borda, t. II, n° 1189; otros casos, véase: Cám. Civ., Sala “A”, “J.A.”, 1945-I, p. 527; *id.*, Sala “B”, “L.L.”, t. 79, p. 41; *id.*, “J.A.”, 1954-IV, p. 111; *id.*, Sala “D”, “L.L.”, t. 73, p. 514; Cám. Civ., “J.A.”, t. 663, p. 827; *id.*, “J.A.”, 1950-II, p. 306; Cám. Civ. 2°, “J.A.”, t. 67, p. 106; *id.*, “L.L.”, t. 29, p. 677; *id.*, “L.L.”, t. 2, p. 95; *id.*, “J.A.”, t. 43, p. 653; Cám. Com., “J.A.”, t. 69, p. 347; Cám. Paz Letr., “J.A.”, 1945-IV, p. 166; Cám. 1° La Plata, “L.L.”, t. 19, p. 777; Cám. Apel. Rosario, “L.L.”, t. 18, p. 644; Cám. Apel. Bahía Blanca, “J.A.”, 1954-I, p. 445; Cám. Fed. Córdoba, “J.A.”, t. 75, p. 508.

^{143 bis} Conf. Ferrara, F., *op. cit.*, n° 68, p. 351; Borda, t. II, n° 1189 bis, p. 320; Cám. Civ., Sala “C”, “L.L.”, t. 94, p. 45.

dor. Por tanto, y mientras éste continúe siendo dueño de los bienes aparentemente enajenados, pueden aquéllos entablar la acción de simulación para que se verifique que tales bienes siguen integrando la garantía de sus créditos.

1829.— Tratándose de la *simulación relativa* se presenta la cuestión de otra manera por la incidencia de lo dispuesto en el art. 4030, que ya hemos recordado. En tal caso la acción de simulación ejercida por terceros se conecta necesariamente con una acción pauliana tendiente a la revocación del acto sincero ¹⁴⁴. Pues si el acto serio no causa perjuicio a tercero, es inatacable con arreglo al art. 958, y por consiguiente tales terceros no podrán aducir la simulación, ya que siendo ésta lícita, carecen de acción para obrar en tal sentido.

Esta reflexión muestra que los terceros sólo pueden intentar la acción de simulación —siendo ésta relativa— en el supuesto de que el acto serio les perjudique, en cuyo caso el fin perseguido por ellos será no tanto la verificación de la inexistencia del acto ostensible (acción de simulación), cuanto la comprobación de que el acto serio no les es oponible (acción revocatoria o pauliana). Es decir, que la acción de simulación tiene entonces un carácter instrumental, y aparece simplemente como un medio que se utiliza para desbrozar el camino de la acción revocatoria que es la que reportará efectivo beneficio a los impugnantes.

En la situación especial que aquí se presenta, el derecho, para desvanecer una apariencia que vela un acto perjudicial para los acreedores de alguna de las partes, prescribe a los dos años (arg. “falsa causa” del art. 4030). Aun cuando esta prescripción parece referirse a la acción de simulación, en realidad afecta a la acción revocatoria que es la que hace caer el acto serio, y que es por tanto la que interesa sustancialmente al impugnante. Se comprenderá que éste, deseoso de obtener la revocatoria del acto oculto, no habrá de limitarse a impetrar una lúrica declaración de inexistencia del acto simulado, ya que ni aun este primer paso de su objetivo final se le permitirá recorrer sino a condición de que pruebe el perjuicio que le produce el acto verdadero ¹⁴⁵. La necesidad de que en esta emergencia las acciones de simulación y revocatoria deban articularse conjuntamente, autoriza a pensar que la prescripción, aparentemente establecida para la acción-medio —que otras consideraciones muestran imprescriptible— rige en verdad a la acción-fin, esto es, a la acción revocatoria.

Esta conclusión se ve corroborada por otra consideración. Si contrariamente a lo expuesto, la previsión del art. 4030 —prescripción bienal para los actos de “falsa causa”— se refiriese a la acción de simulación, la ley habría contemplado un supuesto de aplicación imposible. En efecto, la acción de simulación podría vivir, cuando ya estuviera extinguida la acción pauliana o revocatoria, que en los casos ordinarios prescribe al cabo de un año (conf. art. 4033). Pero como es requisito de la acción de simulación ejercida por los terceros, el perjuicio de éstos, en tal su-

¹⁴⁴ Conf. Colin y Capitant, *Curso elemental de Derecho Civil*, 4ª ed., t. II, p. 64.

¹⁴⁵ Arg. art. 957 y párrafo de Favard reproducido por el codificador en su nota al art. 956.

puesto fallaría esa condición puesto que el acto serio sería inatacable a mérito de haber transcurrido el lapso anual dentro del cual debía ser impugnado. Es decir, que la ley habría previsto —si así fuese— un plazo de prescripción imposible porque con anterioridad al vencimiento del término, la acción de simulación habría caducado por falta de un requisito indispensable, a saber, el perjuicio que el acto serio pudiera reportar al demandante.

Esta argumentación nos confirma en la idea ya expresada: la prescripción bienal del art. 4030 se refiere a la acción revocatoria y no a la acción de simulación. Mejor dicho, la prescripción de la acción revocatoria o pauliana que de ordinario se opera al año del conocimiento del fraude (conf. art. 4033), se prolonga hasta dos años en la hipótesis de la simulación relativa, en que por imperio de la misma naturaleza de las cosas, el demandante se ve precisado a conjugar ambas acciones: la de simulación (acción-medio) y la revocatoria (acción-fín).

Si, como se ha demostrado, la prescripción bienal se refiere, en esta hipótesis a la acción revocatoria, es claro que la acción de simulación queda sin término de prescripción, es decir, en el carácter de acción imprescriptible que por su índole le corresponde.

Pero por la misma fuerza de la argumentación desarrollada, cabe concluir que no obstante la imprescriptibilidad teórica de la acción de simulación, en el supuesto de simulación relativa que se ha considerado, ella *caduca* (y no prescribe) a los dos años si en ese lapso no se deduce juntamente con la acción revocatoria. La caducidad de aquella acción por decaimiento del primero de sus requisitos es aquí una consecuencia de la prescripción bienal de la acción revocatoria, en este caso.

1830.— La interpretación que hacemos del art. 4030, y que nos ha llevado a relacionar la prescripción bienal con la acción revocatoria, en el supuesto de la “falsa causa”, si la reputamos la única aceptable dentro del Código, no la consideramos justificada *de jure condendo*. En efecto, el derecho a impugnar los actos del deudor no puede tener una vida más o menos corta según que el acto impugnable se efectúe con simulación o sin ella, si el lapso de la prescripción se cuenta en todo caso desde el *conocimiento* que el acreedor ha tenido del acto nocivo.

Por esta consideración el Anteproyecto de 1954 ha eliminado de la disposición correlativa del art. 4030 del Código vigente, la alusión a la “falsa causa” (véase arts. 326, incs. 1° y 2°, y 327, inc. 1°, del Anteproyecto de 1954). Por tanto en el sistema de ese Anteproyecto la acción revocatoria siempre es de prescripción anual aun cuando el acto impugnado hubiera sido revestido, mediante la simulación relativa, de una apariencia diferente a su efectiva sustancia.

III.— INOPONIBILIDAD DEL ACTO SIMULADO CON RELACIÓN A TERCEROS

1831. PLANTEO DE LA CUESTIÓN.— Si el adquirente de los bienes los enajena a un tercero se trata de saber si es viable la acción de simulación contra este último, a fin de desposeerlo del derecho adquirido por él. Semejante cuestión se plantea también cuando el propietario aparente de los bienes transmitidos por el acto simulado, constituye sobre ellos una hipoteca, y luego quiere el efectivo dueño desconocer el derecho del acreedor hipotecario.

1832. DISCUSIÓN.— Según la opinión de Laurent, la acción de simulación, aun en esa hipótesis, sería procedente, y el tercero quedaría privado de su derecho, ya que su autor no lo había tenido para transmitírselo ¹⁴⁶. Ese autor hace una aplicación precisa del principio según el cual nadie puede transmitir un derecho mejor que el que posee, con su lógico corolario “*resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*”. Por tanto, se dice, como el propietario aparente podía ser demandado por simulación, igualmente debe poder serlo el adquirente de los bienes enajenados por él o el acreedor hipotecario que entendió quedar garantizado por esos bienes.

1833.— Esa opinión no ha prevalecido en Francia, ni en nuestro país. En efecto, entre nosotros se ha aducido el art. 996 para proteger la subsistencia de los derechos adquiridos por los terceros.

Con arreglo a ese precepto, “*el contradocumento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores a título singular, ni tampoco lo tendrá la contraescritura pública, si su contenido no está anotado en la escritura matriz, y en la copia por la cual hubiese obrado el tercero*”.

Esta opinión nos parece exacta. Aun cuando el art. 996, ubicado en el título de los “instrumentos públicos” se refiere a los documentos y no a los actos jurídicos documentados, es lo cierto que el precepto consigna una clara aplicación del principio cuya fundamentación legal se busca. Pues si no puede oponerse al tercero el contradocumento para él *ignorado* es exactamente por esta ignorancia: *Ad impossibilia nemo tenetur*. Luego, cabe concluir que toda vez que alguien se encuentra en una situación de ignorancia invencible, no se le podrá argüir con ella para desposeerlo de derechos adquiridos, a menos que exista una disposición expresa de la ley en tal sentido, lo que en materia de simulación no ocurre.

Por otra parte, esta conclusión coincide con la más elemental exigencia de la seguridad jurídica, ya que si en la especie pudiera perjudicarse el tercer adquirente de los bienes comprendidos en la simulación, se habría amenazado vitalmente las

¹⁴⁶ Laurent, XVI, n° 499.

transmisiones de derechos, pues nunca el adquirente quedaría a resguardo de alguna simulación antecedente.

En suma, la simulación es *inoponible* a los terceros que han adquirido derechos transmitidos por el titular aparente de los bienes. Con todo, en el funcionamiento de este principio, es imprescindible consultar la *buen*a o *mala fe* del adquirente de los bienes, y el *carácter oneroso* o *gratuito*, de la adquisición.

1834.— El beneficio de la inoponibilidad de la simulación sólo puede invocarse por los *terceros de buena fe* ¹⁴⁷. En efecto, si el subadquirente de los bienes sabe que su autor carece de un derecho efectivo sobre ellos, falla la base misma que se aduce para proteger a los terceros; pues si se ampara la adquisición de éstos, es por la imposibilidad en que han estado de conocer el vicio del derecho transmitido. Fallando entonces el presupuesto de hecho que condiciona la aplicabilidad de aquel principio, la adquisición efectuada por el tercero de mala fe queda sin protección alguna, siendo viable contra él la acción de simulación.

1835.— Tampoco alcanza el beneficio de la inoponibilidad de la simulación a los adquirentes ulteriores, a *título gratuito* de los bienes comprendidos en la primitiva simulación.

A esta conclusión se llega por vía analógica. Pues si en varias situaciones de conflictos entre titulares de derechos gratuitos y titulares de derechos onerosos, la ley se decide por estos últimos —v.gr., arts. 967 y 970, 2310 “in fine”, 2767 y 2778 segunda parte, 3196, 3430 y 124—, lógico es llegar a la misma comprensión en esta materia ¹⁴⁸. Se trata siempre del mismo fundamento: *certant de lucro captando*, *certant de damno vitando*. Por tanto, ha de preferirse al propietario efectivo de los bienes transmitidos simuladamente, que sufre la pérdida que ellos representan, antes que al adquirente gratuito de los mismos, el cual sólo deja de obtener un provecho pero no experimenta perjuicio alguno con relación a la situación precedente.

1836. CUESTIONES CONEXAS.— Para completar el estudio de la simulación mencionaremos someramente algunas cuestiones vinculadas a la anterior. En todas ellas se presentan conflictos de derechos, a que la simulación da lugar.

1837. INOPONIBILIDAD DE LA SIMULACIÓN A LOS ACREEDORES DEL ADQUIRENTE APARENTE Y A LOS ACREEDORES DE LOS SUCESIVOS SUBADQUIRENTES.— Si el propietario oculto de los bienes pretende aducir la simulación para retraer la si-

¹⁴⁷ Conf. Salvat, *Parte General*, n° 2576; Borda, G. A., t. II, n° 1195.

¹⁴⁸ Conf. para una hipótesis particular, Borda, t. II, n° 1198, “in fine”, p. 329. Véase también Llambías, J. J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, § 80, ps. 165 a 172. Cabe aclarar que el art. 124 ha quedado derogado por la ley 14.394, pero el art. 32 de esta ley reproduce la doctrina de aquel precepto.

tuación al estado precedente, los acreedores ya del adquirente, ya de los sucesivos subadquirentes, pueden oponerse a la declaración de simulación, con tal que sus créditos sean de *fecha posterior* a la aparente adquisición por parte del deudor ¹⁴⁹. Esta distinción se explica porque los acreedores anteriores no pudieron tomar en cuenta, al computar la solvencia de su deudor, los bienes ingresados con posterioridad y, consiguientemente, no fueron engañados por la apariencia proveniente de la simulación. No se ve, entonces, qué razón podrían alegar para detener la acción de simulación, desde que los bienes no han salido en realidad del patrimonio de quien no es su deudor, y ellos no han resultado engañados por la apariencia contraria.

1838. CONFLICTO ENTRE ACREEDORES Y SUCESORES SINGULARES.— Si la discusión se plantea entre los acreedores del enajenante aparente, deseosos de hacer declarar la simulación, y los sucesores singulares del propietario aparente de los bienes —sucesivos subadquirentes—, la solución favorece a estos últimos, según resulta del art. 996. Pero como en el caso general antes estudiado, los sucesores, del adquirente simulado deben ser de *buena fe* y a *título oneroso* ¹⁵⁰.

1839. CONFLICTOS ENTRE ACREEDORES DE LAS PARTES.— Si la controversia de suscita entre acreedores del enajenante ficticio y acreedores del aparente propietario (sea el adquirente ficticio o un sucesor singular), la solución se torna muy compleja. En realidad pueden presentarse cuatro hipótesis: 1) ambos acreedores son anteriores a la fecha de la simulación; 2) ambos acreedores son posteriores a la simulación; 3) acreedores del enajenante anteriores a la fecha de la simulación, y acreedores del propietario aparente posteriores a dicha fecha; 4) hipótesis inversa a la anterior. Veamos las soluciones que corresponde adoptar:

1840.— Si ambos acreedores en conflicto son de *fecha anterior* a la simulación, el caso es sencillo, pues por una parte nos encontramos con las víctimas de la simulación —son los acreedores del enajenante aparente— y por el otro lado con quienes no pudieron computar en el activo de su deudor los bienes ingresados después en forma ficticia. Naturalmente el conflicto debe resolverse a favor de los primeros, pues las razones que hemos dado en el n° 1837 son aplicables con mayor razón a esta hipótesis, en que el demandante no es uno de los autores de la simulación sino la víctima del delito ¹⁵¹.

1841.— Si ambos acreedores son de *fecha posterior* a la simulación, la solución contraria también es clara. Por una parte los acreedores del enajenante ya to-

¹⁴⁹ Conf. Borda, G. A., n° 1196, ps. 325-326. Comp. Planiol, Ripert y Esmein, t. VI, n° 337, p. 470; Cámara, *op. cit.*, ps. 309 y ss.; Cám. Civ. Cap., Sala "D", "L.L.", t. 67, p. 555.

¹⁵⁰ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 1198, inc. a.

¹⁵¹ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 1198, p. 328, letra b. Contra: Cámara, H., *op. cit.*, p. 347.

maron su patrimonio en el estado aparente que siguió a la enajenación simulada, y por la otra los acreedores del propietario aparente han computado o podido computar en el patrimonio del deudor los bienes ingresados en forma simulada. Esta creencia no puede ser defraudada ¹⁵²

1842.— El conflicto más arduo se presenta cuando los acreedores del enajenante son anteriores a la simulación y, por tanto, víctimas del delito civil realizado y, a su vez los acreedores del propietario aparente son posteriores a aquella fecha. Si nos atenemos al principio reflejado en el art. 996, la decisión de la controversia debe favorecer a estos últimos acreedores, por lo que opinamos que es la solución que corresponde adoptar en nuestro derecho ¹⁵³, si bien no nos parece la más justa. Por este motivo hemos propiciado en la redacción del art. 169 del Anteproyecto de 1954 la adopción de lo dispuesto en el art. 1416 del nuevo Código italiano, que en primer término da la preferencia a las víctimas de la simulación sobre los acreedores del propietario aparente, cualquiera sea la fecha del crédito de éstos, y en segundo término se pronuncia a favor de éstos, en contra de los acreedores del enajenante ficto, posteriores a la simulación.

1843.— Finalmente, si el conflicto se suscita entre acreedores del enajenante, posteriores a la simulación, y acreedores del propietario aparente, anteriores a esa fecha, la cuestión se presenta dudosa por ausencia de motivos para decidir en un sentido u otro. Por un lado están los acreedores del enajenante, a quienes la simulación no perjudica, y por tanto podría hasta pensarse que ellos carecen de acción, por tratarse a su respecto de una simulación lícita; y por el otro, los acreedores del propietario aparente, que no han podido haber fundado esperanzas en la adquisición simulada, puesto que su crédito es de fecha anterior. En tal situación parece razonable dejar funcionar, sin restricciones, la declaración de simulación, solución que es congruente con la que corresponde adoptar cuando el demandante es el enajenante ficticio (véase *supra*, n° 1837). Con todo, no dejamos de reconocer que el temperamento del código italiano, acogido por nuestro Anteproyecto de 1954, es más simple.

IV.— SIMULACIÓN EN EL MATRIMONIO

1843 bis. PLANTEO DEL ASUNTO.— Hasta hace poco se consideraba que la simulación era irrelevante en el matrimonio. Era una comprensión que se fundaba en la creencia de que el oficial autorizante llenaba una función que hacía a la *existencia* misma del acto matrimonial, y no sólo a su *validez* ^{153 bis}. De ahí que se es-

¹⁵² Conf. Borda, G.A., *loc. cit.*

¹⁵³ Conf. Borda, G. A., *loc. cit.*

^{153 bis} Por el contrario la concepción correcta ve en la actuación del oficial público un

timara inconcebible la simulación en el matrimonio, por descartarse la complicación del oficial público en ese vicio.

Pero en los últimos tiempos se han planteado varios casos en que el matrimonio es desviado de los fines de su institución para ser empleado como un instrumento encaminado al logro de propósitos completamente ajenos a aquellos fines, v.gr., la adquisición de la nacionalidad del aparente cónyuge para entrar o salir de un país, etc. En tales situaciones sería intolerable negar la posibilidad de desvanecer la apariencia de un matrimonio ficticio que no responde al consentimiento real de los contrayentes. En el régimen del matrimonio es fundamental la pureza de consentimiento de los cónyuges. Esto explica el giro de la doctrina y jurisprudencia extranjeras acerca de esta cuestión ^{153 bis 1}.

1843 ter. NUESTRA OPINIÓN.— Nosotros adoptamos la posición de la doctrina reciente ¹⁵⁴ y especialmente la sentada por la Corte de Casación francesa. En principio la alegación de la simulación es procedente, conforme a los principios generales, pues se trata de establecer la inexistencia jurídica del acto por ausencia de efectivo consentimiento matrimonial. Pero no es admisible la invocación del vicio si los contrayentes pretenden dividir los efectos *propios del*

requisito de *forma*, pero no un elemento constitutivo de la *existencia* del matrimonio, que sólo reside en el *consentimiento de los esposos*. Por esto dice S. Tomás en el pasaje recordado por el Papa Pío XI en la encíclica "Casti Connubii" (nº 5) que las leyes y propiedades esenciales "nacen en el matrimonio en virtud del mismo pacto conyugal, de tal manera que si se llegase a expresar en el consentimiento, causa del matrimonio, algo que les fuera contrario, no habría verdadero matrimonio" (*Suma Teológica*, parte III, suplem. cuestión 49, art. 3º).

Como es un requisito de *forma legal* (*supra*, nº 1570), su falla hace *nulo* el matrimonio, pero no impide si media *buena fe* (una ignorancia invencible de alguno de los contrayentes, o de ambos) que produzca los efectos del matrimonio *putativo* (conf. arts. 221 y 222, Cód. Civ.). Esto no puede ser si el matrimonio aparente es un acto jurídico *inexistente* (véase *infra*, nº 1919).

^{153 bis 1} En el sentido de la no aplicación del vicio de simulación al matrimonio: Ferrara, F., *La simulación*, p. 124; Enneccerus, Kipp y Wolf, *Derecho de familia*, t. I, § 24, p. 137; Rebutati, en *Nuovo Digesto italiano*, voz "Matrimonio", t. VIII, p. 295; Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. 8, nº 1810, ps. 170 y ss.; Fassi, S., su trabajo en "J.A.", 1961-V, secc. doctr., p. 68, nº 115; Iribarne, R., *El matrimonio civil comparado con el canónico*, ps. 231-232; Casación Italiana, Giur. It., 1928-I, 1, 114; Casación Francesa, D.P., 1863, 1, 426.

En cambio apoyan la tesis moderna que admite la simulación como vicio matrimonial: Ripert y Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, ed. Bs. As., t. II, nº 1140, p. 191; Planiol, Ripert y Rouast, *Tratado práctico*, t. II, nº 98, 2ª ed.; Mazeaud, *Leçons*, t. I, nº 732; Carbonnier, *Droit Civil*, ed. 1956, § 96; Vidal, *Essai de une théorie générale de la fraude*, ed. 1957, p. 194; Foulon-Piganiol, *Le mariage simulé*, "Rev. Trimestrielle de Droit Civil", año 1960, p. 218; Jemolo, A. C., *Il matrimonio*, nº 39; Trib. Ital., G.I., 1928, I, 229; Trib. Suízo, en "L.L.", t. 30, p. 1087; Casación Francesa, caso comentado por M. Orús, en "J.A.", 1959-IV, secc. doctr., p. 29, nº 1, en el cual se declaró nulo de nulidad absoluta el matrimonio de un italiano con una polaca, celebrado con la única finalidad de comunicar a la mujer la nacionalidad del marido fingido para permitir a aquélla el ingreso a Polonia.

Es de notar que la Corte de Casación aclaró su doctrina, ulteriormente (véase nota 154 bis 1).

¹⁵⁴ Ver voto del autor en "L.L.", t. 101, p. 939.

matrimonio ^{154 bis}, ateniéndose a algunos de ellos, ya producidos y eximiéndose de los demás ^{154 bis 1}. Ello no se justifica porque importa la ilegítima pretensión, por parte de los consortes, de regular el estatuto matrimonial, que está al margen de la autonomía de la voluntad de los contrayentes ^{154 bis 2}.

§ 6. Fraude: concepto. Requisitos para el ejercicio de la acción pauliana o revocatoria. Comparación con la subrogatoria y la simulación. Efectos de la revocación del acto. Inoponibilidad del mismo al acreedor que ejerce la acción *.

1844. NOCIÓN DEL FRAUDE. ADVERTENCIA.— Cuando una persona insolvente enajena bienes, a fin de sustraerlos a la ejecución de sus acreedores, queda configurada la situación cuyo remedio procura la ley median-

^{154 bis} Hablamos de efectos *proprios* del matrimonio que son los que conciernen a la naturaleza de ese acto como fundante de la convivencia de los esposos y de la organización de la familia. El consentimiento matrimonial se relaciona con la consecución de esos efectos. Por el contrario, no hay consentimiento matrimonial cuando se excluyen, en la intención de las partes, tales efectos pretendiendo conseguir ciertos efectos *accidentales* que el matrimonio puede producir en ámbitos extraños o no al derecho de familia: "resultado extraño a la unión matrimonial", dice la Corte de Casación francesa (véase nota siguiente).

^{154 bis 1} Conf. Corte de Casación francesa, en el caso comentado por M. Orús en "J.A.", 1964-V, secc. doctr., p. 64, n° 1, donde el tribunal estableció la distinción apuntada en el texto: si los esposos quieren algún efecto propio del matrimonio, en el caso la legitimación de un hijo común, "son prisioneros de los otros... el matrimonio simulado supone que los esposos no quisieron efecto alguno de éste".

^{154 bis 2} La doctrina es unánime al respecto. En la encíclica "Casti Connubii", dice el Papa Pío XI que el matrimonio "no se realiza sin el libre consentimiento de ambos esposos, y este acto libre de la voluntad, por el cual una y otra parte entrega y acepta el derecho propio del matrimonio, es tan necesario para la constitución del verdadero matrimonio que ninguna potestad humana lo puede suplir (canon 1081). Es cierto que esta libertad no da más atribuciones a los cónyuges que las de determinarse o no a contraer matrimonio y a contraerlo precisamente con tal o cual persona; pero está totalmente fuera de los límites de la libertad del hombre la naturaleza del matrimonio; de tal suerte que si alguien ha contraído ya matrimonio se halla sujeto a sus leyes y propiedades esenciales" (n° 5).

* BIBLIOGRAFÍA: Salvat, R., *Parte General*, 5ª ed., núms. 2422 y ss., p. 996; Lafaille, H., *Tratado de las obligaciones*, ed. Ediar, t. I, núms. 104 y ss., p. 113; Borda, G. A., *Parte General*, II, n° 1200, p. 283; Planiol, Ripert y Esmein, t. VII, núms. 926 y ss., p. 235; Chardon, M., *Traité du dol et de la fraude*, París, 1838; Grouber, A., *De l'action paulienne en Droit Civil français contemporain*, París, 1913; Acuña Anzorena, A., *Naturaleza de la acción pauliana*, "L.L.", t. 18, p. 670; Sánchez de Bustamante, M., *Acción revocatoria*, Bs. As., 1954; Parry, A., *Tutela del crédito en la quiebra y en el concurso civil: acciones revocatoria y pauliana en la quiebra*, Bs. As., 1945; Vidal, *Théorie générale de la fraude en droit français*, París, 1957; De Gásperi, L., *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1946, t. I, ps. 473-502.

te la *acción pauliana* o *revocatoria* concedida a los acreedores perjudicados por el fraude.

Como se ve, en rigor no es éste un tópico de la parte general del Derecho Civil. Constituye un capítulo de las obligaciones: como dice Bibiloni, se trata de un derecho atribuido a los acreedores en este carácter y no por otro concepto¹⁵⁵. Esto justifica que en los proyectos de reforma del Código Civil, se haya dejado de lado el método de Freitas, seguido por nuestro codificador, para vincular esta materia al régimen general de las obligaciones, como un recurso de los acreedores tendiente a hacer efectiva la garantía de sus créditos, constituida por los bienes del deudor (Anteproyecto Bibiloni, arts. 1041 y ss.; Proyecto de 1936, arts. 587 y ss.; Anteproyecto de 1954, arts. 878 y ss.).

No obstante lo expuesto, atento el carácter de la presente obra, daremos una noción acerca de la naturaleza de la acción pauliana o revocatoria para luego entrar en un estudio somero de los requisitos que deben reunirse a fin de hacer factible su ejercicio, y de las consecuencias a que da lugar. Se finalizará el presente capítulo comparando dicha acción, con la subrogatoria y la de simulación.

1845. NATURALEZA DE LA ACCIÓN REVOCATORIA.— Contrariamente a lo que muchas veces se dice, la acción revocatoria *no constituye* una acción de nulidad. El acto fraudulento es perfectamente válido y eficaz, tanto respecto de las partes cuanto respecto de los terceros en general. Sólo frente a ciertas personas, los acreedores anteriores del enajenante de los bienes, el acto deja de ser eficaz, pudiendo tales personas prescindir de su realización, como si ello no hubiere ocurrido.

Este *desdoblamiento* del acto jurídico que mantiene su validez y eficacia, salvo respecto de las personas autorizadas para impugnarlo, se reconoce en doctrina con el término de "*inoponibilidad*", diciéndose que el acto fraudulento no es inválido sino inoponible a los acreedores del enajenante¹⁵⁶.

1846. REQUISITOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA.— Los requisitos generales de la acción revocatoria están enunciados en el art. 962. Pero si se impugna un acto a título oneroso, entonces a los tres requisitos generales de dicho artículo, debe agregarse un cuarto, indicado en el art. 968: la com-

¹⁵⁵ Bibiloni, J. A., *Anteproyecto*, ed. Abeledo, t. II, p. 44.

¹⁵⁶ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 1224, p. 341; Martínez Ruiz, R., *Distinción entre acto nulo y acto inoponible*, "J.A.", 1953-IV, p. 335; Fernández, R. L., *Fundamentos de la quiebra*, Bs. As., 1937, n° 452, p. 941.

plicidad del adquirente. Nos referimos separadamente a los extremos que condicionan la admisión de la acción.

1847. REQUISITOS GENERALES. a) INSOLVENCIA ACTUAL DEL DEUDOR.— Según el art. 962, “*para ejercer esta acción es preciso: 1º) Que el deudor se halle en el estado de insolvencia...*”.

El estado de insolvencia consiste en un desequilibrio patrimonial en el que el pasivo supera al activo ^{156 bis}.

Se explica que la ley exija la demostración de la insolvencia para admitir la acción, puesto que si el deudor es solvente los acreedores no tienen interés en la revocación del acto realizado, ni consiguientemente derecho para pedirla.

El actor está eximido de acreditar la insolvencia del deudor cuando éste se encuentra fallido (art. 962, inc. 1º). Se trata de una presunción legal *juris et de jure*, por lo que sería inútil la prueba de la solvencia del deudor para detener la acción.

Aunque la ley sólo habla del fallido, es decir, del comerciante declarado en quiebra, la misma presunción corresponde inducir de la declaración del concurso civil que afectase a un deudor no comerciante ¹⁵⁷.

Como se trata de un presupuesto de la acción revocatoria la insolvencia debe existir al tiempo de iniciación de la demanda ^{157 bis}.

1848. b) INCIDENCIA DEL ACTO EN LA INSOLVENCIA DEL DEUDOR.— Continúa diciendo el art. 962: “*...2º) Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente*”.

Esto significa que el demandante debe acreditar que la enajenación de bienes impugnada ha *provocado* o *agravado* la insolvencia del deudor. Es decir, que hay una relación inmediata y directa entre la celebración del acto y el estado de insolvencia del deudor ^{157 bis 1}.

Si, en cambio, la enajenación de bienes no causa la insolvencia, aunque ésta se produzca después, la impugnación del acto será improcedente ^{157 bis 2}.

^{156 bis} Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 73, p. 53. No basta para probar la insolvencia la existencia de documentos protestados (Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 43, p. 522).

¹⁵⁷ Conf. Salvat, R., *Parte General*, n° 12433, p. 1001; Borda, G.A., n° 1202, p. 330.

^{157 bis} Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, t. 73, p. 53; Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 67, p. 193.

^{157 bis 1} Cám. Civ. 2ª, “L.L.”, t. 36, p. 617; Sup. Trib. San Luis, “J.A.”, t. 51, p. 1057; Cám. Fed. Comodoro Rivadavia, “J.A.”, 1959-I, p. 600.

^{157 bis 2} Comp. Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 37, p. 196.

1849. c) FECHA DEL CRÉDITO ANTERIOR AL ACTO.— El art. 962, finaliza así: “...3°) *que el crédito en virtud del cual se intenta acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor*”.

Este requisito se justifica claramente. Pues siendo el fundamento de la acción revocatoria el derecho a ejecutar los bienes del deudor integrantes de la prenda de los acreedores, los bienes enajenados con anterioridad a la constitución del crédito, nunca han formado parte de la prenda del acreedor. En otras palabras, tal enajenación no ha podido causar perjuicio a los acreedores, porque éstos deben atenerse al estado patrimonial del deudor al tiempo de la constitución del crédito ¹⁵⁸.

1850.— Este requisito no es exigible cuando la enajenación de bienes ha sido efectuada para eludir la responsabilidad ulterior del enajenante. Así lo dispone el art. 963: “*Exceptuánse de la condición 3ª del artículo anterior, las enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, si fuesen efectuadas para salvar la responsabilidad del acto, las cuales pueden ser revocadas por los que tengan derecho a ser indemnizados de los daños y perjuicios que les irroge el crimen*”.

Entendemos con la doctrina general, que el art. 963 debe interpretarse en un sentido meramente ejemplificativo de otras situaciones semejantes. Por tanto será viable la acción siempre que el deudor intente defraudar a los futuros acreedores, y supuesto que el crédito a favor de éstos resulte constituido sin intervención de su voluntad, pues en caso contrario obstaría a la admisión de la acción el principio sentado en el número precedente. Ejemplo: enajenación de bienes propios efectuada por el marido próximo a divorciarse, a fin de eludir la responsabilidad consiguiente a la obligación de alimentos a favor de la esposa ^{158 bis}.

1851. FECHA CIERTA.— No es indispensable que el crédito del demandante tenga fecha cierta, ya que esta exigencia funciona para prevenir la actuación maliciosa del deudor, que podría mediante la antidata burlar a sus acreedores. En esta hipótesis, en cambio, la antidata no constituye un riesgo, por cuanto la acción se dirige contra el propio deudor, principal interesado en que el instrumento no ostente una fecha anterior a la del acto impugnado ¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Pero no es indispensable que el crédito en que se basa la acción tenga fecha cierta con respecto al adquirente: S. C. Bs. As., “L.L.”, t. 101, p. 219.

^{158 bis} Conf. Machado, t. II, ps. 192 y ss.; Lafaille, *Obligaciones*, ed. Ediar, t. I, n° 122, p. 127; Borda, G. A., t. II, n° 1205, p. 332. Comp. Salvat, R., *Parte General*, n° 2446, p. 1007.

¹⁵⁹ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 1207, p. 333; Salvat, n° 2444, p. 1006; Lafaille, *Obligaciones*, ed. Ediar, I, n° 121, p. 126, quien se contradice en el n° 130, p. 133; Aubry y Rau, t. IV, § 313, texto nota 15. Contra: Planiol, Ripert y Esmein, t. VII, n° 957, p. 267; Jossierand, t. II, vol. 1°, n° 696, p. 557.

1852. SUPUESTO DE ACTO A TÍTULO ONEROSO.— Como ya adelantáramos, si el acto impugnado es a título oneroso, se exige un requisito adicional para admitir la acción, consistente en la complicidad del tercero adquirente de los bienes enajenados por el deudor. Así lo dispone el art. 968, según el cual “*si la acción de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor a título oneroso, es preciso para la revocación del acto, que el deudor haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado, haya sido cómplice en el fraude*”.

Parecería de la lectura del precepto transcripto que los requisitos adicionales son dos, a saber: 1º) intención de defraudar por parte del deudor, 2º) complicidad del adquirente. Pero basta con esto último, pues no hay complicidad si previamente no existe el delito de alguien (necesariamente el deudor) con el cual el cómplice se complica, prestándose a la realización del acto.

La complicidad del adquirente constituye un extremo de prueba directa casi imposible. De ahí que la ley la facilite, mediante una presunción: del conocimiento de la insolvencia del deudor que tenga el adquirente, induce la complicidad de éste (conf. art. 969, segunda parte). Pero se entiende que es una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada por el adquirente si éste acredita su buena fe. Se da así una inversión de la prueba: probado el conocimiento de la solvencia del deudor no incumbe al impugnante del acto demostrar la mala fe del adquirente, sino a éste probar su buena fe ¹⁶⁰.

1853. SUPUESTO DE ACTO A TÍTULO GRATUITO.— Si el acto impugnado es a título gratuito, resulta indiferente la buena o mala fe del adquirente. Basta para que prospere la acción revocatoria, la reunión de los requisitos generales ya estudiados (véase *supra*, núms. 1844 a 1849).

Esta solución ya indicada por los principios generales que gobiernan la acción revocatoria, está consignada de modo expreso en el art. 967: “*Si el acto del deudor insolvente que perjudicase a los acreedores fuere a título gratuito, puede ser revocado a solicitud de éstos, aun cuando aquel a quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor*”.

En el conflicto de derechos que se plantea entre el acreedor que experimenta un perjuicio a consecuencia de la enajenación del deudor puesto que el crédito no podrá ser satisfecho, y el adquirente gratuito de los bienes, la ley da la preferencia al primero: *certant de damno vitando, certant de lucro captando*.

¹⁶⁰ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 11209, p. 335; Salvat, R., *Parte General*, n° 2457, p. 1014.

1854. SUPUESTO DE SUBADQUISICIÓN DE LOS BIENES.— Hasta ahora hemos considerado que la acción revocatoria haya sido interpuesta por el acreedor perjudicado contra el primer adquirente de los bienes enajenados por el deudor. Pero es dable prever que el adquirente de los bienes los enajene a su vez a otra persona, y así sucesivamente.

En tal situación la acción procederá contra el propietario actual de los bienes, siempre que concurren los requisitos de la acción no sólo a su respecto, sino también con relación a los adquirentes intermedios: así lo establece el art. 970, que dice: *“Si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otros los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude”*.

Por consiguiente basta que en la cadena de las sucesivas transmisiones de los bienes, se interponga una persona contra la cual la acción no sea viable, para que queden a salvo las ulteriores adquisiciones. Actúa como barrera sanitaria que desinfecta del vicio de fraude a las transmisiones de bienes posteriores.

1855. TITULAR DE LA ACCIÓN.— Compete la acción revocatoria a cualquier acreedor perjudicado por la enajenación de bienes del deudor. Si bien el art. 961 sólo se refiere a los acreedores quirografarios, esto es porque de ordinario no interesa el ejercicio de la acción sino a ellos, por estar suficientemente protegidos los demás con su garantía o privilegio. Por lo general los acreedores hipotecarios y privilegiados carecerán de la acción por ausencia de interés, lo que se traduce en la falla de un requisito esencial como es el “perjuicio” derivado del acto. Pero si se establece la existencia del perjuicio no hay motivo alguno para negar la acción revocatoria a los acreedores hipotecarios y privilegiados ¹⁶¹.

1856. ACTOS INOBJETABLES POR VÍA DE ESTA ACCIÓN.— La acción revocatoria constituye un recurso abierto a favor de los acreedores, a fin de que éstos no sean perjudicados por las bajas patrimoniales del deudor. Por consiguiente, no son objetables los actos del deudor de carácter extrapatrimonial, v.gr., reconocimiento de hijos naturales, acciones de estado, etc.

¹⁶¹ Conf. Borda, G. A., t. II, n° 1213, p. 336; Lafaille, *Obligaciones*, ed. Ediar, t. I, n° 127, p. 132; Sánchez de Bustamante, M., *Acción revocatoria*, Bs. As., 1954, n° 4. Comp. Salvat, R., n° 2470, p. 1019.

Pero aun los actos de carácter patrimonial quedan fuera de la órbita de esta acción, cuando por su propia naturaleza la realización de ellos queda librada al solo criterio del deudor: es lo que ocurre con la renuncia de derechos personalísimos, v.gr., requerir la revocación de una donación por ingratitud del donatario ¹⁶².

A este respecto se ha distinguido entre los actos de empobrecimiento del deudor y los actos de no enriquecimiento. Mientras los primeros son impugnables por los acreedores, los últimos no lo son. "Al repudiar una sucesión, el deudor se empobrece porque hace salir de su patrimonio los bienes sucesorios que habían entrado en él *ipso facto*, en el instante de la apertura de la sucesión en su provecho; pero al rehusar un ofrecimiento de donación, descuida solamente de enriquecerse, porque el ofrecimiento no había hecho entrar ningún valor en su patrimonio; su negativa no hace, pues salir nada de dicho patrimonio" ^{162 bis}.

1857. CONSECUENCIAS DE LA ADMISIÓN DE LA ACCIÓN.— Como hemos visto (*supra*, n° 1845), el acto pasible de la acción revocatoria, aunque en sí mismo válido y eficaz, es *inoponible* a los acreedores perjudicados, los cuales pueden comportarse como si tal acto no se hubiese efectuado.

De aquí se siguen diversas consecuencias, una vez admitida la acción revocatoria.

1858.— a) Los acreedores a quienes favorece la revocación, pueden ejecutar los bienes enajenados por el deudor, a fin de obtener con el producido de ellos la satisfacción de su crédito. Si quedase algún saldo después de cubierto el crédito, pertenecerá al adquirente de los bienes, que los ha obtenido mediante un acto válido.

1859.— b) De la revocación sólo aprovecha el acreedor demandante, y no los otros acreedores, aunque hubieran estado en condiciones de promover la demanda respectiva. Así resulta de lo dispuesto en el art. 965 según el cual "*la revocación de los actos del deudor será sólo pronunciada en el interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos*".

La solución se justifica, por cuanto la acción revocatoria constituye un mero incidente en la ejecución promovida por el acreedor que hace valer una inoponibilidad a favor suyo. Lógicamente, entonces, la revocación no podía favorecer a los acreedores que no habían ejecutado sus créditos.

¹⁶² Conf. Borda, G. A., t. II, n° 1214, p. 337; Salvat, R., n° 2478, p. 1022.

^{162 bis} Josserand, L., *Derecho Civil*, ed. Bs. As., t. II, vol. 1°, n° 686, p. 551; por aplicación de este distinguo se resolvió que no es impugnabile por vía de la acción revocatoria la renuncia a la prioridad del inquilino para adquirir en propiedad horizontal el departamento locado (Cám. Civ., Sala "F", "L.L.", t. 102, p. 198, voto del doctor Antonio Collazo).

1860.— *c)* Todavía, del carácter señalado, surge el derecho del dueño actual de los bienes, para detener “la acción de los acreedores, satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado o dando fianzas suficientes sobre el pago íntegro de sus crédito, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos” (art. 966).

Esta disposición reconoce al propietario actual de los bienes que se refiere la acción revocatoria dos derechos alternativos. En primer lugar puede desinteresarse al acreedor demandante, en cuyo caso se da una de las especies del pago con subrogación (conf. art. 768, inc. 3º), pago que no podría el acreedor objetar (conf. art. 729), y que hasta podría ser efectuado por vía de consignación judicial contra la voluntad conjunta del acreedor y del deudor^{162 bis 1}. En segundo término, puede asegurar satisfactoriamente al acreedor demandante el pago del crédito. Si no hay acuerdo sobre la garantía ofrecida, corresponderá al juez decidir.

1861.— *d)* Pero puede ocurrir que la acción revocatoria, aunque viable contra los primeros adquirentes de los bienes enajenados, ya no lo sea contra el propietario actual. En previsión de esa hipótesis, la ley responsabiliza a los adquirentes de mala fe por los daños y perjuicios que sufre el acreedor, en razón de haberse prestado aquéllos a una maniobra delictuosa. Sin duda, esa responsabilidad admitida por el art. 972 deriva de un delito civil, a cuya realización ha concurrido indispensablemente el adquirente de los bienes sustraídos maliciosamente a la acción del acreedor^{162 bis 2}.

La responsabilidad mencionada sólo alcanza a los adquirentes “de mala fe de las cosas enajenadas en fraude de los acreedores” (art. 972), pero no a los adquirentes gratuitos de buena fe, pese a que contra éstos la acción revocatoria es admisible.

Pero dejando de lado la responsabilidad delictual de estos últimos, que no estaría en juego, no se ha aclarado si en alguna medida ellos deben resarcir al acreedor por haber imposibilitado el éxito de la acción. La ley no ha considerado el caso pero para nosotros es innegable la responsabilidad del adquirente gratuito, hasta la medida de su enriquecimiento, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa¹⁶³.

A este respecto supóngase que A, deudor insolvente, dona a B un inmueble siendo el donatario ignorante de la insolvencia del donante. Luego B vende el inmueble a un tercero de buena fe, C. La acción revocatoria que sería procedente contra B ya no lo es contra C. Según nuestra opinión, B sería responsable ante el acreedor por el daño que a éste le ha reportado la donación, hasta la concurrencia

^{162 bis 1} Conf. Busso, E., *Código Civil anotado*, t. V, arts. 727 y 728, p. 378, núms. 117 a 119; Cám. Civ. 1ª, “L.L.”, t. 17, p. 457; íd., “J.A.”, t. 34, p. 374. Comp. Colmo, A., *Obligaciones*, n° 556, p. 400; Lafaille, H., *Obligaciones*, ed. Ediar, t. I, n° 341, p. 305; Salvat-Galli, *Obligaciones*, 6ª ed., t. II, n° 1071, p. 209. Véase, en el sentido del texto, donde tratamos el punto, nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II-B, n° 1414.

^{162 bis 2} Comp. Cám. Civ. 1ª, “L.L.”, t. 15, p. 512; Cám. Civ. 2ª, “L.L.”, t. 18, p. 668.

¹⁶³ Aubry y Rau, t. IV, § 313, nota 24, p. 138.

del provecho que ha obtenido *B*, o sea el precio percibido por el inmueble. El fundamento de esta responsabilidad estaría en el principio del enriquecimiento sin causa: siendo la donación inoponible al acreedor, frente a éste no puede *B* ostentar un título legítimo para conservar el precio del inmueble. Por otra parte, si *B* hubiese conservado el inmueble habría debido soportar la ejecución del mismo por parte del acreedor. Lógico es entonces, por una suerte de *subrogación real*, que el precio percibido sea destinado a satisfacer el crédito del acreedor desde que la acción de éste es viable contra *B*.

1862.— *e*) En las *relaciones entre el deudor y el adquirente*, el acto impugnado es enteramente eficaz. Por tanto, el adquirente despojado del inmueble por efecto de la ejecución llevada adelante por el acreedor que ejerce la acción revocatoria, puede reclamar contra su autor el importe utilizado para satisfacer el crédito de aquél. No creemos que el fundamento de esta obligación sea la garantía de evicción, pues ella no procede cuando el adquirente conoce el riesgo que amenaza al derecho que adquiere (conf. arts. 2901 “in fine” y 2106) o no funciona en los actos gratuitos (conf. arts. 2089 y 2090). Para nosotros se trata del derecho al reembolso que tiene el que ha pagado una deuda ajena (conf. art. 727), pues la solución no puede diferir del caso en que el adquirente desinteresa al acreedor para conservar el bien adquirido ¹⁶⁴. De cualquier modo, se trata de una discusión puramente teórica, ya que la insolvencia del deudor hace ilusoria la posibilidad de que el adquirente pueda obtener el reintegro de lo pagado al acreedor ¹⁶⁵.

1863. COMPARACIÓN DE LAS ACCIONES REVOCATORIA Y SUBROGATORIA.— La acción subrogatoria (véase *supra*, n° 1511 bis) y la acción revocatoria que acabamos de estudiar tienen entre sí un lejano parentesco.

En efecto, ambas acciones tienen *carácter patrimonial*, pues tienden a concretar la efectividad del patrimonio del deudor como garantía del cobro de sus créditos por parte de los acreedores: la acción subrogatoria procurando el ingreso de bienes al patrimonio del deudor, que la incuria de éste podría dejar perder, y la acción revocatoria restituyendo a dicho patrimonio (sólo de un modo ficticio y en relación exclusivamente al acreedor demandante) los bienes extraídos por el deudor en fraude o perjuicio de sus acreedores.

A ese rasgo semejante se une también un cierto parecido de situación: ambas acciones son *remedios heroicos* que se dan ante la insolvencia del deudor o para prevenirla. En efecto, sin esa insolvencia, la acción revocatoria no es procedente (véase *supra*, n° 1847) y en cuanto a la acción subro-

¹⁶⁴ Comp. Borda, G. A., t. II, n° 1228, p. 343; Salvat, R., n° 2497, p. 1030.

¹⁶⁵ Conf. Planiol, Ripert y Esmein, t. VII, n° 964, p. 274.

gatoria, si bien tal insolvencia no es un requisito de viabilidad, tiene relación con ella, por rechazársela cuando se demuestra la solvencia del deudor ¹⁶⁶. Es claro que si el acreedor encuentra en el patrimonio del deudor bienes suficientes para hacer efectivo su crédito, resulta abusiva su ingerencia en el manejo de los asuntos de este último.

1864.— Salvo en los aspectos aludidos, la *desemejanza* de ambas acciones es completa.

Por lo pronto la acción revocatoria corresponde a un derecho de impugnación que los acreedores ejercen a nombre propio. La acción subrogatoria, en cambio, es articulada a nombre del deudor inactivo.

De aquí se sigue que la acción revocatoria aprovecha sólo al acreedor demandante, en tanto que el beneficio resultante del ejercicio de la acción subrogatoria, aprovecha a todos los acreedores, como si el ingreso de los bienes respectivos hubiese sido concretado por el propio deudor.

En segundo lugar, correspondiendo la acción revocatoria a un derecho de impugnación perteneciente a ciertos acreedores, en correlación con ese derecho la acción tiene su régimen propio, requisitos peculiares de admisión, lapso de prescripción especial, etc. Nada de esto pasa tratándose de la acción subrogatoria que sólo tiene una existencia nominal, pues su contenido está provisto por el derecho del deudor a que aquella acción se refiera en cada caso concreto. De ahí que la llamada acción subrogatoria no constituya una acción autónoma ni tenga su propio régimen de prescripción, etc., pues en verdad más que una acción judicial peculiar es una *facultad* de los acreedores para ejercer las acciones del deudor, sean éstas reales o personales, posesorias o petitorias, etc.

1865. COMPARACIÓN DE LAS ACCIONES REVOCATORIA Y DE SIMULACIÓN.— Durante mucho tiempo fue confundida la acción de simulación ejercida por los acreedores con la revocatoria, entendiéndose que aquélla sólo constituía una especie de ésta. Por cierto que en algún caso es menester conjugar ambas acciones, como ocurre cuando se da una apariencia inocente (simulación relativa) a un acto perjudicial o fraudulento. En esa hipótesis es menester deducir una acción de simulación para desvanecer la apariencia engañosa, y establecido el verdadero estado de cosas, alegar la inoponibilidad del acto real mediante la acción revocatoria. Pero la necesidad de recurrir a ambas acciones para remediar esa situación particular, no puede confundir acciones que difieren por su naturaleza y, consiguientemente en cuanto a su régimen propio. Por lo demás, la diversidad de naturaleza de

¹⁶⁶ Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, n° 452. Comp. Planiol, *Tratado elemental*, t. II, n° 287, 1°, p. 104.

ambas acciones no impide su acumulación en un mismo juicio, una en subsidio de la otra, pues la prueba a rendirse puede precisar cuál de las acciones es procedente ¹⁶⁷.

1866.— Desde el punto de vista de la *naturaleza* de la acción la confusión no es posible por cuanto la acción de simulación se refiere a la verificación de la inexistencia del acto jurídico sólo aparente, en tanto que la acción revocatoria tiende al apartamiento de los efectos de un acto real y efectivo pero inoponible al accionante. La primera es una acción declarativa de inexistencia, la segunda es una acción de inoponibilidad.

1867.— De esta diversidad de naturaleza proviene la *diversidad de régimen*. La *titularidad* de la acción de simulación corresponde a todo interesado, cualquiera sea la fecha del titular de su derecho. En cambio la acción revocatoria sólo se abre a favor de ciertos acreedores, que son los de fecha anterior a la celebración del acto impugnado.

El *beneficio* de la acción de simulación alcanza a todo interesado en el reconocimiento de la inexistencia del acto jurídico ficticio. En cambio, la acción revocatoria aprovecha sólo al demandante.

Finalmente, la *prescripción* es diferente: la acción revocatoria prescribe al año (conf. art. 4033), en tanto que la acción de simulación es siempre imprescriptible, no obstante lo cual, erróneamente, el codificador le aplica a la simulación relativa el lapso de dos años (conf. art. 4030), término que, según hemos comprobado, afecta no a la acción de simulación, sino a la acción revocatoria que en esta especie debe conjugarse necesariamente con la acción en declaración de simulación (véase *supra*, n° 1829). De ahí que el lapso de la prescripción anual de la acción revocatoria, se extienda en este caso la conexión de ambas acciones a *dos años*.

¹⁶⁷ Cám. Civ. 1°, "L.L.", t. 12, p. 897; Cám. 2° La Plata, "L.L.", t. 72, p. 352; Sup. Trib. Sta. Fe, "L.L.", t. 33, p. 382; Sup. Trib. San Luis, "J.A.", t. 51, p. 1057. Contra: Cám. Fed., "J.A.", t. 58, p. 48; Cám. Civ. 2°, "J.A.", t. 32, p. 311, en nota; Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 25, p. 725.

CAPÍTULO XVI

NULIDAD Y ANULACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS *

§ 1. Sanciones en derecho civil: a) la indemnización (actos ilícitos); b) la nulidad (actos jurídicos); c) la caducidad de derechos o potestades. Estudio en particular de la teoría de las nulidades: concepto; caracteres; el problema de las nulidades implícitas.

I.— DE LAS SANCIONES EN GENERAL

1868. NOCIÓN.— Sanción en general, es el proceder impuesto por la autoridad pública al autor de una infracción a un deber jurídico ¹.

1869. CLASIFICACIÓN.— Las sanciones se clasifican en resarcitorias, repressivas y cancelatorias.

a) Las sanciones *resarcitorias* consisten en la imposición, al infractor, de la realización de un hecho de naturaleza similar al objeto del deber jurídico incum-

* BIBLIOGRAFÍA. Borda, G. A., *Derecho Civil, Parte General*, t. II, núms. 1234 y ss., ps. 347 y ss.; Llambías, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Bs. As., 1953; Moyano, J. A., *Efectos de las nulidades*, Bs. As., 1932; Castiglione, A., *Nulidad de los actos jurídicos*, Bs. As., 1919; Buteler, J. A., *Clasificación de las nulidades de los actos jurídicos*, Córdoba, 1939; Galli, E., *Crítica a la clasificación de las nulidades*, "Anales de la Fac. de Derecho de La Plata", año 1940, t. 9; Orgaz, A., *Estudios de Derecho Civil*, Bs. As., 1948, ps. 47 y ss.; Alsina Atienza, D., *Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos*, "J.A.", 1950-II, secc. doctr., p. 3; Buteler, J. A., *Nulidad e inexistencia*, "L.L.", t. 104, p. 885; Carneiro, J. J., *Nulidad de los actos jurídicos y la reivindicación de los inmuebles*, "E.D.", t. 2, p. 657.

¹ Arauz Castex, M., *Sistematización de las sanciones en Derecho Civil*, en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral", año XVI (3ª época), 1954, núms. 80-81.

plido, v.gr., la reparación de los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento de una obligación (art. 505, inc. 3°). La sanción resarcitoria está presidida por la idea de igualdad: procura restablecer la situación de las personas damnificadas por la infracción del deber jurídico, en el estado precedente al entuerto. Consiste en una restitución de las personas y las cosas del *statu-quo-ante*.

b) Las sanciones represivas, en cambio, imponen al infractor de un deber jurídico la realización de un hecho de naturaleza diferente al objeto de dicho deber, v.gr., la prisión que se impone al autor de un homicidio. Se inspira en las ideas de castigo, corrección, defensa social, etc.

c) Las sanciones *cancelatorias* consisten en la *caducidad de derechos o potestades*. Habiéndose tomado el infractor inepto para el goce del derecho o ejercicio de la potestad, la ley le cancela su título para el futuro, sin perjuicio de la validez de los actos ya realizados. Ejemplo: el padre que abandona al hijo menor es sancionado con la pérdida de la patria potestad (art. 307).

1870. CARACTERES DIFERENCIALES.— Las sanciones resarcitorias y represivas presentan los siguientes caracteres diferenciales:

1°) En cuanto a su *naturaleza*, como se ha dicho, hay identidad o equivalencia entre sanción y entuerto tratándose de sanciones resarcitorias, y a la inversa, si se trata de sanciones represivas.

2°) En cuanto a su *fundamento*, el resarcimiento procura una equivalencia de situación, en tanto que la represión se inspira en otras ideas, tales como el castigo del infractor, su corrección, la ejemplaridad y defensa sociales, etc.

3°) En las sanciones represivas, el deber jurídico cuya infracción se reprime, es por lo general implícito: así el deber de no dañar a otro, o no matar que antecede a la sanción represiva de las lesiones, del homicidio, de la tentativa, etc. En cambio, el deber jurídico cuya infracción da lugar a la reparación o resarcimiento es siempre explícito.

4°) A la inversa, la sanción represiva debe constar en la ley en forma expresa, en tanto que la sanción resarcitoria puede ser inducida analógicamente y hasta por la sola fuerza de consideraciones racionales.

5°) Por último, las sanciones represivas son estrictamente personales, tanto desde el punto de vista del sujeto activo o pretensor, como del sujeto pasivo o responsable, lo cual explica que no favorezcan o perjudiquen a los sucesores universales de uno o de otro. Lo contrario ocurre si se trata de sanciones resarcitorias, que

son transmisibles tanto por parte del pretensor como del responsable en la medida que lo son los deberes jurídicos a que ellas se refieren ².

1871. CUADRO GENERAL DE SANCIONES.— Generalmente se sostiene que las sanciones resarcitorias son las propias del derecho civil y que las represivas lo son del derecho penal. Con relación al derecho civil, ello no parece exacto. Arauz Castex ha demostrado cómo también en el derecho civil las sanciones represivas ocupan un lugar importante ³. Es lo que se advierte a través del siguiente cuadro que ha presentado el autor citado:

SANCIONES CIVILES

A) RESARCITORIAS

I.— *Identidad*

Patrimoniales:

- a) acciones personales de ejecución (art. 505, inc. 1°);
- b) acciones patrimoniales:
 - indirecta (art. 1196),
 - revocatoria (art. 961),
 - de simulación (art. 955);
- c) demolición o destrucción (arts. 625, 633, 1524 y 2500);
- d) acciones reales (art. 2756):
 - reivindicatoria (art. 2758),
 - confesoria (art. 2795),
 - negatoria (art. 2800);
- e) acciones posesorias (art. 2468);
- f) legítima defensa (art. 2470).

Patrimonial o extrapatrimonial:

- g) nulidad (arts. 18 y 1037):
 - privación de acciones,
 - restitución de lo entregado.

Extrapatrimoniales:

- h) restitución de la esposa al hogar (ley matr. civil, art. 53);
- i) restitución de los hijos al hogar (art. 267).

² Arauz Castex, M., art. cit., en nota anterior, ps. 12 y 13.

³ Arauz Castex, M., art. cit., p. 10.

JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS

II.— *Analogía*

Patrimoniales:

- j) cumplimiento por otro (art. 505, inc. 2°);
- k) indemnización:
 - por incumplimiento de contrato (art. 505, inc. 3°),
 - por acto ilícito (arts. 1077 y 1109);
- l) restitución del enriquecimiento sin causa (arts. 2288, 2306, etc.).

Extrapatrimonial:

- m) alimentos (arts. 265, 267, 367; ley matr. civil; arts. 51 y 80) [ahora ver arts. 198 y 207, Cód. Civ.].

B) REPRESIVAS

Extrapatrimoniales:

- a) reclusión del hijo por el padre (art. 278); esta sanción no figura en el texto dispuesto por ley 23.264;
- b) pérdida de la patria potestad (art. 307);
- c) divorcio (ley matr. civil, art. 64) [ahora ver arts. 202 y 214, inc. 1°, Cód. Civ.].

Patrimoniales:

- d) pérdida de la vocación hereditaria por indignidad (arts. 3291, 3296);
- e) revocación de donación por ingratitud (art. 1858);
- f) revocación de donaciones y legados por incumplimiento de cargos (arts. 1849, 3774, 342);
- g) “*nemo auditur...*”:
 - pago (art. 795),
 - dolo recíproco (art. 932, inc. 4°),
 - nulidad absoluta (art. 1047),
 - solidaridad entre codeudores (art. 1082),
 - sociedad (art. 1659),
 - mandato (art. 1891),
 - juego (art. 2063);
- h) daño moral (art. 1078).

1872.— Pero, sin duda, con relación a los actos jurídicos en general, la más importante sanción es la *nulidad*, por lo cual concentraremos nuestra atención en torno a ella.

II.— DE LA SANCIÓN DE NULIDAD

1873. NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS. CONCEPTO. CARACTERES.— La nulidad según la concepción clásica es una sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de la celebración ⁴.

De la definición expresada, surgen los caracteres que distinguen a la nulidad de otras instituciones jurídicas que establecen la caducidad de los derechos o de sus efectos.

1874.— En primer término la nulidad es una sanción *legal* ^{4 bis}, es decir, encuentra su fuente en la fuerza imperativa de la ley. Esta característica diferencia a la nulidad de la revocación o la rescisión, que operan en virtud de la voluntad particular (véase *infra*, núms. 2086 y 2078).

El origen legal de la sanción de nulidad plantea la llamada cuestión de las nulidades implícitas, que será estudiada en el n° 1880. Se trata de saber si dicha sanción debe estar consignada explícitamente en la ley, o si puede estar contenida de un modo tácito en ella.

1875.— En segundo lugar, la nulidad importa el aniquilamiento de los *efectos propios* del acto jurídico, es decir, de aquéllos que las partes quisieron constituir. Excepcionalmente la ley detiene el efecto destructivo de la unidad como ocurre frente a los terceros de buena fe que han adquirido derechos a título oneroso cimentados en los actos anulables ⁵ o también frente al incapaz de hecho que ha recibido algo en virtud del acto nulo, viciado por incapacidad, a quien autoriza a no restituir los bienes recibidos si ellos no subsistiesen en su patrimonio (conf. art. 1165, Cód. Civ.).

1876.— Por último, la sanción de nulidad actúa en razón de una causa *originaria*, es decir, existente en el origen del acto. En este sentido, la nulidad corresponde a un modo de ser vicioso del acto ⁶. En sentido divergente con respecto a la índole viciosa del acto pasible de la sanción de nulidad se ha manifestado Japiot ⁷, sin que su opinión haya logrado adeptos.

⁴ Conf. Borda, G. A., *Derecho Civil, Parte General*, t. II, n° 1235; Moyano, J. A., *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos*, n° 15.

^{4 bis} Conf. Buteler, J. A., su nota en "L.L.", t. 104, p. 885. Comp. Nieto Blanc, E., su nota en "L.L.", t. 104, p. 1019, n° 8.

⁵ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, núms. 1245 y 1282; Llambías, J. J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, § 62. Después de la sanción de la ley 17.711 también los actos nulos pueden detenerse frente a los derechos de los terceros a título oneroso.

⁶ Conf. Llambías, J. J., *op. cit.*, n° 2; Buteler, J. A., su nota en "L.L.", t. 104, p. 885.

⁷ Japiot, R., *Des nullités en matière d'actes juridiques*, ps. 271 y ss. Véase la crítica de

Es este carácter de la nulidad el que también concurre para distinguir esa sanción de otras causales de ineficacia que obran en razón de causas sobrevinientes, como la resolución (véase *infra*, n° 2081).

1876 bis. OPINIONES QUE NIEGAN A LA NULIDAD EL CARÁCTER DE SANCIÓN.— Últimamente se ha criticado con razones de mucho peso la comprensión clásica de la nulidad. Para Nieto Blanc la nulidad no es una sanción porque “la invalidez no constituye la violación de un imperativo jurídico”. Sería, en cambio, una calificación que corresponde a la reacción del orden jurídico frente a un acto de estructura imperfecta, v.gr., un testamento ológrafo carente de los recaudos legales. “La invalidez constituye el tratamiento particular de las imperfecciones de los actos que tienden a ser negocios jurídicos” ^{7 bis}.

Para López Olaciregui “la nulidad comporta una situación de ineficacia, consistente en una frustración *erga omnes*, a que queda reducido un acto jurídico, en virtud de defectos de otorgamiento y a través de un proceso de impugnación y declaración privada o judicial” ^{7 ter}.

1876 ter. COMPARACIÓN DE LA NULIDAD CON OTRAS SANCIONES CIVILES (INDEMNIZACIONES, CADUCIDADES).— Entre la *nulidad* y la *indemnización* existe la afinidad de constituir remedios jurídicos tendientes al restablecimiento del *statu-quo-ante*: la nulidad destituye a un acto jurídico de sus efectos y consiguientemente vuelve la situación jurídica al estado precedente a ese acto; la indemnización subsana el daño a expensas del deudor de ella. Difieren en cuanto a los medios empleados: en la nulidad juega un tratamiento lógico de supresión de consecuencias imputadas al acto inválido que se había obrado; en la indemnización funciona una recomposición material del quebranto patrimonial sufrido por el damnificado.

Entre la *nulidad* y la *caducidad* se suscita la afinidad consistente en la supresión de los efectos inherentes a cierto derecho. Pero en la nulidad esa supresión proviene de una causa contemporánea a la adquisición del derecho y por ello, en principio, opera *ex-tunc*. En cambio, la caducidad se produce por una causa sobreviniente a la adquisición del derecho y funciona *ex-nunc* sólo a partir de este último momento.

1877. NULIDAD E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS.— Son dos categorías conceptuales que no tienen parentesco alguno entre sí, a punto tal que Planiol las declara incompatibles ⁸.

la opinión de Japiot en nuestra recordada obra, que cita la nota anterior. Comp. Nieto Blanc, E., su nota en “L.L.”, t. 104, p. 1026, n° 11, p. 885.

^{7 bis} Nieto Blanc, Ernesto, *Nulidad en los actos jurídicos*, Bs. As., 1971, n° 18, p. 55, n° 19, p. 59, n° 21, p. 66.

^{7 ter} López Olaciregui, J. M., su actualización a Salvat, R., *Parte General*, ed. del cincuentenario, t. II, n° 2602-A, IV, p. 733.

⁸ Planiol, *Traité élémentaire*, t. I, n° 346, p. 136.

La *nulidad* es una sanción o calificación de la ley que recae sobre un acto jurídico efectivo, para privarlo de sus efectos propios, o para significar la carencia de esos efectos.

La *inexistencia* de los actos jurídicos es una “noción primordial del razonamiento y de la lógica”, según la feliz expresión de Moyano ⁹, que corresponde a ciertos hechos materiales, a los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, sea el sujeto, el objeto o la forma, entendida esta última como la manifestación de la voluntad del sujeto respecto del objeto.

1878. NULIDAD E INOPONIBILIDAD *.— La inoponibilidad configura una calidad de los actos jurídicos que la ciencia jurídica no se había detenido a sistematizar hasta hace poco.

Mientras el acto inválido, es decir, sujeto a una sanción de nulidad, carece de efectos respecto de las partes, si bien accidentalmente pueden derivar efectos a favor de terceros, lo contrario ocurre con el acto inoponible, que siendo válido entre las partes no produce efectos respecto de determinadas personas ajenas a él, las que pueden comportarse como si el acto no existiese. Ejemplo: el acto viciado de fraude, es decir, celebrado por el deudor en perjuicio de sus acreedores, no es oponible al acreedor de fecha anterior ^{9 bis}.

1879. NULIDAD Y ESTERILIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS.— Ambas categorías se asemejan por la carencia de efectos, pero se distinguen por la razón de esa ineficacia. Los actos inválidos son tales por una imposición de la ley que los sanciona. En cambio, los actos estériles son ineficaces por una imposición de las circunstancias. Ejemplo: la obligación de dar una cosa cierta que parece sin culpa del deudor antes de la entrega (conf. arts. 578 y 584, Cód. Civ.).

1880. LA CUESTIÓN DE LAS NULIDADES IMPLÍCITAS.— Según el art. 1037 del Código Civil, “los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen”.

⁹ Moyano, J. A., *op. cit.*, n° 77.

* BIBLIOGRAFÍA Martínez Ruiz, R., *Distinción entre acto nulo y acto inoponible*, “J.A.”, 1943-IV, p. 355; Bastián, D., *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, tesis, París, 1929; Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, ed. La Habana, 1940, t. VI, n° 280, p. 391; Ripert y Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, Bs. As., 1964, t. IV, n° 691, p. 412; Von Tuhr, A., *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*, Bs. As., 1947, vol. II¹, p. 361, párr. 58.

^{9 bis} Otros supuestos de inoponibilidad pueden verse en Llambías, J. J., *op. cit.*, n° 4.

Esta disposición plantea la llamada cuestión de las nulidades implícitas: se trata de saber si, conforme a aquel precepto, es indispensable que la sanción de nulidad esté formalmente expresada en el texto, o si es posible que el intérprete descubra una incompatibilidad entre la norma y la eficacia de cierto acto jurídico, de manera que quede excluida tácitamente la validez de éste sin una explícita determinación en ese sentido.

1881.— *a)* Según la opinión de Segovia, Llerena, Salvat, Etcheverry Boneo, Castiglione y Neppi, nuestro ordenamiento jurídico no rechaza las nulidades virtuales, de manera que la sanción de nulidad resulta establecida expresa o implícitamente por el Código Civil.

En este sentido, Salvat argumenta que el art. 1037 de ese Código no exige que la sanción de nulidad esté consagrada en términos sacramentales y expresos. Por su parte, Etcheverry Boneo invoca el art. 18 del mismo Código, que determinaría, según él, una nulidad implícita correspondiente a cada prohibición legal, y cita como ejemplo de nulidad implícita el instrumento privado carente de firma (conf. art. 1012, Cód. Civ.).

Neppi, por fin, aduce que no se trata de una materia excepcional por lo que subsiste la posibilidad de declarar en los casos concretos cualquiera de las diversas especies de nulidad previstas por la ley, aunque no fuere establecida en forma explícita, gracias al empleo de todos los medios de interpretación del ordenamiento.

1882.— *b)* Según la opinión de Machado, Lafaille y Moyano, en nuestro derecho no hay nulidades implícitas.

Machado para fundar este aserto, recuerda que la fuente del art. 1037 es el *Esbozo de Freitas*, cuyo régimen exigía la sanción expresa de nulidad. Por otra parte, estima que la admisión de las nulidades implícitas dejarían en manos de los jueces el poder de trastornar la legislación civil.

Moyano arguye que la fórmula del art. 1037 habla de nulidades que la ley establece, pareciéndole obvio que las nulidades implícitas no se establecen.

1883.— *c)* Por nuestra parte adherimos a la primera opinión expuesta. Apuntaremos brevemente las razones que nos mueven a ello.

1*) Consideración de orden textual. La comparación del art. 1037 con su fuente, el art 786, segunda parte, del *Esbozo de Freitas*, muestra la desaparición del adverbio “expresamente” en nuestro texto. Esta eliminación es fuertemente sugestiva, por lo que no cabe mantener la misma inteligencia para ambas disposiciones, a menos que se piense que el vocablo “expresamente” ni quita ni pone tratándose precisamente de eso, es decir, de saber si la sanción requerirá ser expresa o no.

En cuanto a la obviedad de que las nulidades implícitas no se establecen, se trata sólo de una afirmación que no elude la comprensión diferente de los respetables maestros mencionados.

2*) Consideración de orden axiológico. El temor al trastorno de la legislación civil que podría derivar de las nulidades implícitas, no resulta justificado por la experiencia judicial universal. Los jueces siempre han desentrañado del ordenamiento jurídico causas no explícitas de nulidad, y a ese hecho no ha seguido cataclismo alguno.

3*) Consideración de orden lógico. La cuestión, según nos parece, debe ser levantada del examen menudo del art. 1037, en el que unos ven lo que otros niegan. Con suma razón ha dicho Moyano que no pone mayor entusiasmo en el sistema gramatical de interpretación legal, que tiene algo de arcaico y de vacío. Pero por esto mismo no es necesario exigir la sanción de nulidad, cuando se encaran actos incompatibles con el ordenamiento jurídico rectamente interpretado, a punto tal que esos actos deben considerarse excluidos del amparo legal. Semejantes actos no podrán recibir buena acogida en los tribunales ¹⁰.

En definitiva cabe concluir que el art. 1037 no exige que la sanción de nulidad esté expresamente consagrada en la ley. El sentido del precepto sólo indica que esa sanción siempre deriva de la ley y no de la voluntad de los jueces, que no podrán arbitrar para invalidar un acto, causas que no están efectivamente incorporadas, siquiera de una manera tácita al ordenamiento legal.

§ 2. Clasificación de las nulidades. Sistemas diversos; régimen del Código. Teoría del acto inexistente.

1884.— Las clasificaciones que integran la teoría de las nulidades, en nuestro derecho, pueden ser presentadas en el siguiente cuadro esquemático, que pone de relieve los fundamentos y las categorías de cada clasificación:

¹⁰ Los tribunales han entendido que si bien toda nulidad debe fundarse en una disposición legal que la establezca (art. 1037, Cód. Civ.) ello no quiere decir que la sanción deba estar consagrada en términos sacramentales y expresos ya que puede resultar de una prohibición o condición legal: Cám. Civ., Sala "F", "L.L.", t. 95, p. 250; Sup. Corte Bs. As., "L.L.", t. 6, p. 1087.

Empero la nulidad, aunque implícita, debe ser indudable, pues el criterio que preside esta materia, por tratarse de excepción a la validez de los actos jurídicos, es la interpretación restrictiva (Sup. Trib. La Rioja, "J.A.", 1945-I, p. 256). Por ello, en caso de duda el juzgador debe decidirse por la validez del acto impugnado: Cám. Civ., Sala "C", "L.L.", t. 91, p. 216; íd., Sala "D", "L.L.", t. 93, p. 142.

<i>Fundamento de la clasificación</i>	<i>Categorías de la clasificación</i>
I. Según la actuación patente o latente de la causa de invalidez.	1. Nulidad manifiesta. 2. Nulidad no manifiesta o dependiente de juzgamiento.
II. Según la índole rígida o fluida de la causa de invalidez.	1. Actos nulos (nulidades de derecho). 2. Actos anulables (nulidades dependientes de la apreciación judicial).
III. Según el rigor de la sanción de invalidez.	1. Nulidad absoluta. 2. Nulidad relativa.
VI. Según la extensión de la sanción de invalidez.	1. Nulidad total. 2. Nulidad parcial.
V. Según el carácter expreso o tácito de la sanción de invalidez.	1. Nulidad expresa. 2. Nulidad virtual.

Éstas son las únicas clasificaciones de las nulidades que tienen trascendencia en el derecho, si bien la importancia práctica de unas y otras categorías es muy diferente. Sin duda las categorías fundamentales son las de los actos nulos y anulables (II) y las nulidades absolutas y relativas (III).

1885.— Aubry y Rau admiten también las nulidades de *orden público* y de *orden privado*, que en realidad se identifican, respectivamente con las nulidades absolutas y relativas; y las nulidades de *fondo* y de *forma*, que no tienen, según nos parece, un funcionamiento independiente, por lo que no constituyen una clasificación científica, sino una mera oposición accidental sin interés alguno. Asimismo, Zachariae, bajo la denominación de nulidades *legales* y *judiciales*, incluye nuestra fundamental clasificación de actos nulos y anulables, con el sentido que tiene en el Código Civil.

1886.— Japiot deja de lado todas las clasificaciones propuestas para admitir sólo dos grandes divisiones con varias subdivisiones cada una. En primer lugar las nulidades de *interés general*, que subdivide en nulidades de interés social, nulidades naturales, nulidades de interés privado y general y nulidades absolutas de carácter penal. A todas éstas opone Japiot las nulidades de *interés privado*, que subdivide en nulidades puramente personales, nulidades abiertas a favor de una sola persona pero desprovistas del carácter exclusivamente personal, nulidades relativas abiertas a favor de varias personas de diferente título, nulidades de interés pri-

vado abiertas a favor de varias personas del mismo título y, finalmente, nulidades relativas generalizadas.

Pero este criterio clasificador no ha sido recogido por autor alguno, pensamos que por sobrada razón.

Aun cuando sea menester eludir el peligro de la simplificación exagerada en esta materia, que puede poner al juez en un verdadero lecho de Procusto, impidiéndole llegar a una solución justa, no es posible caer en el extremo opuesto multiplicando las especies de nulidades, sin verdadero arraigo en la naturaleza de las cosas y motivadas en apreciaciones subjetivas sobre el fin de la norma legal que ha impuesto la sanción de invalidez.

Entendemos inconveniente desaprovechar los materiales que sobre este asunto han elaborado los siglos. En nuestro medio, aventurarse por ese camino sería tanto menos justificado cuanto que la sabiduría de Vélez Sarsfield, al reconocer el independiente funcionamiento de las clasificaciones de nulidad-anulabilidad y nulidad absoluta-relativa, ha introducido en la sistematización legal la suficiente ductilidad que sin tolerar el puro arbitrio del juez, acuerda a éste una apropiada soltura en el desempeño de su función actualizadora de la sanción legal de invalidez.

1887. I) NULIDADES MANIFIESTAS Y NO MANIFIESTAS.— El vicio que obsta a la validez del acto puede estar patente en el mismo o, por el contrario, estar oculto, de modo que se requiera una investigación para ponerlo de relieve. Esta diferenciación es la que da origen en nuestro sistema legal, como en el de Freitas, a quien ha seguido el codificador en este aspecto y en varios otros de la teoría de las nulidades, a la clasificación de nulidades manifiestas y no manifiestas (o dependientes de juzgamiento según la terminología del *Esbozo*).

Esta clasificación comprende a los mismos actos incluidos en cada categoría de la clasificación siguiente. Los actos nulos son los que adolecen de nulidad manifiesta, o patente. Los actos anulables son, en cambio, los de nulidad no manifiesta, o latente ^{10 bis}.

1888. II) NULIDADES DE DERECHO (ACTOS NULOS) Y NULIDADES DEPENDIENTES DE APRECIACIÓN JUDICIAL (ACTOS ANULABLES).— Hemos dicho en otra ocasión que “la ley, frente a los actos que ella prohíbe, puede

^{10 bis} Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 1244, p. 354; Carneiro, J. J., su nota en “E.D.”, t. 2, p. 657, n° 5. Comp. Spota, A. G., *Tratado*, t. I, vol. 36, p. 736, para quien el acto nulo surge siempre que el negocio jurídico carece de un elemento esencial para que la voluntad declarada sea aprehendida como tal por el ordenamiento legal. En cambio, según Spota, por anulabilidad se debe entender la invalidez del acto jurídico que depende de la pretensión accionable de aquel a quien la ley otorga el derecho de impugnación (*op. cit.*, p. 719).

encontrarse en una doble situación, radicalmente diferente e inconfundible. En una primera situación, la ley puede por sí misma, y sin la cooperación de otro órgano o poder, aniquilar el acto vedado, lo que ocurre cuando la imperfección de éste es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o de menos, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie. En la segunda situación, la ley por sí misma es impotente para aniquilar el acto cuando la imperfección de éste es, por su propia índole, variable en los actos de la misma especie, indefinida, susceptible de más o de menos, ligada a las circunstancias concretas que condicionan efectivamente la realización del acto. En esta segunda situación la ley no puede sino establecer un principio de sanción, que será desenvuelto, definido y regulado por el juez en función de las circunstancias particulares que el caso presente, valoradas de acuerdo a su criterio: es una nulidad intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial. Si en la primera situación, en razón de que la causa de invalidez es rígida, definida, invariable, insusceptible de estimación cuantitativa, la ley puede invalidar el acto y declararlo nulo, en la segunda situación no puede sino reputarlo anulable, es decir, susceptible eventualmente de ser anulado por la sentencia que determine, defina y declare que la causa de imperfección existe, y aun a veces que ella reviste la intensidad suficiente como para arrastrar la invalidez del acto. Si el acto nulo es invalidado inmediatamente por la ley misma, «expresamente», según la fórmula harto confusa de art. 1038 del Código Civil, el acto anulable resulta invalidado por la sentencia del juez que, apoyada en el principio de sanción establecido en la ley, aniquila el acto, que sólo se tiene por nulo desde el día de la sentencia que lo anula, conforme al art. 1046 del Código Civil” 10 bis 1.

Éste es el sentido cabal de la clasificación de los actos nulos y anulables, que está, como se ve, arraigada en la misma naturaleza de las cosas. Para Bonnet, que usa la terminología que hemos adoptado (nulidades de derecho y nulidades dependientes de la apreciación judicial), esta clasificación reviste la mayor importancia.

1889. SIGNIFICACIÓN DE ESTA CLASIFICACIÓN.— Algunos autores opinan que esta clasificación de actos nulos y anulables tiene sólo un interés práctico reducido. Contrariamente, opinamos que la diferenciación es fundamental y de gran trascendencia práctica, en vista de lo dispuesto en el art. 1046 del Código Civil, se-

10 bis 1 Llambías, J. J., *Clasificación de los actos nulos y anulables*, conferencias pronunciadas durante los meses de julio a setiembre de 1949 en el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

gún el cual *“los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase”*.

Como se ha de ver más adelante, sobre la base de este precepto legal la jurisprudencia, sabiamente, se ha inclinado a detener los efectos de pronunciamiento de la nulidad de los actos anulables frente a adquiridos con anterioridad a la fecha de la sentencia que decreta la anulación de dichos actos. Se trata de una importante excepción al régimen general de transmisión de derechos establecido por el extremadamente lógico art. 3270 del Código Civil ^{10 bis 2}.

1890. III) NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS.— He aquí otra clasificación fundamental de la teoría de las nulidades, que es independiente de la distinción de los actos en nulos y anulables, con la cual no es posible confundirla en nuestro derecho.

La independencia de ambas clasificaciones se advierte especialmente en el examen del *fundamento* o criterio distintivo, y del *funcionamiento* de una y otra clasificación. Por otra parte, quedan incluidos en una y otra categoría actos diferentes, de manera que existen actos nulos de nulidad absoluta y actos nulos de nulidad relativa, así como hay actos anulables de nulidad absoluta y actos anulables de nulidad relativa ¹¹.

1891.— a) Por lo pronto, el fundamento o razón de ser de ambas clasificaciones es distinto. Los actos nulos y anulables se diferencian por el modo de actuar o de presentarse la causa de invalidez (actuación patente en la nulidad manifiesta y actuación oculta o latente en la nulidad no manifiesta) y también por la índole de la causa de invalidez (rígida e invariable en los actos nulos, fluida e indefinida en los actos anulables). En cambio, la nulidad absoluta se distingue de la nulidad relativa por el mayor rigor de la sanción legal de invalidez, calidad que a su turno depende de que el acto afectado entre o no en conflicto con el orden público o las buenas costumbres. El acto contrario al orden público o a las buenas costumbres. El acto contrario al orden público o a las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta, es decir, sufre todo el peso de la sanción legal. En cambio, el acto nulo o anulable que no afecta al orden público ni a las buenas costumbres, sólo es pasible de una nulidad relativa establecida para la protección de un interés particular. Lógicamente, en ese caso, la imperfección del acto podrá subsanarse si el interesado, o sea, la persona en cuyo favor se ha establecido la sanción de nulidad, conforma el acto viciado, o si se prescribe la acción pertinente.

^{10 bis 2} Según Carneiro, ésta es “la única clasificación que tiene relevancia jurídica primordial en nuestra ley. Las otras clasificaciones propuestas tienen importancia secundaria, o persiguen un propósito didáctico o de mejor ordenamiento de conceptos” (Rev. cit., p. 658, n° 5).

¹¹ Corte Sup. Nac., “Fallos”, t. 190, p. 142, “L.L.”, t. 23, p. 250 y “J.A.”, t. 75, p. 921.

<i>Funcionamiento de la nulidad</i>	<i>Absoluta</i>	<i>Relativa</i>
Declaración de oficio por el juez cuando el vicio está manifiesto en el acto.	Sí (art. 1047, cláusula 1ª)	No (art. 1048)
Facultad de todo interesado (excepto la parte que sabía o debía saber el vicio del acto) para alegar la nulidad.	Sí (art. 1047, cláusula 2ª)	No (art. 1048)
Alegación por el Ministerio Público.	Sí (art. 1047, cláusula 3ª)	No (art. 1048)
Confirmabilidad del acto viciado.	No (art. 1047, cláusula 4ª)	Sí (art. 1058)
Renunciabilidad de la acción de nulidad.	No (arts. 872 y 19)	Sí (arts. 872 y 19)
Prescriptibilidad de la acción de nulidad.	No ("L.L.", t. 8, p. 789; "J.A.", 1944-III, p. 841)	Sí (arts. 4030, 4031 y nuevo art. 4023, parte final)

En cambio, la otra clasificación (actos nulos-anulables) para nada influye en la determinación de los puntos consignados, salvo el primero, a cuyo respecto, para declarar de oficio la nulidad, se requiere que el carácter absoluto de la sanción corresponda a un acto nulo. La virtualidad de esa clasificación se ejerce en otra dirección, determinando la índole de la función del juez, en cada caso: si el acto es *nulo*, el juez no puede dejar de declarar una nulidad que está sellada por la ley, so pena de incurrir en *prevaricato* (conf. art. 269, Cód. Pen.); si el acto es *anulable*, la invalidez depende del criterio del juez que es quien pronuncia la nulidad.

1893.— c) La más cabal demostración de la independencia de ambas clasificaciones (nulidad-anulabilidad, nulidad absoluta-relativa) resulta de la compro-

bación de que incluyen en cada categoría actos diferentes, como se advierte en el siguiente cuadro:

Núm.	Clase del acto	Índole de la causa de invalidez	Intensidad de la sanción de invalidez
1	Acto de incapaz absoluto	Nulo (art. 1041)	Nulidad relativa (arts. 1049, 1164 y 4031, Cód. Civ.)
2	Acto de menor adulto	Nulo (art. 1042)	Nulidad relativa (arts. 1049, 1164 y 4031, Cód. Civ.)
3	Acto impedido de menor emancipado. Acto de representante legal sin autorización judicial, cuando se requiera.	Nulo (art. 1042)	Nulidad relativa (arts. 1049, 1164 y 4031, Cód. Civ.)
4	Acto de incapaz de derecho	Nulo (art. 1043) o anulable (art. 1045), cláusula 2ª) según que la incapacidad fuere o no conocida al tiempo de formarse el acto.	Nulidad absoluta o relativa, según que la sanción tutela un interés público o privado
5	Simulación o fraude presumidos por la ley	Nulo (art. 1044, cláusula 1ª)	Nulidad absoluta
6	Objeto ilícito o inmoral	Nulo (art. 1044, cláusula 2ª) o anulable (art. 1045, cláusula 3ª) si la ilicitud o inmoralidad depende de una investigación de hecho	Nulidad absoluta
7	Carencia de forma legal exclusiva	Nulo (art. 1044, cláusula 3ª)	Nulidad absoluta
8	Instrumento sustancial nulo	Nulo (art. 1044, "in fine")	Nulidad absoluta

Núm.	Clase del acto	Índole de la causa de invalidez	Intensidad de la sanción de invalidez
9	Acto de incapaz accidental o natural	Anulable (art. 1045, cláusula 1ª)	Nulidad relativa (art. 1049)
10	Acto de voluntad viciada (error-dolo-violencia)	Anulable (art. 1045, cláusula 4ª)	Nulidad relativa (art. 1159)
11	Instrumento sustancial anulable (art. 989)	Anulable (art. 1045, "in fine")	Nulidad absoluta

1894. IV) NULIDAD TOTAL O PARCIAL.— Esta clasificación de las nulidades, de muy escasa importancia, se refiere a la extensión de la sanción de nulidad, respecto del contenido del acto. El art. 1039 del Código Civil, dispone que *"la nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables"*.

Para que pueda funcionar la nulidad parcial, se requiere que el contenido del acto sea susceptible de división, sin que se destruya la esencia del conjunto. Es una traslación del concepto sobre divisibilidad de las cosas establecido en el art. 2326.

La aplicabilidad del precepto supone la existencia de "actos jurídicos complejos, en cuyo conjunto pueden distinguirse diversos actos jurídicos, cada uno de los cuales tiene objeto o agentes propios. En tal caso se presenta el problema de establecer en qué grado la nulidad de uno de los factores puede comportar la nulidad del conjunto" ^{11 bis}.

Esta clasificación ofrece interés en materia testamentaria, en la cual la nulidad de un legado, o de la institución de herederos, u otra cláusula, deja en principio subsistentes las disposiciones exentas de vicios (conf. arts. 3630 y 3730) ^{11 bis 1}.

Pero otra cosa ocurre con los contratos. "Sus cláusulas constituyen un conjunto. Lo que se ha querido no es tal parte aislada, y tal otra también aislada. Se ha querido el todo, tal como fue ajustado. Las cláusulas son los elementos, la condición del acto" ¹².

^{11 bis} Moyano, J. A., *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos*, Bs. As., 1932, n° 124, p. 76.

^{11 bis 1} Conf. Cám. Civ., Sala "E", "L.L.", t. 109, p. 661.

¹² Bibiloni, J. A., *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, Bs. As., 1929, t. I, p. 181.

1895. V) NULIDADES EXPRESAS Y VIRTUALES.— Esta clasificación ha sido estudiada en el n° 1880, por lo que nos remitimos a lo dicho en ese lugar.

1896. SISTEMAS DIVERSOS.— A fin de comparar la teoría de las nulidades elaborada por nuestro codificador con las sistematizaciones existentes en otros países, daremos una noticia de los sistemas romano, francés, alemán e italiano.

1897. DERECHO ROMANO.— Dentro de la comprensión simplista del derecho romano primitivo, la *nulidad* era una sanción que correspondía a un defecto de forma del acto, que si era perfecto cuando estaba revestido de las solemnidades adecuadas, pese a los vicios internos de que adoleciera, era *nulo* si padecía algún vicio de forma. La nulidad era uno de los resortes esenciales del régimen formalista de los primeros tiempos romanos, y entonces presentaba tres caracteres principales: 1°) funcionaba de pleno derecho, por lo que el juez se limitaba a verificar la existencia de la causa que daba lugar a la sanción; 2°) podía ser opuesta por cualquier interesado; 3°) el acto sujeto a la sanción no podía confirmarse.

En una época muy posterior se admitió, junto a las nulidades de derecho, las nulidades pretorianas o dependientes de acción judicial. Pero antes de llegarse a este resultado fue necesario atravesar tres etapas intermedias, que correspondieron a los remedios escogidos por el pretor para reparar las situaciones injustas que la ley primitiva no reparaba.

En un primer momento, el pretor, sin afectar la teórica perfección del acto, concedió a la parte perjudicada por el vicio interno del mismo el *derecho de repetir* lo que hubiese pagado, es decir, el derecho de obtener la restitución de lo entregado a causa del acto viciado.

En un segundo momento, aún se respetaba la eficacia del acto viciado, pero el pretor castigaba a la parte que quisiera ejecutarlo con una *multa* que hasta llegaba al cuádruplo de su valor si el vicio consistía en la violencia.

Finalmente, el magistrado interpuso su *imperium* para rescindir el acto y desligar a las partes del mismo con lo que quedó establecida una nueva nulidad de origen pretoriano, que presentaba estas características: 1°) la nulidad dependía de la apreciación judicial; 2°) importaba una medida de protección en favor de alguna de las partes, y consiguientemente sólo ella podía pedirla; 3°) la nulidad podía purgarse por la confirmación del acto.

1898. DERECHO FRANCÉS.— Según enseña Jossierand, “en el estado actual de la doctrina, y también, desde hace algunos años, de la jurisprudencia, se distinguen en este particular tres grandes categorías de sanciones que consisten en la inexistencia, la nulidad y la nulidad relativa o simple anulabilidad”¹³.

¹³ Jossierand, L., *Derecho Civil*, t. I, vol. 1, n° 139.

1899.— 1º) El acto inexistente es el que carece de un elemento esencial, v.gr., las partes no han tratado de obligarse, faltando la voluntad jurídica; o bien sus voluntades no han coincidido, mediando error respecto a la identidad del objeto o la naturaleza del acto; o también, uno de los interesados no ha manifestado su voluntad, o el contrato no tiene objeto ¹⁴.

1900.— 2º) Al acto inexistente se opone el acto nulo, el cual está provisto de todos sus elementos constitutivos, pero tropieza con un obstáculo decisivo. El acto existe, pero uno de sus elementos vitales está afectado de un vicio que puede determinar su destrucción. Lo mismo que los organismos vivos pueden estar enfermos de muerte, los actos jurídicos nulos están afectados de enfermedades que pueden conducirlos a la muerte. Y así como hay enfermedades humanas más o menos graves, hay también nulidades más o menos severas: nulidades absolutas y relativas.

1901.— a) Las nulidades absolutas son también calificadas de radicales, o nulidades de orden público, pudiendo decirse que son las que sancionan las reglas de orden público, v.gr., pacto sobre herencia futura.

1902.— b) Las nulidades relativas o de orden privado, son las que sancionan las reglas protectoras de intereses particulares y acuden en socorro de la debilidad ¹⁵.

1903. DERECHO ALEMÁN.— El Código Civil alemán distingue la nulidad, de la anulabilidad y de la ineficacia relativa.

1904.— a) El negocio es *nulo* cuando por virtud de alguna circunstancia impositiva no es apto para producir el efecto jurídico apetecido.

1905.— b) Se llama *anulable* al negocio que comienza por producir sus efectos, pero respecto del cual alguno de los interesados en él tiene la facultad de destruir su validez. Mientras el titular del derecho a la anulación no lo ejercita, el negocio es válido; pero se invalida, desde que en razón de la anulabilidad existente se lleva a cabo la anulación efectiva ¹⁶.

La novedad de la anulabilidad, o también impugnabilidad, como la llaman los traductores de Enneccerus reside en el procedimiento pues no ha menester de la interposición de una acción judicial, sino que basta la declaración unilateral y recepticia formulada ante la parte contraria ¹⁷.

¹⁴ Josserand, L., *op. cit.*, n° 140.

¹⁵ Josserand, L., *op. cit.*, n° 142.

¹⁶ Oertmann, P., *Introducción al Derecho Civil*, ed. Labor, § 51, p. 285.

¹⁷ Oertmann, P., *op. cit.*, p. 287.

1906.— *c)* Los actos de ineficacia relativa no son propiamente inválidos entre las partes, pero en cambio lo son respecto de algunas terceras personas. Como se ve, el concepto coincide, aunque no la denominación, con la inoponibilidad de los autores franceses. Es con este nombre que la institución ha sido acogida por nuestros autores ¹⁸.

1907.— *d)* Finalmente cuadra decir que, al margen de las sanciones legales de nulidad y anulabilidad, algunos autores siguen considerando la categoría natural, digamos así, de inexistencia de los actos jurídicos. Así el citado Oertmann ¹⁹.

1908. DERECHO ITALIANO.— El Código Civil italiano de 1942, sólo considera dos sanciones de invalidez de los actos: la nulidad (arts. 1418 a 1424) y la anulabilidad (arts. 1441 a 1446), que los autores asimilan, respectivamente, a la nulidad absoluta y relativa. Sin embargo, algunos tratadistas, como Betti y Cariota Ferrara, consideran que la clasificación de actos nulos y anulables es también allí, como entre nosotros, independiente de la nulidad absoluta y relativa, por lo que pueden darse casos de actos anulables con nulidad absoluta y actos nulos con nulidad relativa ²⁰. Por su parte Messineo, sin considerar explícitamente la dualidad de las clasificaciones, habla de la nulidad relativa como una subespecie de la nulidad, que se diferenciaría de ésta por concederse no a todos los interesados, sino a alguno o algunos, y por ser oponible no contra todos, sino contra alguna de las partes ²¹. Más adelante este autor se refiere también a la anulabilidad absoluta como una subespecie de la anulabilidad ordinaria ²².

Por otra parte, opina Messineo que el Código italiano no acepta la categoría de actos inexistentes, como resultaría del silencio de la ley al respecto. Esto no es de extrañar si, como nosotros pensamos, la de actos inexistentes es una categoría conceptual ajena al sistema legal de sanciones. Por lo demás, autores como Betti, Santoro-Passarelli, Cosattini y Mosco admiten la categoría de actos inexistentes independientemente de la de actos inválidos, nulos o anulables ²³.

Es de hacer notar que la teoría de las nulidades está referida en el Código italiano a los contratos, ya que allí se carece de una teoría legal del acto jurídico.

1909. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO INEXISTENTE.— La categoría de actos jurídicos inexistentes es extraña al sistema de las nulidades. En tanto

¹⁸ Ver Llambías, J. J., *op. cit.*, § 4, p. 6.

¹⁹ Oertmann, *op. cit.*, § 49, d, p. 279.

²⁰ Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, ps. 357 y ss., n° 58; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, p. 331, n° 87.

²¹ Messineo, F., *Manuale di Diritto Civile e commerciale*, t. I, § 47, p. 362, n° 8.

²² Messineo, F., *op. cit.*, p. 364, n° 9, letra c.

²³ Betti, *op. cit.*, ps. 197-198; Santoro-Passarelli, *Istituzioni*, n° 55; Cosattini, "Revista di Diritto e Proc. Civile", 1947, p. 69; Mosco, *La conversione*, p. 358.

que éstas constituyen sanciones legales que inciden sobre los actos jurídicos privándolos de sus efectos propios, “la inexistencia” de tales actos, “más que un principio jurídico, es una noción primordial del razonamiento y de la lógica”, según la feliz expresión de Moyano ²⁴.

La “nulidad” es una sanción de la ley que recae sobre un acto jurídico real o existente, es decir, que reúne los elementos esenciales de tal, a saber: sujeto, objeto y forma específica o esencial (véase *supra*, n° 1453).

La “inexistencia” es una noción conceptual—no legal—, que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica. A este *no* ser acto jurídico se lo designa adecuadamente con la denominación de “acto jurídico inexistente”.

Las nulidades constituyen medidas de resorte legal, cuyo régimen está determinado por la misma ley. Es así que ella establece si la nulidad es una cuestión que deba ser articulada por la vía de una acción judicial; quién es el titular de la acción de nulidad; si el juez puede declarar la nulidad de oficio; si el Ministerio Fiscal puede aducirla en el interés de la moral y de la ley; si la acción de nulidad es prescriptible; si se puede subsanar el vicio del acto nulo; cuáles son las consecuencias de la declaración de nulidad, etc.

En cambio nada de esto puede reglarse tratándose de la categoría racional de actos jurídicos inexistentes: es sólo nuestro entendimiento el que nos muestra que si algo *no* es acto jurídico aunque aparente serlo, no es posible tratarlo como lo que no es, ni imputar a ese algo los efectos propios de los actos jurídicos efectivos y reales.

1910.— La elaboración racional de la categoría de actos jurídicos inexistentes no fue alcanzada por los jurisconsultos romanos. La introducción del concepto se atribuye a Zachariae, si bien fue adoptado y difundido a través de Demolombe y Laurent, y especialmente Aubry y Rau, quienes enseñan que “el acto que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente como nulo, sino como inexistente (*non avenu*)” ²⁵.

Merced a su indiscutible lógica interna, la teoría del acto jurídico inexistente obtuvo una rápida difusión en el curso del siglo XIX. Todos los tratadistas franceses la incorporaron a sus exposiciones, pero no lograron un completo acuerdo sobre

²⁴ Moyano, J. A., *Efectos de la nulidad de los actos jurídicos*, n° 77. Comp. Buteler, J. A., *Nulidades e inexistencia*, “L.L.”, t. 104, p. 885.

²⁵ Aubry y Rau, § 37, p. 119.

los detalles de la materia, ni consiguieron una franca aceptación por parte de la jurisprudencia. Para Bonnecase, “un acto jurídico es inexistente cuando faltan uno o varios de sus elementos orgánicos, o quizá más bien, específicos. La idea de *organismo* aplicada al derecho ha sido expuesta por Ihering. Pero esta idea debe relacionarse con otra: la de la *forma específica* adaptada a las cosas de la vida jurídica. Hasta donde no es permitido aventurarnos en el dominio de las ciencias física y psicológica, la forma específica es la expresión de un ser perteneciente a una categoría determinada; esta expresión resulta ineludiblemente del conjunto de los elementos, sin los cuales no se concibe ese ser, y en todo caso sin los que no puede ya situarse en la especie considerada... ¿Cuáles son estos elementos? Estos elementos son de dos clases: elementos de orden psicológico y elementos de orden material... En efecto, en la base del acto jurídico encontramos: 1º) una manifestación de voluntad; 2º) un objeto; 3º) según los casos, un elemento formal. El primero de estos elementos es psicológico; los otros dos, materiales. Si falta uno de estos elementos, el acto será inexistente, por carecer de un elemento orgánico o específico”²⁶.

1911.— En nuestro país no hay acuerdo acerca de la categoría de actos jurídicos inexistentes. Mientras la admiten Llerena, Machado, Moyano, Molinario y Borda, la rechazan Salvat, Lafaille, Buteler, Etcheverry Boneo, Castiglione y Segovia.

Por nuestra parte, hemos sostenido antes de ahora el punto de vista que nos parece innegable: el acto inexistente no constituye una mera clasificación dentro de la teoría de las nulidades. Se mueve en un plano distinto, no delimitado por la ley, sino indicado por nuestro entendimiento, que no puede prescindir de ese concepto, so pena de confundir todas las nociones acerca del presunto asunto²⁷.

1912. ALCANCE PRÁCTICO DE LA DISTINCIÓN DE NULIDAD E INEXISTENCIA²⁸.— La diferenciación que hemos establecido entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos no tiene sólo un mero valor lógico, sino que, tratándose de un instrumento del pensamiento jurídico, que como tal se dirige al regimiento de la conducta humana, reviste gran importancia práctica.

²⁶ Bonnecase, J., *Suplemento*, t. III, núms. 78 y 79, ps. 132 a 137; *id.*, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, n° 247, p. 277.

²⁷ Para un estudio intensivo del asunto nos remitimos a nuestro trabajo *Vigencia de la teoría del acto jurídico inexistente*, publicado en la “Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires”, año III, n° 11, julio-septiembre 1948, p. 631 y ss. Para el análisis de las diversas situaciones de carencia de sujeto, de objeto, o de forma, ver especialmente n° 7, p. 638.

²⁸ Ver trabajo citado en nota anterior, n° 13, p. 656.

En efecto, la nulidad es una sanción de la ley, cuyo régimen está dado por la misma fuente jurídica que la establece, y que determina cuáles consecuencias se han de seguir en tal supuesto y en tal otro, etc. Nada de ello corresponde si el acto material obrado es un acto jurídico inexistente, pues entonces los efectos subsiguientes no son dictados por el sistema legal de sanciones que no se ocupa de la nada jurídica: la situación material resultante debe quedar regida por las disposiciones que a ella sean aplicables —obligaciones de dar, posesión, percepción de frutos y productos, plantación, edificación, especificación, empleo útil, enriquecimiento sin causa, etc.—, con absoluta independencia de la apariencia de acto jurídico que le ha sido concomitante o le ha servido de accidental antecedente y, por cierto también, del sistema legal de sanciones previsto para los actos jurídicos efectivos y reales.

Concretamente, es posible señalar en el funcionamiento de una y otras categorías las siguientes diferencias:

1913.— 1º) *En cuanto a las facultades del juez.* La inexistencia del acto jurídico puede ser verificada sin necesidad de que ese punto haya sido incluido en la litis formada por la demanda y su contestación. Constituye una cuestión de hecho, susceptible de acreditarse en el período de pruebas. Ante la comprobación de la inexistencia del acto jurídico que aparecía como real, el juez sacará las consecuencias racionales pertinentes a los fines de la admisión o rechazo de la acción entablada.

En cambio, el acto nulo (nulidad manifiesta), en principio requiere, para que sobre él recaiga pronunciamiento judicial, que la cuestión de nulidad haya sido articulada por las partes mediante acción o excepción. Sólo cuando el acto nulo es también de nulidad absoluta puede actuar el juez de oficio.

Por último, el acto anulable no puede ser anulado de oficio en ningún caso ni aun cuando fuese de nulidad absoluta (arg. art. 1047, 1ª parte, Cód. Civ.).

1914.— 2º) *En cuanto a la oportunidad procesal de la articulación.* La inexistencia del acto puede ser invocada aun después de trabada la litis, si resulta acreditada en el período de prueba. Pero no podrá ser aducida en caso contrario.

En cambio, la nulidad absoluta (sea el acto nulo o anulable) puede ser alegada en cualquier estado del juicio, antes de la citación para sentencia²⁹. Es una con-

²⁹ S. C. Buenos Aires, 9 de mayo de 1917, "Fallos", serie VII, t. 7, p. 427. Naturalmente si se alega la nulidad absoluta después de la traba de la litis sólo podrá declararla el juez si estuviese acreditada en el expediente y si sobre esa alegación hubiera tenido oportunidad de expedirse, aunque fuera al tiempo de alegar en primera instancia o de contestar agravios en la alzada, el otro litigante. En esto juega la garantía de la defensa en juicio.

secuencia del carácter de orden público que reviste la nulidad absoluta, y que no le corresponde, desde luego, al acto inexistente.

Finalmente, la nulidad relativa (sea el acto nulo o anulable) ha de ser alegada en la demanda o la contestación, no siendo útil la ulterior alegación.

1915.— 3º) *En cuanto al derecho de alegar la inexistencia o la nulidad.* El acto inexistente puede ser alegado como tal por cualquier interesado en la inexistencia, aun por el que lo ha ejecutado sabiendo o debiendo saber el impedimento que obstaba al nacimiento del acto.

En cambio, la nulidad absoluta (sea el acto nulo o anulable) “puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba” (art. 1047, Cód. Civ.).

La nulidad relativa (sea el acto nulo o anulable) sólo puede alegarse por aquel en cuyo beneficio se ha establecido la invalidez (conf. art. 1048, Cód. Civ.).

1916.— 4º) *En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal.* La inexistencia del acto no puede ser invocada por el Ministerio Fiscal, que carece de interés en que sea o no tomada por una realidad una pura apariencia que afecta al patrimonio de particulares ^{29 bis}.

En cambio, la nulidad absoluta (sea el acto nulo o anulable) puede ser alegada por el Ministerio Fiscal, en el interés de la moral o de la ley (conf. art. 1047, 3ª parte, Cód. Civ.).

1917.— 5º) *En cuanto a los efectos del acto entre las partes.* Ésta es la principal diferencia práctica.

Los efectos del acto anulable se rigen por lo dispuesto en los arts. 1050 y ss. del Código Civil. Algunas de esas disposiciones —nos referimos a los arts. 1053 a 1055— importan acordar al acto anulable un cierto efecto en cuanto las partes vienen a quedar en una situación distinta a la que se hubiese presentado si el acto no se hubiese cumplido, no obstante lo dispuesto en el art. 1050. En cambio, el acto inexistente no es regido por los arts. 1053 a 1055, sino que, de suyo, no produce ningún efecto. La situación resultante debe ser considerada con entera abstracción del acto inexistente que le ha servido de antecedente accidental, y debe regirse por los principios legales que corresponden a esa situación por sí misma.

Así, supóngase la venta de un inmueble anulable por dolo de un tercero. Por aplicación del art. 1053, el comprador restituye el inmueble, pero conserva los frutos percibidos con anterioridad a la demanda de nulidad, que se compensan con los

^{29 bis} Esto debe entenderse en el sentido de que no puede el fiscal impetrar una declaración de inexistencia del acto por el prurito de que no se tenga por existente lo que no lo es. Pero si la apariencia de existencia afecta a un interés confiado a su custodia puede el fiscal recabar la declaración de inexistencia del acto para que aquella apariencia no redunde en desmedro del interés defendido por el Ministerio Público.

intereses del precio pagado. Esta solución, que puede ser perjudicial para el vendedor, es diferente a la que correspondería aplicar tratándose de un acto inexistente.

En lugar del ejemplo anterior, supóngase la venta de un inmueble, inexistente porque el vendedor proponente falleció antes de haber sabido la aceptación del comprador (conf. art. 1149, Cód. Civ.), en cuyo caso no ha alcanzado a perfeccionarse el contrato por defecto de consentimiento. Si los herederos del vendedor ignorando la verdadera situación, entregan el inmueble y reciben el precio, pueden antes de la escrituración intentar una acción de reivindicación. En ese supuesto el aparente comprador se hará dueño de los frutos percibidos con anterioridad a la demanda de reivindicación, según que haya tenido o no buena fe, es decir, según que supiese o no que su aceptación había sido recibida después del fallecimiento del proponente.

La situación se rige por los arts. 2422 y siguientes, y no por el art. 1053 del Código Civil.

1918.— 6°) *En cuanto a los efectos del acto respecto de terceros.* El enajenante de una cosa por un acto inexistente puede recobrarla siempre del tercer adquirente, salvo que éste sea de buena fe y se trate de una cosa mueble (conf. art. 2412, Cód. Civ.).

En cambio el enajenante de una cosa inmueble por un acto anulable no puede recobrarla, en principio, del tercer adquirente de buena fe que hubiere habido la cosa antes de la sentencia de anulación (arg. art. 1046, Cód. Civil; véase *infra* n° 2035).

1919.— 7°) *En cuanto a los efectos del matrimonio.* El matrimonio inexistente no produce efectos civiles, aun cuando las partes tuviesen buena fe (art. 172, Cód. Civ.). La unión subsiguiente de los interesados sería concubinato, y los hijos habidos se considerarían extramatrimoniales.

En cambio, el matrimonio nulo aun de nulidad absoluta ³⁰, si al menos uno de los cónyuges es de buena fe, es conceptuado para éste matrimonio putativo (arts. 221, 222 y 225, Cód. Civ.).

En cualquier caso de nulidad de matrimonio, los derechos de los terceros de buena fe no son afectados (art. 226, Cód. Civ.).

Otra cosa ocurre con los matrimonios inexistentes.

³⁰ Según el art. 84, ley matr. civil, es absolutamente nulo el matrimonio celebrado con los impedimentos de parentesco prohibido (incs. 1°, 2° y 3° del art. 9° de la ley), de ligamen (inc. 5° del mismo artículo) y de crimen (inc. 6° del mismo artículo). Se trata siempre de actos nulos en sentido estricto (nulidad manifiesta), pues se ha interpretado que el impedimento de crimen, sólo funciona cuando media sentencia judicial firme condenatoria contra uno de los cónyuges, por homicidio del esposo anterior del otro cónyuge (Lafaille, *Derecho de Familia*, n° 87, p. 77). Se trata también de actos de nulidad absoluta, por cuanto esas uniones son violatorias de la moral y las buenas costumbres. Los supuestos aludidos están ahora comprendidos en los arts. 166 y 219 del Código Civil.

§ 3. Actos nulos y anulables: enumeración legal; criterio de la distinción; consecuencias.

1920. ENUMERACIÓN LEGAL.— Nuestro Código no define los conceptos de nulidad y anulabilidad, de actos nulos y anulables. Se limita a enunciar cuáles son los actos nulos y anulables, de manera que la doctrina ha debido comparar a unos y otros, para extraer de esa confrontación el criterio adecuado de la distinción. En los últimos años se ha logrado adelantar a este respecto, pudiéndose decir que la materia de las nulidades ha dejado de ser esa selva enmarañada en medio de la cual el estudioso perdía su rumbo constantemente.

I.— ACTOS NULOS

1921.— Los actos nulos pueden tener este carácter por fallas referentes al *sujeto*, al *objeto* o a la *forma*. Nos referiremos a los tres supuestos, separadamente.

1922. A) ACTOS NULOS POR FALLA RELATIVA AL SUJETO.— Para que el sujeto pueda expresar válidamente su voluntad, es menester que esté dotado de *capacidad*. Así lo exige el art. 1040, que dice: “*El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho*”.

Ahora bien; la capacidad puede ser de hecho o de derecho. Consiguientemente, la nulidad puede corresponder a la carencia de una o de otra.

1923. I) CARENIA DE CAPACIDAD DE HECHO.— El Código Civil distingue al respecto dos categorías de personas, según que su incapacidad sea absoluta o relativa.

1924.— Respecto de las primeras, el art. 1041 dispone: “*Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces...*”. Ejemplos: actos obrados por menores impúberes, insanos interdictos, o sordomudos declarados incapaces.

El art. 1041 concluye con una frase explicativa que ha sido justamente criticada: “*...por su dependencia de una representación necesaria*”. Por lo pronto el agregado está enteramente de más, porque el período inicial es suficientemente completo. Pero además, y esto es lo grave, la aclaración no sólo no aclara nada sino que puede confundir las ideas ya que las personas absolutamente incapaces no lo son por depender de una representación necesaria —situación en que también se

encuentran las personas relativamente incapaces— sino por su insuficiencia de discernimiento, presumida por la ley.

1925.— En cuanto a las personas *relativamente incapaces*, el art. 1042, frase primera, dispone: “*Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto...*”.

Si bien la expresión “incapacidad relativa en cuanto al acto” no es todo lo clara que sería de desear, es indudable que ella se refiere a los menores adultos a quienes declaraba el antiguo art. 55 “incapaces de ciertos actos o del modo de ejercerlos”³¹.

Por otra parte toda posible confusión se elimina por la consulta de la fuente de la disposición legal, que es el art. 789, inc. 2º, del *Esbozo* de Freitas³².

Es de notar que en el sistema del Código entraban en esta categoría, aun después de la ley 11.357, las mujeres casadas (véase *supra*, nº 834). Ello ha variado luego de la ley 17.711 (véase *supra*, nº 849 bis).

1926. II) CAPACIDAD DE HECHO RESTRINGIDA. REPRESENTACIÓN NECESARIA INSUFICIENTE.— El art. 1042, segunda frase, continúa diciendo: “*Son también nulos los actos jurídicos... que dependiesen de la autorización del juez...*”, debiendo entenderse que así será cuando se hubiere omitido dicha autorización.

1927.— En esta disposición quedan incluidas dos categorías de actos: a) los otorgados por personas de capacidad de hecho restringida, en exceso de la misma, v.gr., los menores emancipados, quienes no obstante estar habilitados para todos los actos de la vida civil (conf. art. 133) están impedidos para efectuar algunos sin la autorización del juez: son los mencionados por el art. 135³³; b) los actos obrados por representantes necesarios de incapaces, en exceso de las facultades conferidas por la ley³⁴, por ejemplo, la venta de un inmueble efectuada por la madre viuda en su nombre y en el de sus hijos menores, sin autorización judicial³⁵.

³¹ Conf. Sala 1ª Paz Letrada, “J.A.”, t. 59, p. 311; Cám. Com., Sala “B”, “L.L.”, t. 108, p. 738.

³² De acuerdo con nuestra comprensión: Salvat, 9ª ed., nº 2609, p. 647; Borda, G. A., II, nº 1242, a, p. 352; Etcheverry Boneo, *Parte General*, t. III, nº 432, p. 362; Lafaille, *Apuntes de Derecho Civil*, II, p. 246; Segovia, t. I, p. 294, nota 8; Castiglione, nº 32, p. 41; Frederking, O., *Nulidad de los actos jurídicos*, nº 30, p. 45. Comp. Moyano, J. A., *op. cit.*, nº 88, “in fine”, p. 56.

³³ Cám. Apel. Rosario, 13 abril 1948, “J.A.”, 1948-II, p. 352.

³⁴ Conf. Segovia, L., t. I, p. 294, nota 8, quien formula a la disposición legal una crítica injustificada.

³⁵ Cám. Civ. 1ª, 31 dic. 1947, “J.A.”, 1948-I, p. 86. El tribunal no logró la ubicación adecuada del caso dentro de la teoría de las nulidades. Asimismo es nula la donación de un inmueble ganancial efectuada por el marido sin consentimiento de la esposa o la autorización supletoria del juez ya que la ley 11.357 no se propuso ampliar las facultades del marido como administrador de la sociedad conyugal, sino restringirlas (Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 105, p. 694).

En ambos supuestos, la intervención está prevista como un medio de contralor de la conveniencia del acto, a fin de que sea completada, con la anuencia del juez, la voluntad del otorgante. La autorización judicial no es un requisito de forma, sino un elemento integrante de la capacidad del sujeto (caso del menor emancipado) o de la representación requerida por la ley (caso del representante que obra sin la debida autorización). De aquí se sigue que tales actos son de nulidad relativa, que es la que corresponde a las fallas de capacidad o de integración de la voluntad del agente ³⁶.

1928.— Contrariamente a lo expuesto, se ha sostenido que en tales casos la autorización judicial constituye un requisito de forma, por lo que el acto celebrado sin el concurso del juez entraría dentro de lo previsto en el art. 1044, cláusula 3ª, esto es, nulidad por vicio de forma ³⁷.

Este punto de vista nos parece equivocado. La exigencia de la autorización no es un requisito formal, ya que no tiende a asegurar la autenticidad del acto: el magistrado no es un oficial público, sino el encargado de ponderar la conveniencia del acto, y conforme al juicio consiguiente concederá o negará una autorización que es indispensable para suplir la incapacidad del sujeto, o la insuficiencia de poderes legales del representante. Por otra parte, el criterio que criticamos conduce a una consecuencia evidentemente desacertada, como es la referente al carácter de la nulidad, que sería absoluta por revestir este rigor las nulidades de forma. Realmente si el acto nulo obrado por el menor adulto es de nulidad relativa, lo que nadie discute, no parece concebible que el acto obrado por el menor emancipado con la falla apuntada pueda tener una invalidez más rigurosa.

1929.— Finalmente, el art. 1042 concluye: "*Son también nulos los actos jurídicos... que dependiesen de la autorización de un representante necesario*".

Esta disposición tiene un dominio de aplicación no muy amplio. Contempla aquellos supuestos en que la ley permite la actuación personal del incapaz —menor adulto o inhabilitado del art. 152 bis— siempre que concurra la voluntad complementaria del respectivo representante, sea el padre o tutor, sea el curador (sistema de la asistencia, véase *supra*, cap. V, § 3). La falta de esta conformidad causa la nulidad del acto, según lo establece este precepto, de un modo general.

1930. III) INCAPACIDAD DE DERECHO.— El art. 1043 está así redactado: "*Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare*".

³⁶ Conf. Llerena, B., t. II, p. 271, n° 10; Segovia, L., t. I, p. 294, nota 12; Busso, E., *Código Civil anotado*, t. I, art. 135, p. 645, n° 9; Orgaz, A., *Personas individuales*, p. 324, n° 30.

³⁷ Conf. Salvat, R., n° 2617, p. 994; Freitas, *Esbozo*, art. 789, inc. 7° y remisiones a los arts. 46 y 74; Cám. Civ. 2ª Cap., "J.A.", t. 12, p. 136.

Pese a la confusa redacción del precepto, es indudable que aquí se trata de los *incapaces de derecho* que no están impedidos para el ejercicio, sino para el goce, título o adquisición del derecho de que se trate. Freitas se refiere concretamente a ellos (*Esbozo*, art. 189, inc. 3°). Por lo demás, el propio codificador nos revela su concepto, con los ejemplos expuestos en la nota al art. 1043, donde se lee: “como en los casos en que al tutor o albacea se le priva adquirir los bienes que administra, y muchos otros semejantes”. Innecesario es aclarar que tales supuestos son de incapacidad de derecho ³⁸.

1931.— Consiguientemente, quedan comprendidos en este artículo: 1°) la hipoteca constituida por una sociedad anónima a favor de la esposa de uno de sus directores, ya que éstos estaban impedidos de contratar (incapacidad de derecho), aun indirectamente, con la compañía que dirigen de acuerdo al antiguo art. 338, Cód. Com. ³⁹; 2°) la conformidad prestada por el ex-incapaz, a las cuentas de su ex-curador, otorgada dentro del mes siguiente a la rehabilitación, en contra de lo prescripto en el art. 465, aplicable de acuerdo a art. 475 ⁴⁰; 3°) el poder otorgado a favor del hijo del escribano autorizante del acto, en cuyo caso jugaba la incapacidad de derecho consignada en el art. 985 ⁴¹; 4°) la compra de un negocio efectuada por el mandatario de uno de los vendedores, contra lo dispuesto en el art. 1918 ⁴²; 5°) la cláusula testamentaria por la cual se faculta al albacea y escribano autorizante a unificar la personería y representación de herederos y legatarios en quien aquél indique, convirtiéndolo en árbitro único de la testamentaría con facultades tan amplias que llegan hasta hacerlo eventual partidor y liquidador del acervo hereditario ^{42 bis}.

1932. B) ACTOS NULOS POR FALLAS CONCERNIENTES AL OBJETO DEL ACTO.— La ineficacia del acto, por este motivo, tiene lugar cuando la ley presume, sin admitir prueba en contra, la realización del fraude o simulación, o cuando sencillamente prohíbe el objeto del acto.

Nos referiremos a ambos supuestos.

³⁸ Conf. Salvat, R., n° 2610, p. 1080; Borda, G. A., t. II, n° 1242, p. 352.

³⁹ Cám. Civ. 2° Cap., “J.A.”, t. 68, p. 135. Ahora rige el art. 271 de la ley 19.550.

⁴⁰ Cám. Civ. 2° Cap., “J.A.”, t. 68, p. 719.

⁴¹ Cám. Civ. 1° Cap., “J.A.”, t. 54, p. 380.

⁴² Cám. Civ. 1° Cap., “J.A.”, t. 58, p. 451; Cám. Civ., Sala “F”, “Doctr. Jud.” 3 de abril de 1963.

^{42bis} Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 101, p. 229, con voto del autor.

1933. I) SIMULACIÓN O FRAUDE PRESUMIDOS POR LA LEY.— El art. 1044, cláusula 1ª, dispone: “*Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumidos por la ley...*”.

En estos casos es inútil que se intente probar contra la simulación, la efectiva realidad del acto; o contra el fraude, la buena fe de las partes. Obsta a ello la presunción *juris et de jure* de la ley, que fija definitivamente la índole del acto celebrado.

Algunos ejemplos servirán para ilustrar el concepto.

1934.— Ejemplos de *simulación* presunta: 1º) la venta efectuada por el causante a favor de un heredero forzoso, con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo que la ley reputa donación imputable a la porción disponible del causante (art. 3604); 2º) la transmisión testamentaria efectuada a favor del cónyuge, ascendientes o descendientes de una persona incapaz para suceder, que la ley reputa efectuada al incapaz, y por tanto sin valor (art. 3741); 3º) el arrendamiento hecho por el marido bajo el régimen del Código de Vélez, después de interpuesta por la mujer la demanda de separación de bienes (art. 1297, parte 1ª); 4º) el recibo anticipado de rentas o alquileres producidos por bienes de la sociedad conyugal en la misma circunstancia anterior (art. 1297 parte 2ª); 5º) los actos de transmisión gratuita de bienes efectuados por el fallido después de la fecha de la presunta cesación de pago (art. 118, inc. 1º, ley 24.522).

1935.— Ejemplos de presunción de *fraude*: 1º) los pagos de deudas no vendidas efectuados por el fallido después de la fecha presunta de cesación de pagos (art. 118, inc. 2º, ley 24.522); 2º) las hipotecas, anticresis y prendas constituidas por el fallido después de la fecha de cesación de pagos, en garantía de obligaciones anteriores (art. 118, inc. 3º, ley 24.522); 3º) el pago adelantado del alquiler efectuado por arrendamientos de mayor tiempo que el que podía contratar el locador (art. 1575, inc. 1º); 4º) los pagos adelantados recibidos por el locatario, si estuviese prohibida la sublocación (art. 1575, inc. 2º); 5º) el pago adelantado del alquiler, si no mediase obligación por el contrato, respecto de los acreedores hipotecarios y adquirentes del inmueble arrendado (art. 1575, inc. 4º); 6º) el pago adelantado del alquiler si se conociese la insolvencia del locador (art. 1575, inc. 6º).

1936. II) OBJETO PROHIBIDO.— Para que el acto sea válido es menester que el objeto sea lícito, es decir, que no recaiga sobre el contenido del acto ninguna prohibición de la ley.

Por eso dice el art. 1044, cláusula 2ª, “*son nulos los actos jurídicos... cuando fuese prohibido el objeto principal del acto...*”.

Las prohibiciones concernientes al objeto del acto están enunciadas de un modo genérico en la disposición del art. 953, que reviste la mayor trascendencia (véase *supra*, nº 1455).

A este respecto la jurisprudencia de los tribunales tiene singular interés.

1937.— Un *primer grupo* de fallos se relaciona con el aspecto *ilícito* del contenido del acto. Así se ha resuelto: 1º) que es nula la transferencia de derechos y acciones que correspondían al cedente sobre dos lotes agrícolas en el territorio de Río Negro, si el cesionario ya había obtenido a nombre propio la concesión de otros dos lotes agrícolas fiscales. Se entendió que el acto era de objeto prohibido, por cuanto el art. 2º de la ley 4167 impide a toda persona o sociedad adquirir más de cuatro solares, dos lotes agrícolas y de uno pastoril ⁴³; 2º) es nula la cesión de un crédito contra el Estado proveniente del atraso en el pago de una pensión, acto que se estimó contrario al art. 1449 ⁴⁴; 3º) se ha declarado nulo, por ilicitud del objeto, el testamento logrado mediante la captación de la voluntad del testador lo que constituye el delito incriminado por el art. 174, inc. 2º del Código Penal ⁴⁵; 4º) igualmente la sociedad para dar remates celebrada entre un martillero y dos personas que no lo son ^{45 bis} o de un abogado con quien carece de título ^{45 bis 1}.

1938.— Un *segundo grupo* de fallos ha contemplado la falla del contenido *moral* del acto jurídico. En tal sentido se ha decidido: 1º) es nula la compraventa de un negocio de posada, que definía el art. 3027 del Digesto Municipal, entonces vigente, como la “casa amueblada en la que las piezas son alquiladas por horas para ser ocupadas por parejas de ambos sexos” ⁴⁶. La tolerancia de la autoridad edilicia respecto de los negocios de esa índole, y aun su habilitación, contralor periódico, etc., no implica borrarles su carácter inmoral; sólo exhibe una política administrativa —tal vez equivocada— para la cual ese sistema importa un mal menor con relación a la clandestina e incontrolada realización de las mismas actividades; 2º) es nulo el convenio por el cual se promete una suma de dinero para que la otra parte obtenga de un perito una tasación determinada respecto de un inmueble expropiado ⁴⁷; 3º) es nulo el convenio sobre retribución de servicios entre mandante y mandatario, si el último se beneficia con el 50% de la indemnización por accidente de trabajo correspondiente al primero ⁴⁸; 4º) se ha estimado nulo el contrato

⁴³ Cám. Civ. 2ª Cap., “J.A.”, t. 64, p. 558. Es de hacer notar que contrariamente a lo que concluyó el tribunal, la falla del acto no residía en el *objeto*, sino en el *sujeto* (incapacidad de derecho del adquirente).

⁴⁴ Cám. Civ. 1ª Cap., 2 dic. 1931, “J.A.”, t. 31, p. 171.

⁴⁵ Cám. Civ. 1ª Cap., jul. 1944, “J.A.”, 1944-III, p. 841.

^{45bis} Cám. Com., Sala “B”, “L.L.”, t. 102, p. 726.

^{45bis 1} Cám. 1ª Mar del Plata, “J.A.”, 1962-II, p. 597. Es de notar que el art. 62, inc. 9º de la ley 5177 de la Pcia. de Buenos Aires prohíbe esta clase de sociedad.

⁴⁶ Cám. Civ. 1ª Cap., 9 oct. 1941, “J.A.”, t. 76, p. 489.

⁴⁷ Cám. Civ. 1ª Cap., 27 marzo 1936, “J.A.”, t. 53, p. 670.

⁴⁸ Cám. Civ. 1ª Cap., 19 agosto 1935, “J.A.”, t. 51, p. 547.

social mediante el cual una de las partes se compromete a aportar la clientela, y la otra su profesión de abogado o procurador ⁴⁹.

1939. C) ACTOS NULOS POR FALLAS CONCERNIENTES A LA FORMA DEL ACTO.— La nulidad por vicio de forma puede resultar de la omisión de la forma establecida por la ley con carácter exclusivo, o de la nulidad del instrumento si el acto depende para su validez de la forma instrumental. Estudiaremos ambas situaciones para considerar finalmente, no la nulidad del acto jurídico, sino del mismo instrumento.

1940. I) OMISIÓN DE LA FORMA LEGAL EXCLUSIVA.— Establece el art. 1044, cláusula 3ª: *"Son nulos los actos jurídicos... cuando no tuviesen la forma exclusivamente ordenada por la ley"*.

El texto se refiere a los actos formales, solemnes o no solemnes (véase *supra*, nº 1578). Mencionamos a título de ejemplo, los siguientes: 1º) el testamento destituido de las formas legales (art. 3632); 2º) el matrimonio celebrado ante persona carente de la investidura de jefe del Registro Civil (art. 172, Cód. Civ.); 3º) el nombramiento de tutor dativo que no hicieren los padres en escritura pública o testamento (art. 383); 4º) la transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles que no se hiciera en escritura pública (art. 1184, inc. 1º).

Los tribunales han hecho reiterada aplicación de esta causa de nulidad ⁵⁰.

1941. II) NULIDAD REFLEJA.— El art. 1044 en su última frase, reza así: *Son nulos los actos jurídicos... cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos*.

Aquí el Código contempla una especie que queda comprendida en el supuesto general antes examinado. Pues si el acto requiere para su validez la forma instrumental y el instrumento es nulo, es claro que no ha sido llenada la forma requerida por la ley, con la consecuencia indicada en la cláusula precedente de este mismo artículo.

⁴⁹ Cám. Civ. 1ª Cap., 29 nov. 1935, "J.A.", t. 52, p. 466, con interesante nota del doctor Fernando Legón que defiende la moralidad de ese acto. Para nosotros no se puede apreciar la moralidad del acto sino en función de las circunstancias del caso, por lo que opinamos que actos semejantes no son nulos sino en todo caso anulables, conf. art. 1045, cláusula 3ª. Véase *infra*, nº 1955.

⁵⁰ C.S.N., 24 de noviembre de 1937, "J.A.", t. 60, p. 367; Cám. Civ. 1ª Cap., 21 de octubre de 1940, "J.A.", t. 42, p. 254; Cám. Civ. 2ª Cap., 4 de julio de 1939, "J.A.", t. 67, p. 90.

Pero lo que interesa destacar es la vinculación que en la hipótesis existe entre el acto y el instrumento en que se otorga. En otras situaciones, acto e instrumento serán considerados independientemente. Por tanto la invalidez del acto dejará subsistente la eficacia del instrumento, con la fuerza probatoria que le corresponda (arts. 993, 994 y 1026); y asimismo la invalidez del instrumento no perjudicará la eficacia del acto que no lo requiera como condición esencial. Sólo cuando depende el acto para su validez de la forma instrumental se da esta incidencia de la suerte del instrumento sobre la condición del mismo acto. La nulidad del instrumento arrastra la nulidad del acto instrumentado: es una *nulidad refleja*.

1942.— A la inversa, la nulidad del acto jurídico nunca acarrea la invalidez del instrumento en que está otorgado. En sentido opuesto, admitía Freitas, la nulidad o anulabilidad del instrumento en que constase un acto nulo o anulable (*Esbozo*, arts. 681, inc. 2º, y 682, inc. 2º). Con mejor criterio, Vélez Sarsfield no ha acogido esa solución, manteniendo la adecuada independencia entre el acto y el instrumento cuya función es muy diferente. El acto instrumentado es la causa eficiente de las obligaciones impuestas y de los derechos constituidos. El instrumento es el medio de prueba creado para certificar la existencia del acto, las entregas de bienes efectuadas, los reconocimientos de pagos u otros hechos, etc. La nulidad del acto instrumentado deja intacta la eficacia probatoria del instrumento respecto de los hechos cumplidos; así la nulidad de la hipoteca no disminuye la eficacia de la escritura hipotecaria acerca de la entrega del capital prestado por el acreedor, de la presencia de las partes en el lugar y fecha indicados, reconocimientos efectuados, etc.⁵¹.

1943. III) NULIDAD DE LOS INSTRUMENTOS.— Nuestro Código no ha incluido en los arts. 1041 a 1044 los supuestos de nulidad de los instrumentos públicos o privados. No obstante, aplicando al caso el criterio de distinción de los actos nulos y anulables (véase *infra*, nº 1965), podemos mencionar como *instrumentos nulos* los siguientes: 1º) los instrumentos públicos, otorgados ante oficial público incapaz (conf. art. 983; *Esbozo*, art. 693, inc. 2º), o incompetente (conf. arts. 980 y 981; *Esbozo*, arts. 963, incs. 3º y 4º, 695, inc. 2º); 2º) los instrumentos públicos otorgados ante oficial público interesado en el acto (conf. art. 985; *Esbozo*, art. 693, inc. 5º), siempre que el interés surja del mismo instrumento. Si en cambio el interés estuviese oculto y se requiriese la investigación judicial pertinente, el instrumento sería anulable⁵²; 3º) los instrumentos públicos otorgados sin llenar

⁵¹ Conf. De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. I, § 609, p. 597.

⁵² Efectivamente la falla del instrumento consistiría en la incapacidad de derecho del ofi-

las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad, tales como la carencia de la firma de todos los interesados o la presencia de testigos indispensables ⁵³; 4º) las escrituras públicas no efectuadas en el protocolo, o sin orden cronológico, o carentes de las indicaciones establecidas en el art. 1004 ⁵⁴; 5º) los instrumentos privados carentes de doble ejemplar, cuando la pluralidad de originales corresponde (véase *supra*, nº 1597).

II.— ACTOS ANULABLES

1944.— Siguiendo el mismo método adoptado para los actos nulos, estudiaremos los actos anulables, según que la causa de la eventual invalidez concierna al *sujeto*, al *objeto* o a la *forma* del acto jurídico.

1945. A) ACTOS ANULABLES POR FALLAS CONCERNIENTES AL SUJETO.— El art. 1045 contempla tres situaciones diversas en las que el elemento esencial del acto jurídico, constituido por el sujeto, aparece afectado o viciado. Ellos son la mal llamada incapacidad natural o accidental, la incapacidad de derecho ignorada y la voluntad viciada del agente. Nos referiremos a los distintos casos separadamente.

1946-1947. I) INCAPACIDAD NATURAL O ACCIDENTAL.— Comienza diciendo el art. 1045: “*Son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón*”.

Conviene llamar la atención sobre la terminología errónea utilizada por el codificador. Aquí alude a una incapacidad accidental inconcebible. Es la que con igual deficiencia técnica los autores franceses e italianos suelen llamar “incapacidad natural”. Son perífrasis, frases figuradas, no conceptos jurídicos rigurosos, y que por tanto no caben en un código. En efecto siendo la capacidad la aptitud del sujeto para adquirir derechos o ejercerlos por sí mismo, proviene siempre de la ley. La naturaleza provee al sujeto de aptitudes psíquicas, que son las que toma en cuenta la ley para dotarlo de capacidad. Si en cambio el sujeto carece de aptitudes psíquicas suficientes,

cial público para actuar, desconocida *al tiempo de firmarse al acto* (art. 1045, cláusula 2ª). Con esta apreciación coincide Segovia, t. I, nota 14 al art. 990.

⁵³ Código Civil, arts. 968, 988, 990 a 992; Freitas, *Esbozo*, arts. 698 y 693, inc. 6º; Aubry y Rau, t. VIII, § 755, nota 7; Marcadé sobre el art. 1318, Cód. francés.

⁵⁴ Código Civil, arts. 998, segunda parte, arts. 1004 y 1005; Freitas, *Esbozo*, arts. 706 y 730.

ello podrá ser un antecedente de la declaración de incapacidad que pronuncie la ley. Pero siempre la capacidad es asunto que maneja la ley, por lo que resulta desacertada la expresión “*incapacidad natural*” usada por los autores extranjeros, y peor aún la de “*incapacidad accidental*” que emplea Vélez Sarsfield. Y no sólo desacertada sino contradictoria, porque se predica una incapacidad, si bien accidental, de personas que son capaces pese al accidente mentado, y que seguirán siéndolo hasta que la ley (y no la naturaleza o el accidente) las declare incapaces. Si como todos sabemos, la cláusula 1ª del art. 1045 se refiere a personas que han obrado en estado de falta de discernimiento, esto es lo que corresponde consignar sin introducir expresiones que no condicen con la verdadera causa de la invalidez del acto.

1948.— Los actos comprendidos en el art. 1045, cláusula primera, son especialmente, los siguientes:

1º) los actos jurídicos otorgados por insanos no interdictos ⁵⁵;

2º) los actos jurídicos efectuados por sordomudos que no supiesen darse a entender por escrito, no interdictos ⁵⁶;

3º) los actos jurídicos realizados en estado de delirio febril, sonambulismo o hipnotismo ⁵⁷;

4º) los actos jurídicos ejecutados en estado de embriaguez completa ⁵⁸, sin perjuicio de la responsabilidad del agente si llegó a ese estado voluntariamente (art. 1070);

5º) los actos jurídicos realizados bajo el efecto de fuertes emociones de miedo, terror, cólera o venganza ⁵⁹. A este respecto Machado no admite que las perturbaciones de la inteligencia por la cólera o venganza, puedan influir en la validez de los actos cumplidos bajo ese estado emocional “pues tendríamos que descender en ese terreno a todas las pasiones humanas, como la envidia, el amor, la avaricia y las demás que perturban el espíritu” ⁶⁰. Por nuestra parte entendemos que resulta

⁵⁵ Cám. Com. Cap., “J.A.”, 1944-III, p. 305; Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 101, p. 234 con nota de Spota, A. G., íd., íd., t. 102, p. 348; íd., Sala “F”, “L.L.”, t. 101; íd., Sala “C”, “L.L.”, t. 104, p. 722.

⁵⁶ Conf. Salvat, n° 2621, p. 1038; Freitas, *Esbozo*, art. 509, inc. 2º.

⁵⁷ Conf. Segovia, t. I, nota 14 al 1045; Freitas, *Esbozo*, art. 509, inc. 3º.

⁵⁸ Conf. Salvat, n° 2621, p. 1083; Borda, G. A., t. II, n° 1243, p. 353 a; Freitas, *Esbozo*, art. 509, inc. 4º.

⁵⁹ Conf. Segovia, t. I, nota 14 al art. 1046.

⁶⁰ Machado, t. III, nota al art. 1045, p. 313, “in fine”.

lógico mantener la consecuencia del principio legal adoptado, y que en fuerza de ello corresponde admitir la invalidez del acto cuando el agente haya tenido su espíritu embargado por una pasión tan fuerte que le reporte la *privación de la razón*. Esta solución es congruente con la aceptada por el Código Penal, cuyo art. 34, inc. 1°, declara que no es punible quien haya obrado en estado de inconsciencia no imputable. En el orden civil, agregamos, la imputabilidad del estado de privación de la razón al propio agente no es motivo para dejar de invalidar el acto, pero es factor decisivo para mantener la responsabilidad de aquél, como ocurre en el caso de la embriaguez, ya citado.

1949.— Con relación a los anulables obrados en *estado de enajenación mental*, cuadra señalar la diversidad de *régimen probatorio* que determinaba el Código de Vélez, según que el autor del acto hubiera sido o no anteriormente declarado demente.

Cuando se trataba de impugnar la validez de un acto celebrado por un alienado que aún no había sido interdicto, el impugnante debía probar que en el momento del otorgamiento, el agente estaba privado de su razón (conf. arts. 900 y 1045). No bastaba al respecto la prueba de que el otorgante padecía una enfermedad mental, aunque el hecho fuese público, pues el acto podía haberse celebrado en un intervalo de lucidez, siendo entonces válido.

En cambio, cuando se impugnaba la validez de un acto otorgado por un insano que luego había sido declarado incapaz, no era menester la prueba del estado de enajenación mental, en el momento mismo del otorgamiento. Basta acreditar que “la causa de la interdicción declarada por el juez existía públicamente *en la época*” en que el acto fue ejecutado (conf. art. 473). A quien interesase sostener la eficacia del acto, le correspondía probar que había sido otorgado por el agente en un intervalo de lucidez ⁶¹.

Esa diferenciación ha quedado borrada, a nuestro juicio desafortunadamente, por el agregado hecho al art. 473 por la ley 17.711, que dice así: “*Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso*”.

⁶¹ Conf. Orgaz, A., *Personas individuales*, § 17, n° 22, p. 352; Llerena, B. R., II, n° 45 “in fine”, p. 46; Segovia, t. I, sobre el art. 473, nota 6; Colin y Capitant, *Curso elemental de Derecho Civil*, 4ª ed., 1923, t. I, ps. 582 y 594/5; Aubry y Rau, t. I, § 127, 1° y 2°, ps. 523 y 524; Cám. Fed. Cap., 30 de noviembre de 1927, II, sobre el art. 473, n° 6; Comp. Salvat, R., n° 803, p. 363; Etcheverry Boneo, “J.A.”, t. 26, p. 502; Cám. Civ. 1ª Cap., 16 febrero 1945, “J.A.”, 1945-III, p. 795.

Por consiguiente, en lo sucesivo no habrá la diferencia probatoria apuntada y siempre será menester acreditar la notoriedad de la demencia para poder invocarla con respecto a los otros contratantes de buena fe y a título oneroso ⁶².

1950. II) INCAPACIDAD DE DERECHO DESCONOCIDA.— El art. 1045, cláusula segunda, enuncia: “*Son anulables los actos jurídicos... cuando no fuere conocida su incapacidad (la del agente) impuesta por la ley al tiempo de firmarse (debió decir formarse) el acto...*”.

En el supuesto aquí contemplado la invalidez deriva de la falta de aptitud en el agente para ser titular del derecho de que se trate, si bien la inhabilidad resulta desconocida al tiempo de la celebración del acto. Es este *desconocimiento* el aspecto específico de esta invalidez que exige la intervención judicial para pronunciar la nulidad, después de efectuada la aclaración pertinente acerca de la ausencia de capacidad del agente.

1951.— La cuestión a resolver acerca de esta disposición finca en la índole de la incapacidad que puede dar lugar a la anulabilidad.

Para nosotros el art. 1045, cláusula 2ª, sólo contempla supuestos de incapacidad de derecho ⁶³. Por lo pronto esa es la directiva que sugiere la fuente del artículo (Freitas, *Esbozo*, art. 790, inc. 2º). Pero además, entendemos que la capacidad de hecho del agente no puede depender de una investigación esclarecedora, pues no es asunto que pueda dar lugar a dudas. La incapacidad proveniente de la edad queda fijada por la partida de nacimiento; la que deriva de la enfermedad mental o sordomudez queda establecida por la sentencia judicial de interdicción; la que resulta parcialmente mitigada por el matrimonio (menores emancipados) queda asimismo determinada por la correspondiente partida. Podría pensarse que a veces el hecho del nacimiento o el matrimonio es objeto de la prueba supletoria que se rinde ante el juez (véase *supra*, cap. IV, § 4). Pero aun entonces no resulta alterada la índole de la invalidez del acto jurídico. Adviértase que en estos supuestos no se da lo característico del acto anulable, que es estar pendiente del pronunciamiento ju-

⁶² Ya hemos explicado (véase *supra*, n° 769 bis) que con el aditamento hecho al art. 473 se ha venido a desbaratar el funcionamiento armónico del régimen de las nulidades, impidiéndose que por carencia de notoriedad de la demencia pueda, el titular de la acción de nulidad, alegarla. Con ello se viene a dar eficacia a un acto involuntario, lo que no parece razonable. Se comprende que la situación de los terceros de buena fe inocentes de la contingencia producida pudiera contemplarse bajo la forma de una indemnización del daño al interés negativo que ellos padecieran como consecuencia de la anulación del acto obrado por el insano. Lo que contradice los sanos principios en juego es que pueda considerarse válido y consiguientemente causa legítima de las obligaciones impuestas, a un acto involuntario obrado por una persona carente de discernimiento, todo ello en pugna con lo establecido en el art. 900 parte final del Código Civil.

⁶³ Conf. Salvat, R., n° 2622, p. 1084; Etcheverry Boneo, R., t. II, n° 434, p. 367; Lafaille, H., *Apuntes*, II, p. 249; Neppi, t. V., *Principios de Derecho Civil*, p. 336.

dicial su invalidez *in fieri*. Pero aquí no hay juzgamiento del acto; hay sí ulterior fijación judicial de la fecha de nacimiento o matrimonio del agente y consiguiente repercusión de ese hecho en la validez o invalidez del acto otorgado, el cual será nulo (nunca anulable) si queda comprendido en el período de incapacidad resultante de la sentencia.

Por el contrario el incapaz de derecho puede disimular su condición de tal de manera de imposibilitar a quienes contratan con él, o que puedan oponerse a la celebración del acto, la determinación de su verdadero carácter. Ordinariamente el incapaz de derecho, por poco que conozca el impedimento legal que obsta a la validez del acto, tratará de ocultar su situación de incapacidad. Es esa dolosa actividad del sujeto la que da lugar a ese caso de anulabilidad, en el cual la suerte del acto cumplido dependerá en definitiva del juicio que se forme el magistrado de las circunstancias referentes a la inhabilidad imputada al agente ⁶⁴.

1952. III) VICIOS DE LA VOLUNTAD.— Dispone el art. 1045, cláusula 4ª: “*Son anulables los actos jurídicos... cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación*”.

Este precepto incluye dentro de la misma especie de invalidez, por una parte los actos que adolecen de un vicio de la voluntad —error, violencia— y por la otra los actos que exhiben ciertas particularidades (fraude, simulación), por las cuales en interés y resguardo de los terceros, y aun eventualmente del propio interesado (caso de la simulación) y la ley admite la impugnación de dichos actos.

1953.— En cuanto a los *vicios de la voluntad* aparece omitido el dolo. Se trata de una omisión, sin duda involuntaria ⁶⁵, que no puede producir ningún equívoco: es claro que los actos viciados por dolo son anulables y no nulos como los denominaba el art. 954 antiguo.

La ley 17.711 ha modificado la terminología errónea que contenía el art. 954 para esta clase de actos. Según el nuevo texto ellos deben ser calificados como *anulables* (arg. “podrán anularse” que emplea el nuevo art. 954).

1954.— En cuanto al fraude y a la simulación, sólo una técnica defectuosa ha conducido al codificador a mencionarlos como causas de anulabilidad, cuando en verdad no tienen este carácter: en el caso del fraude porque allí se plantea una cuestión de *inoponibilidad* y no de *invalidez* (véase *supra*, n° 1845); en el caso de la simulación, porque nuevamente no se trata de la invalidez del acto sino de su *falta de existencia* (véase *supra*, n° 1799). Un examen superficial del punto ha llevado

⁶⁴ Conf. Salvat, R., n° 2622, punto b, 2ª, p. 1084.

⁶⁵ Conf. Salvat, R., n° 2624, p. 1085; Segovia, t. I, nota 17 a su art. 1046, p. 295; Machado, t. III, nota, p. 314.

al codificador a confundir situaciones esencialmente diferentes y a atribuirles a ambas clases de actos una anulabilidad que no les corresponde.

En error semejante incurrieron el Anteproyecto Bibiloni (art. 387) y el Proyecto de 1936 (art. 204). No así el Anteproyecto de 1954, cuyo art. 209 no incluye entre los actos anulables a los actos fraudulentos o simulados. Esta eliminación ha sido criticada, sin razón, por Cámara ⁶⁶, quien se sorprende de que dicho Anteproyecto no incluya a los actos simulados entre los actos anulables. Mal se podía tratar al acto simulado como un acto real pasible de una sanción legal de invalidez (nulidad o anulabilidad) si se ha comenzado por estimarlo, con la generalidad de la doctrina, como un acto jurídico inexistente, que queda lógicamente al margen de la teoría de las nulidades (véase *supra*, núms. 1909 y ss.).

1955. B) ACTOS ANULABLES POR FALLAS CONCERNIENTES AL OBJETO.— Dice el art. 1045, cláusula 3ª: *“Son anulables los actos jurídicos... cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho”*.

De inmediato se advierte que el codificador encara en este precepto aquellos actos que padecen una falla o vicio de la misma índole que la de los actos previstos en el art. 1044, cláusula 2ª (véase el cuadro inserto en el n° 1893). Pero en tanto que respecto de estos últimos actos, el carácter ostensible del vicio, permite a la ley disponer por sí misma su terminante nulificación, en los casos del art. 1045, el carácter larvado del vicio que está latente pero no patente en el acto, impone al legislador la necesidad de remitir la aplicación de la sanción de invalidez al criterio del juez, si éste aprecia que la falla denunciada existe y que incide sobre lo “principal” del objeto del acto, como para arrastrar su ineficacia.

1956.— Los ejemplos del presente caso que dan los autores, contribuyen a esclarecer el concepto: 1º) la venta de cosa ajena, puesto que este carácter requiere para ser establecido una investigación de hecho ⁶⁷; 2º) la locación de servicios profesionales que encubren un contrato inmoral o ilícito ⁶⁸; 3º) el contrato de locación de una casa destinada a prostíbulo si este destino no surge del acto sino de las circunstancias exteriores probadas en el juicio ⁶⁹.

⁶⁶ Cámara, H., *De la simulación en los actos jurídicos en el reciente anteproyecto ministerial de Código Civil*, “J.A.”, 1954-IV, secc. doctr. p. 44.

⁶⁷ Salvat, R., *op. cit.*, n° 2623, p. 1085. Conf. Sup. Trib. Santa Fe, “L.L.”, t. 107, p. 486; Cám. Civ., Sala “A”, “L.L.”, t. 96, p. 324, 7º a), con voto del autor.

⁶⁸ Etcheverry Boneo, R., t. III, n° 434, p. 367.

⁶⁹ S. C. Buenos Aires, 23 de noviembre de 1943, “J.A.”, 1944-III, p. 135, con valiosa nota de Alberto G. Spota, titulada *El acto jurídico de objeto inmoral y sus consecuencias legales*.

1957. C) ACTOS ANULABLES POR ANULABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS EN QUE CONSTAN.— El art. 1045, “in fine”, dice: “*Son anulables los actos jurídicos si dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen anulables los respectivos instrumentos*”.

Condiciona la vigencia de la disposición, el carácter formal del acto instrumentado, cuando la formalidad consiste en la celebración por escrito. De otra manera la anulabilidad del instrumento dejará incólume al acto instrumentado que pueda probarse por un medio de prueba distinto del instrumento viciado.

Si la formalidad instrumental es condición de la validez del acto instrumentado, la causa que pueda originar la anulación del instrumento, reacciona sobre el acto mismo, erigiéndose en causa eventual de la anulación de dicho acto. El vicio del instrumento sustancial se traslada al acto mismo.

Acerca de los instrumentos anulables véase *supra*, núms. 1652 y siguiente.

1958.— Fuera de los casos del art. 1045, que hemos recorrido, ¿existen otros supuestos de anulabilidad?

Así pareciera, de acuerdo a algunos fallos de los tribunales ⁷⁰, que dan como anulables ciertos actos no comprendidos en el art. 1045. Sin embargo la conclusión contraria es la verdadera.

Adviértase que el art. 1045 no suministra una enunciación casuística de los actos anulables en concreto, sino que, enfocando los elementos constitutivos del acto jurídico (sujeto, objeto, forma), el codificador ha señalado las fallas que podrían padecer y que daban lugar a la anulabilidad del acto.

III.— CRITERIO DE LA DISTINCIÓN

1959. EXPOSICIÓN.— Después de haber desarrollado los diversos supuestos legales de actos nulos y anulables, cuadra examinar ahora cuál es el criterio que nutre la clasificación, asunto fundamental porque sólo cuando se ha alcanzado con rigor científico dicho criterio, es posible dominar todas las virtualidades implicadas en la teoría de las nulidades.

Acerca de ese tema se han sostenido cuatro opiniones diferentes.

1960.— a) Según la *primera opinión*, que campea en algún fallo ⁷¹, si bien ha sido desahuciada por la unanimidad de la doctrina, los actos nulos corresponden

⁷⁰ Cám. Civ. 1ª Cap., 19 de junio de 1939, “J.A.”, t. 66, p. 851; íd., 3 de marzo de 1939, “J.A.”, t. 65, p. 655.

a sanciones legales *expresas* de nulidad, en tanto que los actos anulables son tales porque recae sobre ellos una sanción *tácita* de nulidad. Para este criterio, pues, la dualidad nulidad-anulabilidad se superpone exactamente a las nulidades expresas o virtuales. Cree encontrar la base de esta idea en el art. 1038, según el cual “*la nulidad de un acto es manifiesta cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad...*”.

1961.— Para nosotros esta tesis es claramente insostenible, por las siguientes consideraciones: 1) Porque tal interpretación resulta desautorizada por la fuente principal que ha seguido el codificador en esta materia, que es Freitas, autor que no admitía sino nulidades expresas. Por tanto los actos anulables de Freitas no podrían ser identificados con los actos pasibles de nulidades implícitas. 2) Pero además, en el sistema del Código, están invalidados expresamente, es decir, de un modo positivo y explícito, los actos anulables a que se refieren los arts. 989 y 1045. Luego el criterio comentado no se adapta a la realidad de nuestra ley.

1962.— *b)* Para la segunda opinión, sustentada por Juan A. Moyano, la dualidad nulidad-anulabilidad se basa en la *intensidad* de la falla que el acto presenta: si algún elemento del acto falla completamente el acto es nulo; si falla parcialmente, el acto es anulable.

Para este autor “los elementos esenciales de los actos jurídicos pueden fallar al celebrarse algún acto aparentemente jurídico, y la falla puede ser parcial o total. La voluntad jurídica puede fallar parcialmente en los casos de voluntad de incapaces relativos y en los supuestos de vicios de la voluntad jurídica; puede fallar por completo en los casos de demencia, etc. Los otros elementos, objeto y causa, por su propia naturaleza, sólo son susceptibles de existir o de no existir; no es admisible que fallen parcialmente. Lo mismo puede decirse de los instrumentos, cuyas fallas formales sólo pueden producir su nulidad, no su anulabilidad. De modo que en definitiva sólo la voluntad jurídica da margen a dos grados de invalidación legal: el objeto, la causa y la forma, o son válidos o son nulos, nunca anulables”⁷².

En suma, para Moyano los actos *nulos* adolecen de la falla total de un elemento del acto jurídico, sea la capacidad, el consentimiento, el objeto o la forma, mientras los actos *anulables* padecen una falla sólo parcial del elemento capacidad (incapacidad relativa) o del elemento consentimiento (vicios de la voluntad).

1963.— Esta comprensión de la clasificación “actos nulos-anulables” resulta incompatible con la sistematización del codificador, puesto que éste denomina *nulos* a los actos otorgados por personas relativamente incapaces (art. 1042) y *anulables* a los actos otorgados por incapaces de derecho, o de objeto prohibido, cuando esas fallas fuesen desconocidas y dependiesen de una investigación de hecho

⁷¹ Cám. Civ. 1ª Cap., 10 de diciembre de 1936, “J.A.”, t. 56, p. 768.

⁷² Moyano, J. A., *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos*, nº 81, p. 52.

(art. 1045, cláusulas 2ª y 3ª). Para el criterio del citado autor la denominación debería haber sido la opuesta a la escogida.

En segundo lugar, pensamos que la idea básica de Moyano no es adecuada, por lo menos en lo que se refiere a la capacidad del agente que nunca puede fallar parcialmente, pues con relación al acto impedido, el incapaz aunque relativo en orden a la generalidad de su actividad, carece por completo de capacidad, ya que no siendo esta calidad susceptible de más o menos, se la tiene o no, y por definición no se la tiene tratándose de un acto para el cual el sujeto es incapaz. Advuértase que se está apreciando la suerte del acto, el cual presenta una falla total de capacidad cuando el sujeto carece de facultad para celebrarlo, aunque para otros actos distintos del que se está considerando tenga capacidad. En otras palabras, la suficiente capacidad del agente para otros actos no impide que no la tenga en medida alguna para el acto que cae dentro de la órbita de incapacidad y al cual se refiere la sanción de nulidad.

Finalmente, para el autor citado, no puede haber fallas parciales de los instrumentos y consiguientemente tampoco es viable la sanción de anulabilidad para ellos; no obstante lo cual el art. 989 reputa anulables a los instrumentos públicos allí incluidos, y el art. 1045, según se ha visto, declara la anulabilidad de los actos que dependiesen para su validez de la forma instrumental, si fuesen anulables los respectivos instrumentos.

Sin duda por la inadaptabilidad de este criterio, al sistema de nulidades elaborado por el codificador, no ha sido seguido por los autores. Lafaille, Alsina Atienza y Rayces lo han rechazado expresamente ⁷³.

1964.— c) El *tercer criterio* de distinción de los actos nulos y anulables, finca en la *visibilidad del vicio*. Los autores que lo siguen entienden que el acto *nulo* es tal por el carácter manifiesto de su invalidez, mientras que el acto *anulable* lleva consigo una nulidad oculta o no manifiesta.

Esta opinión aunque se puede decir que no es desacertada, tiene el inconveniente de detenerse en la superficie del problema, y de usar una fraseología (la visibilidad del vicio) que si se adapta a las fallas de forma que el acto puede tener, no puede ser referida sino metafóricamente a las fallas internas del mismo, como son las referentes a la voluntad, a la capacidad y al objeto.

Por ello pensamos que es posible elaborar un criterio más rigurosamente científico y revelador de la verdadera entraña de la oposición existente entre los actos nulos y anulables.

1965.— d) El *cuarto criterio* ha sido expuesto por nosotros desde años atrás. Entendemos que el acto *nulo* es tal porque adolece de una falla rígida, determinada, dosificada por la ley, invariable e idéntica en todos los actos

⁷³ Federación Argentina de Colegios de Abogados, Instituto Argentino de Estudios Legislativos, *Proyecto de reforma del Código Civil*, año 1940, ps. 222, 243 y 265.

de la misma especie. El acto *anulable*, en cambio, padece una falla que es por su propia índole, o se presenta, fluida, indefinida, variable en los actos de la misma especie, e intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial.

El comportamiento de la sanción legal de invalidez es muy diferente respecto de una y otra clase de actos. Si se trata de un acto *nulo* (vicio de tipo rígido), la ley puede por sí misma y sin más, decretar su ineficacia, que como es independiente de todo juzgamiento ulterior, opera desvirtuando al acto de sus efectos propios desde su mismo origen.

En cambio, siendo el acto *anulable*, la necesidad de la sentencia es exigida por la misma índole del acto, ya que a su respecto la ley no puede sino establecer un principio de sanción de invalidez, que será desenvuelto, definido y regulado por el juez en función de las circunstancias particulares del caso, estimadas según su criterio: es una *nulidad intrínsecamente* independiente de la apreciación judicial, por lo que, entonces, el acto anulable deriva, por una exigencia de la propia naturaleza de las cosas, la plenitud de su ineficacia directa e inmediatamente de la sentencia judicial que define y pronuncia la falla latente que el acto lleva consigo.

1966.— El criterio expuesto remonta al jurista francés V. H. Solón, de la primera mitad del siglo XIX, quien tuvo de él un conocimiento apropiado⁷⁴. En la obra de Solón se informó sin duda Nabuco de Araujo, considerado autor del Reglamento n° 737 para el Imperio del Brasil, del 25 de noviembre de 1850, en su capítulo de las nulidades. A su vez, Freitas adoptó el criterio de dicho Reglamento, según lo ha mostrado el jurisconsulto brasileño Clovis Bevilacqua⁷⁵.

Vélez Sarsfield tomó de su habitual mentor Freitas la clasificación de los actos nulos y anulables, con la significación que ella tiene entre nosotros, por lo que, en vista de aquellos antecedentes, no resulta aventurado sostener que la opinión que hemos expuesto es la que mejor interpreta el criterio de distinción de aquellos actos.

1967.— Es claro que el mejor argumento en este orden de cuestiones radica en la congruencia existente entre cada uno de los actos nulos y anulables enunciados por el Código (arts. 1041 a 1045) y el criterio propuesto para explicar su esencia.

Esta comprobación muestra que:

⁷⁴ Solón, V. H., *Théorie sur la nullité*, París, 1935, t. I, núms. 12, 14 y 15 ps. 7 a 9.

⁷⁵ Ver "Revista Crítica de Jurisprudencia", Buenos Aires, año III, p. 121.

1º) en los actos *nulos* de los arts. 1041 y 1042 la causa de la nulidad (incapacidad de hecho del agente, insuficiencia de facultades en el representante legal) es una falla rígida, determinada, dosificada por la ley, invariable e idéntica en todos los actos de la misma especie;

2º) en los actos *nulos* de los arts. 1043 y 1044, la causa de la nulidad (incapacidad de derecho, presunción legal irrefragable de simulación o fraude, objeto prohibido, vicio de forma esencial) reviste los mismos caracteres antes expresados.

1968.— En cuanto a los actos *anulables* la consideración del art. 1045 permite concluir que:

1º) la causa de la invalidez de los actos de los sujetos privados de razón (falta de discernimiento) es eminentemente circunstancial, fluida, variable en los actos de la misma especie, susceptible de grados, y por tanto intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial;

2º) en los actos de voluntad viciada ⁷⁶ la causa de la invalidez (falsedad, alteraciones esenciales) sigue siendo circunstancial y por tanto sujeta a la apreciación judicial;

4º) en los actos de incapacidad de derecho u objeto prohibido desconocidos si bien la causa de la invalidez no es por su índole circunstancial, se presenta como tal y queda sujeta también a la apreciación judicial. En efecto, aunque la falla del acto haya sido prevista por la ley, su reconocimiento depende de una investigación de hecho, y entonces la validez o invalidez del acto penden del juicio a que llegue el investigador. Toda investigación exige la intervención del raciocinio del investigador, en el caso del juez, el funcionamiento de su criterio personal, para apreciar la idoneidad de los medios de que se vale en orden al fin propuesto, y para concluir si en definitiva el fin de la investigación ha sido suficientemente esclarecido. Por todos estos elementos de ponderación personal, bien puede decirse que aun en estos casos de anulabilidades “atípicas”, la eficacia del acto está pendiente de la solución judicial.

1969.— En suma, creemos haber demostrado que el criterio de distinción propuesto es el que mejor revela el sentido de la clasificación de los actos nulos y anulables.

⁷⁶ No aludimos a los vicios de simulación y fraude porque los actos respectivos no son anulables (véase *supra*, núms. 1802 y 1845).

1970. CONSECUENCIAS.— Las consecuencias que derivan del criterio de distinción adoptado son importantísimas. Pues siendo el acto *nulo* sin valor por una falla que la ley ha definido como tal, su carácter vicioso no ha podido escapar a la comprensión de las partes que conocieron o debieron conocer el vicio del acto. La situación de los terceros es, en principio, la misma. De aquí se sigue que los derechos transmitidos por el acto nulo, desde que un obstáculo erigido inmediatamente por la ley se oponía a la validez de la transmisión, subsisten en cabeza del *tradens*. Las obligaciones nulas no constriñen al deudor ni favorecen al acreedor. El vínculo obligatorio, en fin, no liga a las partes.

Por el contrario, el acto *anulable*, puesto que la ley no lo irrita, vive una existencia innegable hasta el pronunciamiento de la sentencia que lo destruye. Los derechos transmitidos, en principio, se transmiten. Las obligaciones pesan sobre el deudor y se incorporan efectivamente al patrimonio del acreedor. El vínculo obligatorio liga a las personas, en tanto no lo resuelva la sentencia que anule el acto originario ^{76bis}. Los derechos derivados a favor de terceros que se apoyan en el acto aún no anulado deben estimarse válidos por haberse constituido antes de la anulación, esto es, en una época en que los adquirentes podían confiar en la regularidad de su título puesto que por entonces la misma ley lo consideraba correcto y regular ^{76 bis 1}.

De esta consideración provienen nuevas consecuencias que explican el régimen diferencial que en el sistema de Vélez tenían la *nulidad* y la *anulabilidad*, en lo que conviene a sus efectos (véase *infra*, núms. 2003 y ss.).

1970 bis. CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN DE ACTOS NULOS Y ANULABLES DESPUÉS DE LA LEY 17.711: REMISIÓN.— Es un asunto que tratamos *infra*, núms. 2022 bis y 2034 bis, adonde remitimos al lector.

§ 4. Nulidad absoluta y relativa; criterio de la distinción; consecuencias.

1971. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN.— La segunda clasificación fundamental del sistema de nulidades adoptado por el codificador es la que opone los actos de *nulidad absoluta*

^{76 bis} Conf. Cám. Civil, Sala "A", "L.L.", t. 104, p. 279; Carneiro, J. J., su trabajo ya citado, "E.D.", t. II, p. 661, n° 15.

^{76 bis 1} Conf. Cám. Civ., Sala "D", "L.L.", t. 93, p. 438.

a los de *nulidad relativa*. Como hemos anticipado (véase *supra*, n° 1891) *el criterio de la distinción* de ambas categorías finca en la transgresión del orden público: la *nulidad absoluta* que es la sanción de invalidez más rigurosa afecta a los actos que pugnan con el orden público, en tanto que la *nulidad relativa* que constituye el grado benigno de la sanción, alcanza a los actos inválidos que por no entrar en conflicto con el orden público son reprobados por la ley en resguardo de un interés particular. Por esto se dice con razón que la nulidad relativa es una *nulidad de protección*, que tiene uno o más destinatarios: las personas en cuyo beneficio se ha establecido la sanción.

1972. CONSECUENCIAS.— Las consecuencias de esta clasificación están señaladas por los arts. 1047 y 1048.

1973. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD ABSOLUTA.— La *nulidad absoluta* presenta las características consignadas en el art. 1047 y alguna más que ha apuntado la doctrina. El art. 1047 dice así: “*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación*”. A ello ha agregado la doctrina y la jurisprudencia el carácter imprescriptible de la acción de nulidad absoluta. Nos referiremos someramente a cada uno de los caracteres indicados.

1974.— 1) En primer lugar la nulidad absoluta debe ser declarada de *oficio* por el juez, “*cuando aparece manifiesta en el acto*” (art. 1047, frase primera) ^{76 bis 2.}

Debe hacerse notar que en el caso la declaración de nulidad es un imperativo para el juez. Pero para ello debe tratarse de una nulidad manifiesta, que según sabemos (véase *supra*, n° 1887) es la que corresponde a los actos *nulos*. Por tanto, si el acto es anulable, no siendo manifiesta la nulidad, no puede ser ésta declarada de oficio, requiriéndose la demanda pertinente.

^{76 bis 2} Ver Belluscio, Augusto César, *Declaración de oficio de la nulidad*, en “E.D.”, t. 95, p. 785, quien critica un fallo de la mayoría de la Cám. Civ., Sala “F”, la que sostuvo que la nulidad manifiesta declarable de oficio es la que aparece en el momento de decidirse el litigio (véase “E.D.”, t. 90, p. 427).

1975.— 2) En segundo término la nulidad absoluta puede ser articulada por el Ministerio Público, en el interés de la moral y de la ley (art. 1047, cláusula 3ª). Por tanto el fiscal es titular de la acción de nulidad, en este caso, ya que a él le está confiada la defensa de la colectividad, la cual no podía quedar defraudada por la inacción de los particulares, tal vez concertados en contra del bien general, como podría ocurrir en una sociedad constituida para hacer el contrabando.

1976.— 3) En tercer término, puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo (art. 1047, cláusula 2ª). Es que la acción está abierta a favor de todo el mundo, pues la pretensión de cualquiera condice con la directiva de la ley tendiente a aniquilar un acto que ella reprueba por violatorio del orden público. Sólo basta justificar por parte del accionante un *interés legítimo suficiente* en la respectiva declaración de nulidad, recaudo explicable desde que sin interés no hay acción.

Segovia ha observado cuán variados son los títulos en razón de los cuales se puede tener interés en la nulidad: así se encuentran en tal situación el poseedor, coposeedor, condómino, socio, cónyuge, acreedor o coacreedor, heredero, legatario, deudor, cofiador, subfiador, dador de prenda o hipoteca, garante de cláusula penal, responsable de evicción y aun los acreedores de cualquiera de ellos, sus garantes y sucesores ⁷⁷. Por nuestra parte pensamos que están habilitados para promover la acción de nulidad, en este supuesto, los acreedores de los acreedores de cualquier interesado, pues el único requisito de la ley es el relativo al interés, que en esa hipótesis es innegable ⁷⁸.

1977.— No obstante la amplitud con que la ley acuerda a todo interesado la facultad de oponer la nulidad absoluta que padecieran los actos jurídicos, el art. 1047, cláusula 2ª, veda ese derecho al “que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”. Se trata de una aplicación del aforismo romano “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, bien afianzado ya en el derecho canónico, en el derecho francés anterior a la codificación y en nuestro propio Código ⁷⁹. Pero es de hacer notar que si el acto inválido no ha sido ejecutado, es admisible que la nulidad se oponga (excepción de nulidad) aun por la parte torpe que con tal defensa no estaría fundando un derecho en su propia torpeza, sino conservando una situación legítima preexistente ⁸⁰.

Bibiloni, y algunos autores europeos son partidarios de abrir la acción a favor de cualquiera de las partes sin distinción alguna. Entiende Bibiloni que la política le-

⁷⁷ Segovia, L., *Código Civil*, t. I, p. 297, nota 22 al art. 1048.

⁷⁸ Contra: Segovia, L., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁹ Conf. Spota, A. G., *El acto jurídico de objeto inmoral*, “J.A.”, 1942-IV, p. 211, n° 5; Cám. Civ., Sala “F”, “L.L.”, t. 101, p. 33.

⁸⁰ Para un examen más detenido de la cuestión nos remitimos a nuestra obra: *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, § 21, ps. 42-43. En el sentido del texto: Cám. Civ., Sala “C”, “J.A.”, 1962-II, p. 151.

gal es contradictoria, porque ahuyenta a quien puede suministrar la prueba del vicio, pero en cambio cuando el vicio es manifiesto impone al juez el deber de declarar la nulidad. Agrega que en todo caso debió limitarse la negativa de la acción a la parte torpe sin alcanzar a la parte que conociese simplemente el vicio, ya que el conocimiento no importa malicia ⁸¹.

Recogiendo en parte estas reflexiones, hemos sostenido que el criterio que nos parece más exacto debe vedar la acción de nulidad sólo a la parte que hubiese obrado de mala fe y pretendiese extraer un provecho de la declaración o el pronunciamiento de la nulidad ⁸². En este sentido el Anteproyecto de 1954, redactado bajo nuestra dirección, dice en su art. 210, cláusula 3ª: "Podrá alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, salvo la parte que invoque su propia torpeza para lograr un provecho".

1978.— 4) El art. 1047 finaliza diciendo que "*la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación*", disposición enteramente lógica, pues si la nulidad absoluta es la sanción civil más rigurosa, instaurada en salvaguardia del orden público que el acto inválido ha quebrantado, no es admisible que ella pueda desaparecer por el mero designio particular en ese sentido. Si los interesados desean dar valor al acto, no tienen otro camino sino hacerlo nuevamente y ello siempre que haya desaparecido la causa de la nulidad ⁸³.

1979.— 5) La acción para obtener la declaración o el pronunciamiento de la nulidad absoluta es *imprescriptible*. Si bien el Código nada dice al respecto tal es la conclusión de la jurisprudencia y de la doctrina en general ⁸⁴.

La imprescriptibilidad de la acción en este caso, es una consecuencia de la imposibilidad de confirmar el acto. Pues sería contradictorio negar la confirmación y admitir la prescripción de la acción de nulidad respectiva, ya que esto último equivaldría a permitir la confirmación tácita del acto por el solo transcurso del lapso de la prescripción. La ley impediría a las partes la curación inmediata del acto (confirmación), pero aceptaría una cura de reposo (prescripción) que también dependería de la actitud que quisiese adoptar el titular de la acción. Con lo cual la tutela del orden público que resguarda la sanción de nulidad absoluta quedaría supe-
ditada a la conveniencia particular del interesado.

También es de recordar que, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación "lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, o que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde

⁸¹ Bibiloni, J. A., *Anteproyecto*, ed. Abeledo, t. I, ps. 192 y 193.

⁸² Véase nuestra obra antes citada, § 44, p. 79.

⁸³ Conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 2633, p. 1089.

⁸⁴ Ver nuestra obra ya citada, n° 47, ps. 80 a 85.

su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”⁸⁵.

Estas consideraciones explican el carácter imprescriptible de la nulidad absoluta.

1979 bis. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA NULIDAD ABSOLUTA.— Esta característica que explicamos en el n° 1979 había quedado alterada sin justificación alguna por la ley 17.711 que al modificar el art. 4023 le incorporó un agregado por el cual prescribía la acción de nulidad en el plazo de diez años, “sea absoluta o relativa”, si no estuviese previsto un plazo menor.

Este criterio originaba consecuencias sumamente graves que tuvimos ocasión de puntualizar en otra ocasión^{85 bis}.

Felizmente, la sanción de la ley de fe de erratas 17.940 ha puesto de nuevo las cosas en su lugar, puesto que ha sustituido las palabras “sea absoluta o relativa”, por “*trátase de actos nulos o anulables*”.

Por consiguiente, la acción de nulidad absoluta sigue siendo imprescriptible, como corresponde.

1980. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD RELATIVA.— Con relación a todos los puntos considerados precedentemente, la nulidad relativa se comporta de manera diferente, lo cual significa: 1) que ella nunca es declarable de oficio; 2) que no la puede aducir el Ministerio Fiscal; 3) que sólo pueden invocarla las personas en cuyo beneficio se ha establecido la sanción; 4) que el acto de nulidad relativa es subsanable por la confirmación; 5) que la respectiva acción de nulidad es prescriptible. Trataremos separadamente estas características.

1981.— 1) Por lo pronto el art. 1048, cláusula 1ª, previene que “*la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedido de parte...*”. La declaración de oficio sería contradictoria del sentido tutelar que asume esta nulidad; sólo al propio interesado, o a su representante, incumbe decidir si le conviene impugnar el acto u optar por su mantenimiento.

1982.— 2) Continúa diciendo el art. 1048: “*...ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley...*”, lo cual se explica por-

⁸⁵ C.S.N., 24 nov. 1937, “J.A.”, t. 60, p. 367; íd., t. 23, p. 645; íd., t. 75, p. 919. En igual sentido: Cám. Civ. 1ª Cap., 26 de julio de 1944, “J.A.”, 1944-III, p. 941; íd., t. 56, p. 768; íd., t. 58, p. 454; Cám. Civ. 2ª Cap., 27 de junio de 1939, “J.A.”, t. 68, p. 135; íd., 1943-III, p. 547.

^{85 bis} Véase nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Bs. As., 1969, ps. 82 y ss.

que la nulidad relativa no está instaurada en función del interés general. En cambio, podría aducirse por el Ministerio de Menores en representación de un incapaz que estuviese interesado en la nulidad especialmente si el representante legal a quien está cometido en primer término el cuidado del incapaz omitiese hacerlo y con tal que fuese indudable el provecho que pueda reportar la invalidez. Pero entendemos que se trata de una actividad subsidiaria, pues aun cuando el carácter de representante promiscuo que inviste el Ministerio de Menores lo habilita para el ejercicio de la acción, opinamos que no debe promoverla sino para *suplir* la negligencia de las personas —los representantes necesarios— a quienes la ley ha confiado en primer término el cuidado de los incapaces. Por ello ante la menor duda sobre la utilidad de la acción, la abstención se impone.

1983.— 3) Finaliza el art. 1048 diciendo que la “*nulidad relativa no puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes*”, con lo cual se sienta un principio fundamental que domina toda esta materia. En efecto, la nulidad relativa se funda en la protección de un interés particular; ella tiene un beneficiario, un destinatario en cuyo favor opera la sanción legal de invalidez.

De este principio provienen diversas aplicaciones, algunas de las cuales ha consignado explícitamente el codificador, en tanto que otras reposan en la autoridad de la doctrina.

1984.— Así refiriéndose a los supuestos de *incapacidad de hecho* y de *vicios de la voluntad*, que son los casos típicos de nulidad relativa, dice el art. 1049: “*La persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto, fundándose en la incapacidad de la otra parte. Tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causó, ni por error de la otra parte el que lo ocasionó*”.

La misma solución reiteran los arts. 1158 y 1164.

1985.— Sin duda, la acción de nulidad puede ser ejercida por el *representante legal* de la persona en cuya cabeza se ha originado la acción⁸⁶. La apreciación de la conveniencia de la interposición de la acción compete a dicho representante, sin perjuicio de la rectificación de su actitud pasiva que pueda hacer el Ministerio de Menores, según queda dicho en el n° 1982.

Para la articulación de la acción de nulidad, el representante no requiere autorización judicial, por tratarse de una medida conservatoria del derecho afectado por la celebración del acto inválido.

⁸⁶ Conf. Lutzesco, G., *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial*, tesis, París, 1938, p. 363.

1986.— Los *sucesores universales* pueden también ejercer la acción de nulidad correspondiente al causante, a menos que ella se refiera a derechos intransmisibles a los herederos (véase *supra*, n° 1496).

1987.— Los *sucesores singulares*, en cambio carecen de acción, ya que la transmisión del derecho a su favor importa la confirmación del acto inválido precedente (de acuerdo al art. 1063), con lo que su título ha quedado expurgado de la falla que padecía ⁸⁷.

1988.— En cuanto a los demás *terceros*, también carecen de acción, pero es de hacer notar que ante la pasividad del titular de la acción, sus acreedores pueden ejercerla por vía de la acción subrogatoria u oblicua. Asimismo, si el titular renunciase a la acción de nulidad en perjuicio de sus acreedores, éstos podrían impugnar la renuncia mediante la acción pauliana o revocatoria para luego aducir la nulidad por la acción oblicua, como en el caso anterior.

1989.— 4) La nulidad relativa es subsanable por la *confirmación* del acto. Para el estudio del punto, véase *infra*, núms. 2051 y ss.

1990.— 5) La acción de nulidad relativa es *prescriptible*. Ya sabemos que la sanción de nulidad actúa en dos grados de diversa intensidad: cuando corresponde aplicar dicha sanción en su grado benigno, no se trata sino de proteger un interés particular que resulta afectado por la celebración del acto inválido. De aquí que la ley admita que en esos casos el titular de la acción tenga un lapso determinado para provocar la declaración de nulidad (acto nulo) o para solicitar el pronunciamiento judicial de la anulación (acto anulable). Si el interesado permanece inactivo durante ese lapso, la acción de nulidad quedará extinguida por la prescripción, y desde ya no será posible alterar la situación material existente.

1991.— Esta solución no suscita objeciones cuando se trata de actos anulables. Pero en relación a los actos nulos parece haber una contradicción interna entre la nulidad y la prescripción, ya que no resulta lógico, a primera vista, que pueda paralizarse el derecho de invocar la nulidad por la omisión en promover una acción judicial que no era exigida por la naturaleza de la sanción (nulidad propiamente dicha).

No obstante, se admite que la prescripción alcanza a la acción de nulidad si ésta es meramente relativa. Sin duda, el titular de la acción posee una facultad que por referirse a un acto nulo, y no anulable es independientemente de la demanda judicial (conf. art. 1038, parte 2°); pero sería un *abuso* de su parte mantener indefinidamente el estado de inseguridad consecuente. De aquí que la ley haya deter-

⁸⁷ Conf. Segovia, L., *op. cit.*, t. I, p. 298, nota 26. Comp. Lutzesco, G., *op. cit.*, p. 364.

minado un lapso para el ejercicio de la acción, pasado el cual estima bonificada la situación irregular.

1991 bis. PRESCRIPTIBILIDAD DE LA NULIDAD PROPIAMENTE DICHA.— El enfoque que explicamos en el n° 1991 ha quedado corroborado con la sanción de la ley 17.711, especialmente después de la aclaración formulada por la ley de Fe de Erratas 17.940.

El nuevo art. 4023 aclara ahora que el plazo decenal de la prescripción alcanza tanto a los actos nulos como a los anulables, tal como lo enseñamos en el número ya aludido de este Tratado.

1992.— La *prescripción* de la acción de nulidad no tiene un plazo invariable. Depende de la naturaleza de la causa de invalidez ^{87 bis}.

1993.— a) Si la sanción de nulidad se aplica en razón de concurrir en el acto algún vicio de la voluntad, la acción *"prescribe por dos años, desde que la violencia o intimidación hubiese cesado, y desde que el error, el dolo, o falsa causa fuese conocida"* (art. 4030).

1994.— b) Si la sanción de nulidad proviene de la *ausencia* de capacidad de hecho en el agente, el plazo de prescripción es igualmente de dos años. Dice el art. 4031: *"Se prescribe también por dos años, la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por mujeres casadas sin la autorización competente; la de los menores de edad y los que están bajo curatela. El tiempo de la prescripción comienza a correr, en las primeras, desde el día de la disolución del matrimonio, y en los segundos desde el día en que llegaron a la mayor edad o salieron de la curatela"*.

Esa demora en el punto de partida de la prescripción se explicaba en el sistema de Vélez por cuanto aparecía concomitantemente una causa de suspensión de la prescripción, arts. 3966, 3969 y 3970 como causa de suspensión de la prescripción por el nuevo art 3966 (véase *infra*, núms. 2115 y ss.). Pero ahora eliminada la incapacidad ha surgido la anomalía de una acción de nulidad prescriptible que no prescribe durante cierto lapso, sin motivo para ello: la ley 17.711 debió enmendar el art. 4031.

Finalmente, cuadra observar que luego de la ley 17.711 ha desaparecido la incapacidad de la mujer casada (*supra*, n° 849 bis).

1994 bis. ACTOS OBRADOS SIN LA AUTORIZACIÓN COMPETENTE.— El art. 4031 en cuanto determina la aplicación de la prescripción bienal a *"la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por mujeres casadas sin la autorización competente"*, si bien ya no rige los actos para los cuales ahora la otorgante tiene plena

^{87 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "A", "J.A.", 1962-III, p. 373; íd., Sala "E", "L.L.", t. 101, p. 746; íd., íd., "E.D.", t. III, p. 988.

capacidad (conf. nuevo art. 1º, ley 11.357, reformado por la ley 17.711), sigue aplicándose a los casos en que la mujer casada no puede disponer de ciertos bienes sin el asentimiento del marido, o en su defecto de la pertinente autorización judicial: arts. 1276 y 1277 del Código Civil (conf. Mazzinghi, J. A., *Derecho de Familia*, t. II, n° 284).

1995.— c) Cuando la nulidad deriva de la *falta de atribuciones de los representantes necesarios* de los incapaces, el Código no indica cuál es el lapso de la prescripción. Nosotros entendemos que sigue siendo aplicable el art. 4031, por cuanto el titular de la acción de nulidad es el propio incapaz, y desde que el acto del representante hecho a nombre del incapaz origina "*obligaciones contraídas por incapaces*", a las que alude el artículo citado.

Machado sienta la misma opinión, si bien critica la exigüidad del plazo de dos años, que estima debería elevarse a diez ⁸⁸. Contra esta apreciación en el sistema de Vélez había que pensar que, mantenida en suspenso la vida de la acción durante todo el tiempo que perduraba la incapacidad del representado (conf. antiguo art. 3966), ya el lapso de dos años resultaba más que suficiente. En cambio, el término corriente para una hipótesis de suspensión concomitante de la prescripción hubiese prolongado exageradamente la inseguridad de la situación.

Luego de la reforma del art. 3966 y suprimida la suspensión de la prescripción con respecto a los incapaces podría pensarse en la validez de la observación de Machado. Sin embargo conceptuamos que siempre jugaría la imposibilidad de obrar del incapaz para prolongar la vida de la acción de nulidad hasta tres meses después de cesada la incapacidad (arg. arts. 3966, segunda parte y 3980 "in fine").

1996.— d) En los *demás casos de nulidad relativa*, ante la ausencia de disposición explícita en el Código de Vélez que rigiera el punto debía admitirse que era aplicable la prescripción decenal del art. 4023, por quedar comprendida la acción de nulidad dentro de las acciones personales mentadas por ese precepto ^{88 bis}.

En consecuencia prescribía a los diez años la acción de nulidad:

1º) si se trataba de una incapacidad de derecho establecida en resguardo de un interés particular; por ejemplo, la del mandatario para adquirir los bienes del mandante, art. 1361, inc. 4º), y 1918 ⁸⁹;

2º) cuando se trataba de actos jurídicos obrados por sujetos carentes de discernimiento ^{89 bis}.

⁸⁸ Machado, J. O., *op. cit.*, t. XI, ps. 312 y 313, nota al art. 4031.

^{88 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "E", "L.L.", t. 101, p. 745; Cám. Civ., Sala "A", "J.A.", 1962-III, p. 373.

⁸⁹ Véase nuestra obra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, ps. 19-20, nota 23.

^{89 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "D", 4 de setiembre de 1964, "Doctrina Judicial" del 29 de setiembre de 1964.

1996 bis. PLAZO GENÉRICO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.— Nuevamente la sanción de la ley 17.711, aclarada en este aspecto por la ley de Fe de Erratas 17.940, ratifica lo que expresamos en el n° 1996. Salvo en los casos en que la acción de nulidad relativa tuviere un plazo menor, ella se rige por el plazo común de los diez años. En efecto, las nuevas disposiciones han dejado al art. 4023 con una segunda parte que dice así: *"Igual plazo —el de diez años— regirá para interponer la acción de nulidad trátase de actos nulos o anulables, si no estuviera previsto un plazo menor"*.

Por consiguiente la doctrina y jurisprudencia que explicamos en aquel lugar ha quedado ratificada por vía legal.

1997. CASOS DE NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.— Nuestro Código no ha predeterminado cuándo los actos nulos y anulables padecen nulidad absoluta o relativa, en lo que se ha separado de Freitas, a quien ha seguido tan de cerca en el sistema de las nulidades. Este autor enumera en el artículo 805 del *Esbozo* los actos nulos y anulables de nulidad absoluta, y luego en el art. 810 indica los actos nulos y anulables de nulidad relativa. De esta manera la sola celebración del acto inválido basta para conocer cuál es el régimen de la sanción que le corresponde. Así también proceden el Anteproyecto Bibiloni (art. 341, 2ª redacción) y el Proyecto de 1936 (art. 203).

Vélez Sarsfield ha optado por seguir un criterio más dúctil. El codificador ha estimado que si a veces es posible determinar de antemano el interés público o privado que está en pugna con la realización de ciertos actos que por eso mismo la ley invalida, en otras ocasiones resulta aventurado adelantar en abstracto una solución definida. Por eso nuestro Código ha abandonado la rígida enunciación de casos de nulidad absoluta y relativa, efectuada por Freitas, y en cambio ha dejado librado al prudente arbitrio judicial el manejo de esa clasificación, con la libertad consiguiente de apreciar cuándo un caso dado reviste nulidad absoluta o relativa, según que el interés público o privado hayan sido vulnerados. Es así que los tribunales de nuestro país han podido considerar que sólo padece nulidad relativa y, por tanto, subsanable, la compra efectuada por el mandatario de los bienes del mandante ⁹⁰, solución que no podría haber prosperado en los sistemas de Freitas, o de los proyectos de reforma del Código Civil antes recordados, para los cuales las incapacidades de derecho, como la del mandatario en esta hipótesis, invariablemente dan lugar a nulidades absolutas (*Esbozo*, arts. 789, inc. 3º, y 805; Anteproyecto Bibiloni, art. 341, 2ª redacción; Proyecto de 1936, art. 203).

⁹⁰ Cám. Civ. 2ª Cap., juicio "Serra v. Refico", "J.A.", 1943-III, p. 846.

Si esta mayor libertad de movimiento que se deja al juez hace perder a la ley algo de su seguridad, le hace ganar mucho en efectiva justicia. Ha dicho un admirable maestro que los conceptos jurídicos “más rígidos son los que ofrecen el máximo de seguridad, los que responden mejor a los fines originales del derecho. Pero también, cuanto más se alcanza por la firmeza de sus conceptos ese fin de seguridad que le es propio, mayor riesgo se corre de apartarse del fin que le es común con la moral: la justicia. Una regla jurídica corre menor peligro de violar la justicia, cuando le permite la flexibilidad de su fórmula una más exacta adaptación al caso particular; pero ofrece tanta menor seguridad”⁹¹.

Por nuestra parte pensamos que la sistematización lograda por el codificador en esta materia especialmente por la flexibilidad de la clasificación de las nulidades absolutas y relativas, combina con felicidad una aceptable seguridad y al propio tiempo una adecuada contemplación de las exigencias de la justicia en cada caso particular. Si bien nuestros jueces no pueden inventar motivos para invalidar actos jurídicos, ya que la sanción debe estar prevista explícita o implícitamente por el régimen legal, cuando se trata de determinar si los actos inválidos presentan una u otra modalidad a la que corresponde la sanción más rigurosa (nulidad absoluta) o la más benigna (nulidad relativa) con toda la secuela que importa la apreciación, el codificador, haciendo un llamado a la sabiduría de los tribunales, ha querido confiar a éstos la responsabilidad de la decisión.

1998.— Con todo, no procede exagerar la discrecionalidad judicial para ubicar los actos inválidos en la categoría de la nulidad absoluta o en la categoría opuesta. En la mayoría de los supuestos es el mismo fundamento de la sanción de invalidez, el que está indicando con claridad cuál es el carácter de la nulidad.

1999.— Puede así afirmarse que padecen *nulidad absoluta* los siguientes actos nulos o anulables:

1°) los actos nulos o anulables por la ilicitud de su objeto (conf. arts. 1044, cláusula 2° y 1045, cláusula 3°)^{91 bis};

2°) los actos nulos o anulables de objeto inmoral (íd. anterior y arg. art. 953 “in fine”);

⁹¹ Renard, G., *El derecho, la lógica y el buen sentido*, Bs. As., ps. 179 y 180.

^{91 bis} Conf. Videla Escalada, F., *El régimen de las sociedades de objeto ilícito*, en “E.D.”, t. I, p. 1051.

3°) los actos formales carentes de la forma legal exclusiva (art. 1044, cláusula 3°);

4°) los instrumentos nulos o anulables.

2000.— Igualmente, es posible concluir que sólo revisten una nulidad meramente *relativa*:

1°) los actos nulos obrados por incapaces de hecho, sin que quepa distinguir si la incapacidad es absoluta o relativa ⁹²;

2°) los actos nulos obrados por representantes necesarios de los incapaces en exceso de sus atribuciones, o sin la debida intervención del Ministerio de Menores ^{92 bis};

3°) los actos obrados sin discernimiento;

4°) los actos efectuados mediando los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia).

2001.— En cuanto a los actos nulos o anulables en razón de la *incapacidad de derecho del agente* (arts. 1043 y 1045, cláusula 2°), no es posible predecir si a ellos corresponde una nulidad absoluta o relativa. Es menester descubrir previamente si es un interés público o privado el que resguarda la sanción de nulidad.

Hay incapacidades de derecho instituidas para salvaguardar principalmente un interés particular, v.gr., el impedimento para comprar que alcanza a los padres, tutores, curadores, albaceas, mandatarios ^{92 bis 1} y jueces (art. 1361, incs. 1° a 4° y 6°). En cambio, otras tutelan sobre todo el interés

⁹² Así lo hemos sostenido en anteriores trabajos: *Nulidad relativa de los actos celebrados por dementes interdictos*, en "Rev. Fac. Derecho Bs. As., jul.-ag. 1949, p. 925; *Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos*, en "L.L.", t. 50, p. 876, n° 8, nota 16; *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Bs. As., 1953, p. 18; conf. Borda, G. A., t. II, n° 1255, ps. 362 y ss.; Machado, J. O., t. III, p. 310; Cám. Civ. 1° Cap., 4 de abril de 1949, "J.A.", 1949-II, p. 571; Cám. Civ., Sala "A", 6 de junio de 1953, "J.A.", 1953-III, p. 443; *id.*, "L.L.", t. 104, p. 279, con voto del autor; Cám. Civ., Sala "D", 4 de setiembre de 1964, "Doctrina Judicial" del 29 de setiembre de 1964.

^{92 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "D", "L.L.", t. 101, p. 1001 (6184-S); *id.*, Sala "F", "L.L.", t. 104, p. 755 (7248-S).

^{92 bis 1} Conf. Cám. Civ. 2°, "J.A.", 1943-III, p. 846; Cám. Civ., Sala "F", "Doctrina Judicial" del 3 de abril de 1963 y "L.L.", t. 110, p. 635; *id.*, Sala "D", 30 de setiembre de 1964, "Doctrina Judicial" del 27 de octubre de 1964.

público: son las inhabilidades que a igual respecto recaen sobre empleados públicos y ministros de Estado (art. 1361, incs. 5° y 7°).

De aquí que corresponde examinar en cada caso cuál es el interés tutelado por la sanción de nulidad y ante él considerar si el contenido concreto del acto efectuado es repugnante o compatible con el orden público y la moral.

En igual sentido opina Borda que el juez apreciará si está interesada en la invalidez una razón de orden público o si, por el contrario, sólo se ha pretendido proteger el interés de los particulares; y según ello resolverá que la nulidad es absoluta o relativa ⁹³.

2002.— Para terminar el estudio del punto, consignamos escuetamente el destino de la clasificación “Nulidad absoluta-relativa” en el *Anteproyecto* de 1954.

En el sistema de dicho Anteproyecto aquella clasificación es, como en el Código, independiente de la clasificación “Nulos-anulables”, y juntamente con ésta, base de toda la teoría.

Su fundamento está dado por el art. 210, cuya cláusula 1ª expresa: “Padece-rán nulidad absoluta los actos nulos y anulables que contravinieren el orden público o las buenas costumbres”. De aquí que esa nulidad deba “declararse por el juez, aun sin petición de parte, cuando correspondiere a un acto nulo” (art. 210, cláusula 2ª).

Por ello también puede alegarse “por el Ministerio Público y por cualquier interesado, salvo la parte que invoque su propia torpeza para lograr un provecho” (art. 210, cláusula 3ª).

Finalmente, se aclara que “no podrá subsanarse por la prescripción, ni por la confirmación del acto” (art. 210, cláusula 4ª).

En cuanto a la *nulidad relativa* su concepto está dado por un argumento *a contrario* que por su obviedad no ha sido articulado en forma expresa: es la invalidez de los actos nulos o anulables que no contravienen el orden público o las buenas costumbres.

De ese concepto emanan las consecuencias que el texto recoge. En primer término sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se ha establecido la sanción (art. 211, cláusula 1ª). Consiguientemente puede alegarla el Ministerio Público sólo en representación de personas incapaces o sujetas a inhabilitación, y de menores emancipados o habilitados (art. 211, cláusula 2ª). Por último, puede subsanarse mediante la prescripción de la acción respectiva o la confirmación del acto (art. 211, cláusula 3ª).

⁹³ Borda, G. A., t. II, n° 1254. Conf. Salvat, R., *Fuentes de las obligaciones*, 1946, t. I, n° 474 y ss., p. 214. Este autor rectifica la opinión dada en *Parte General*, n° 2636, p. 1090, en el sentido de que siempre las incapacidades de derecho son sancionadas con la nulidad absoluta.

§ 5. Alcance de la nulidad: a) Completa o parcial; criterio del art. 1039; aplicaciones en caso de obligaciones accesorias, condición, cargo, etcétera. b) Defectos que dan lugar a nulidad o reajuste del acto: art. 954 reformado.

2002 bis. NULIDAD COMPLETA O PARCIAL: REMISIÓN.— Hemos examinado esta distinción *supra*, n° 1894 adonde remitimos al lector.

2002 ter. APLICACIONES EN CASO DE OBLIGACIONES ACCESORIAS, CONDICIÓN, CARGO, ETC.— Se hace aplicación de esta clasificación en materia de *obligaciones accesorias* pues el acto que las origina puede ser parcialmente inválido con respecto a ellas, y mantener su eficacia con relación a la obligación principal. Así ocurre si se trata de una *cláusula penal* nula por ejemplo en razón de la prohibición de su objeto (conf. arts. 653, 953, 1044 y 1167) que “deja subsistente la obligación principal” (art. 663 “in fine”). El mismo principio se aplica a la *fianza* (conf. art. 1994).

Diversamente, no juega la nulidad parcial en materia de *condición* (conf. arts. 526 y 530) y de *cargo* (conf. art. 564). Véase *supra*, núms. 1520 y ss., y 1549.

2002 quater. DEFECTOS QUE DAN LUGAR A NULIDAD O REAJUSTE: REMISIÓN.— Una situación peculiar presenta el vicio de lesión que abre una acción de nulidad que puede ser contrarrestada por el demandado si éste ofreciere “*un reajuste equitativo del convenio*” (art. 954). Remitimos a lo dicho *supra*, núms. 1471 y 1475 bis.

§ 6. Efectos de la nulidad. Consecuencias entre las partes y con relación a terceros ⁹⁴.

2003. EFECTOS DE LA NULIDAD.— Bajo esta denominación se estudian las consecuencias a que da lugar la sanción de nulidad, sea entre las partes del acto inválido, sea respecto de terceros. Pero en verdad tales consecuencias son muy diferentes según que se trate de actos nulos o anulables, lo que obliga a examinar discriminadamente, para unos y otros actos, los efectos de aquella sanción.

⁹⁴ Para un estudio profundizado del presente tema remitimos al lector a nuestra obra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Bs. As., 1953, y a la bibliografía allí citada.

I.— ACTOS NULOS

2004. PRINCIPIO.— Según se ha visto (*supra*, n° 1970), el acto nulo es invalidado directamente por la ley misma, que o tiene por tal aunque su nulidad no haya sido juzgada (conf. art. 1038, parte 2ª). Su ineficacia existe *ab initio*, desde el origen mismo del acto, el cual nace con un vicio congénito, definido por la ley, de tal manera que es ese vicio lo que obsta a la validez del acto e impide la producción de sus efectos.

El principio expuesto no requiere otros desarrollos: *Quod nullum est nullum producit effectum*. Al respecto, nuestro codificador ha sido rigurosamente lógico y ha entendido que articulado dicho principio en el art. 1038, sobraba toda aclaración.

2005. DISCUSIÓN.— No obstante lo dicho, la mayoría de nuestros autores entienden que el Código contiene, en los arts. 1050 y siguientes, nuevas disposiciones aplicables a toda clase de actos inválidos (nulos o anulables), las cuales vendrían a instituir una regulación de la sanción de nulidad, que no es enteramente coincidente con la que la sola lógica permite deducir del principio antes sentado ^{94 bis}.

Por nuestra parte, pensamos que los arts. 1050 a 1055 sólo se refieren a los actos anulables, por las siguientes consideraciones:

2006.— 1ª) Así lo indica el art. 1050, que alude exclusivamente a la nulidad pronunciada por los jueces, que es la que corresponde a los actos anulables, por cuanto la de los actos nulos es independiente de todo pronunciamiento judicial, por reputarlos tales la ley, “*aunque su nulidad no haya sido juzgada*” (art. 1038 “*in fine*”).

2007.— 2ª) Esta inteligencia resulta reforzada por la consulta del sistema de Freitas, mentor habitual del codificador en esta materia. En el *Esbozo* de este autor se oponen continuamente las nulidades que sólo declaran los jueces (actos nulos) a aquellas otras que juzgan por sentencia (actos anulables). Nos parece innegable que solamente estos últimos actos, cuya nulidad es dependiente de juzgamiento según la terminología de Freitas (*Esbozo*, art. 788), pueden requerir que su invalidez sea pronunciada por los jueces.

^{94 bis} Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 1272, p. 374; Spota, A. G., *op. cit.*, t. 36, núms. 1968 y ss., ps. 818 y ss., y n° 1966, p. 810, nota 470. Comp. Carneiro, quien entiende como nosotros que los arts. 1050 y 1055 rigen a los actos anulables, no aplicándose a los actos nulos (véase “E.D.”, t. II, p. 662, n° 17).

2008.— 3ª) Esta conclusión es la única que salva la contradicción que, de lo contrario, existiría entre el art. 1038 y los arts. 1050 y ss. Pues si los actos nulos se reputan tales aunque su nulidad no haya sido juzgada, no es admisible que pueda la sentencia que los verifique en este carácter introducir alguna alteración en su estado precedente de ineficacia jurídica. En otras palabras, si los arts. 1050 y ss. se refieren a los actos nulos, tendríamos que habría dos categorías de dichos actos, según que ellos hubiesen sido o no reconocidos por sentencia. Pero como esta dicotomía es contradictoria, no sólo de la misma esencia del acto nulo, sino de los propios términos del art. 1038, sólo cabe la conclusión de que los arts. 1050 y ss. no comprenden en su órbita a los actos nulos, sino a los anulables.

2009.— 4ª) Este argumento se ve reforzado por la consideración del texto de la ley. El art. 1050 no habla de acto nulo, sino de acto anulado, y es indudable que “nulo” y “anulado” son calificaciones que no pueden convenir a una misma e idéntica realidad. El acto nulo no requiere ninguna operación ulterior que lo invalide, esto es, que lo anule, puesto que está invalidado por sí mismo, en razón del vicio congénito, ya definido por la ley, que la desvirtúa. En cambio, el acto anulable es reputado válido mientras no sea anulado, y requiere indispensablemente de la sentencia para quedar anulado. Sólo los actos anulables pueden después de un cierto momento ser *actos anulados*. Gramaticalmente, anulable significa pasible de ser anulado. Y como el art. 1050 sólo alude a los actos anulados, está claro que no incluye la disposición sino a los actos que comenzaron por ser anulables, nunca nulos.

2010.— 5ª) El examen de los artículos que siguen al 1050 analizado, corrobora la convicción formada. El art. 1051 vuelve a hablar del “acto anulado” para contemplar la suerte de los derechos derivados a favor de terceros. El art. 1052 insiste en referirse a la “anulación” del acto y a la obligación de restituir que proviene de dicha anulación, siendo incuestionable que, tratándose de actos nulos, la obligación de restituir no deriva de una anulación imposible, sino de la sola ejecución de un acto que, por ser “nulo”, carece de idoneidad para causar la adquisición de derecho alguno. En fin, los arts. 1053, 1054 y 1055, por su evidente correlación con los anteriores, sólo pueden ser referidos a los actos anulables y a las consecuencias emanadas de la sentencia de anulación: el codificador ha querido prever diversas modulaciones que, según los casos, presenta la obligación de restituir, entre partes, derivada del pronunciamiento judicial de la anulación.

2011. CONSECUENCIAS.— Establecido el principio general que la nulidad propiamente dicha importa y eliminados los arts. 1050 a 1055, que no gravitan en su régimen, pasaremos a estudiar las consecuencias de aquella sanción legal respecto de las partes y de los terceros interesados.

2012. A) SITUACIÓN DE LAS PARTES DEL ACTO.— Para examinar el punto corresponde encarar dos hipótesis diferentes, según el acto haya sido ejecutado o no.

2013. I) ACTO NO EJECUTADO. EXCEPCIÓN DE NULIDAD.— Si el acto nulo no ha sido ejecutado, las partes disponen de una excepción que en cualquier tiempo paralizará las acciones que normalmente derivan de la celebración de los actos válidos. Cuando la parte interesada en la ejecución del acto pretenda hacerlo valer mediante las acciones correspondientes, el demandado interpondrá la excepción de nulidad, que dará lugar a la certificación judicial de que el acto celebrado era nulo y, por tanto, carente de efectos.

2013 bis. EXCEPCIÓN DE NULIDAD.— A este respecto, la ley 17.711 ha incorporado un nuevo artículo que lleva el número 1058 bis el cual dice así: “*La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa puede oponerse por vía de acción o de excepción*”.

No es necesario aclarar que quien puede oponer la excepción de nulidad ha de ser el titular de la acción correspondiente.

2014. II) ACTO EJECUTADO.— Cuando el acto ha sido ejecutado, la parte que aspire a desvirtuar sus consecuencias materiales, se verá precisada a deducir una acción judicial, denominada acción de nulidad.

La admisión de esta acción no origina una nueva situación de derecho. La sentencia de nulidad nada innova; no acuerda derechos ni los quita. Sólo verifica o declara cuál es el verdadero alcance de la situación preexistente al expedir la patente o certificación de que el acto cumplido, por nulo, carece de efectos.

Importa, por tanto, insistir en la ausencia de virtualidad propia de la sentencia de nulidad. El aniquilamiento de las consecuencias materiales derivadas del acto nulo no deberá imputarse a la sentencia, que es sólo declarativa de algo preexistente, sino a la ley misma. El acto nulo se reputa tal aunque su nulidad no haya sido juzgada (conf. art. 1038).

Con todo, en el orden de los hechos, la sentencia de nulidad es ineludible si se quiere borrar las consecuencias materiales del acto y la otra parte interesada no se aviene a ello.

De aquí que convenga examinar cómo y por qué causa se ha de volver a las partes, al estado anterior al acto nulo, y cuál ha de ser la suerte de los frutos y de los intereses devengados o percibidos durante el lapso corrido entre la ejecución del acto nulo y la restitución del dinero o de las cosas fructíferas.

2015. 1) **RESTITUCIONES.**— Por lo general se entiende que la certificación de invalidez de un acto nulo *obliga* a las partes a restituirse lo recibido en virtud de ese acto.

Sin embargo, no es así. La obligación de restituir lo recibido no proviene de la nulidad, sino del título que pueda invocar cada parte sobre las cosas entregadas a la otra.

Esta opinión ha sido sagazmente expuesta por Moyano, con fundamentos que entendemos sólo aplicables a la hipótesis de la “nulidad” propiamente dicha, aquí considerada ⁹⁵.

En suma, no hay tal obligación resultante de la sentencia de nulidad. Las restituciones que procedan sólo reconocerán su causa en la subsistencia del derecho preexistente al acto nulo, que éste ha dejado inalterado.

2016. 2) **FRUTOS.**— La sentencia de nulidad tampoco ejerce influencia alguna sobre el régimen de los frutos que hubiere percibido o dejado de percibir la parte poseedora de alguna cosa fructífera recibida en virtud del acto nulo.

La restitución de tales frutos dependerá del carácter de la posesión, según fuere de buena o mala fe. Sabido es que la posesión de buena fe constituye un título legítimo de propiedad sobre los frutos percibidos (conf. art. 2423).

Por tanto, aun mediando sentencia de nulidad que disponga adicionalmente la restitución de la cosa, el poseedor de buena fe podrá conservar los frutos percibidos antes de la interposición de la demanda, pero no los posteriores, pues a partir de entonces su posesión habrá perdido aquel carácter en razón del conocimiento de la causa desvirtuante del título en que se apoyaba su posesión (conf. arts. 2358 y 2433).

En suma, la restitución de los frutos se rige por los principios que el Código Civil legisla en el capítulo “De las obligaciones y derechos del poseedor de buena fe” (arts. 2422 y ss.).

2017. 3) **INTERESES.**— Los intereses constituyen una especie de frutos civiles: los frutos del capital.

Con todo, y por sus propias características, los principios examinados precedentemente deben adaptarse a la situación peculiar de esta clase de frutos. Se está en presencia de una obligación de dar una suma de dinero recibida sin causa, ya que el acto nulo, por serlo, no es una causa legítima de la prestación efectuada, y en consecuencia el *accipiens* que recibió el dinero carece de título para retenerlo.

La devolución del dinero debe completarse con el pago de intereses. Si el *accipiens* era de buena fe, los deberá a partir de la constitución en mora (conf. art. 622), pero si era de mala fe, desde el día del pago sin causa (conf. art. 788).

⁹⁵ Moyano, Juan A., *Las restituciones del art. 1052, Código Civil, no son efectos de la anulación de actos jurídicos*, “J.A.”, t. 43, p. 293. Esta idea ha sido expresada también por La-faille en *Derecho Civil, Tratado de los derechos reales*, t. III, p. 463, nota 203, n° 2094.

Conviene anotar una última diferencia entre frutos e intereses. Tratándose de los primeros, “la buena fe del poseedor debe existir en el origen de la posesión y en cada hecho de la percepción de los frutos” (art. 2358). En cambio, si se trata de intereses, como éstos constituyen una prestación accesorio de la obligación de dar una suma de dinero, la buena fe del deudor depende exclusivamente de la creencia de la legitimidad de su título que haya tenido al tiempo de recibir el pago cuya repetición se demanda (arg. art. 788). La mala fe sobreviniente no altera la obligación del deudor: sólo la mora es el hecho apto para generar la obligación complementaria de los intereses.

2018. PRIVILEGIO DE LOS INCAPACES.— Cuando la nulidad proviene de la incapacidad de alguna de las partes intervinientes en el acto, el incapaz no queda obligado a restituir las prestaciones recibidas cuyo valor no subsista en su patrimonio. Así resulta de lo dispuesto en el art. 1165: “*Declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado, o el reembolso de lo que hubiere pagado, o gastado, salvo si probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz*”.

Esta disposición constituye una notable excepción al régimen estudiado en los números precedentes. Según ella, el incapaz debe restituir las cosas recibidas en virtud del acto nulo, sólo cuando ellas subsistan en su patrimonio al tiempo de la iniciación de la respectiva demanda. Si las cosas han sido enajenadas, el incapaz adeuda su valor *hasta la concurrencia* del beneficio obtenido, el cual habrá de computarse a la misma época. Cuando el beneficio se perdiese por caso fortuito o fuerza mayor, su importe queda fijado en ese momento. Si el incapaz dejase de serlo, la computación del beneficio subsistente se hará al tiempo de la cesación de la incapacidad ⁹⁶.

2019. FUNDAMENTO DE ESTE PRIVILEGIO.— Con la concesión de este derecho excepcional que la ley confiere a los incapaces, se ha querido evitar que la sanción de nulidad provoque el empobrecimiento de aquéllos. Sin este *jus singulare* los incapaces se verían, por lo general, impedidos de demandar la nulidad, pues es dable presumir que ellos, ya por su insanidad (dementes declarados) o por su inmadurez mental (menores), han de haber disipado lo recibido. Por consiguiente, si se les exigiese la restitución de los valores dilapidados, ello habría significado negarles indirectamente el ejercicio de la acción de nulidad.

Por esta razón en todas las legislaciones se exime al incapaz de la devolución de lo que no subsista en su patrimonio ⁹⁷.

⁹⁶ Para mayores consideraciones, véase nuestra obra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, § 27, ps. 50 a 56. Comp. Cám. Com., “L.L.”, t. 108, p. 739.

⁹⁷ Código italiano, art. 1443; venezolano, art. 1349; peruano, art. 1130; japonés, art. 121; brasileño, art. 158; alemán, art. 142, etc. etc.

2020. EXTREMOS DE LA APLICABILIDAD DEL PRIVILEGIO.— De la disposición legal surgen los extremos que condicionan su aplicabilidad. Ellos son los siguientes:

1º) El privilegio sólo funciona a favor de los incapaces de hecho, y de ningún modo ampara a los incapaces de derecho ⁹⁸.

2º) La nulidad debe provenir de la incapacidad, no siendo suficiente que el incapaz se vea afectado por ella. Así cuando la nulidad articulada deriva de la omisión de la forma adecuada (supuesto del art. 1044, cláusula 3ª), el incapaz se encuentra sujeto a las restituciones ordinarias.

3º) El incapaz debe haber contratado con una persona capaz, no pudiendo invocar el privilegio frente a otro incapaz ⁹⁹.

2021. PRUEBA.— El privilegio de los incapaces funciona automáticamente. Es a la parte capaz a quien le toca probar que la cosa entregada subsiste en el patrimonio del incapaz, o que ella ha redundado en su provecho “manifiesto”. Con esta calificación la ley se pronuncia a favor del incapaz, exigiendo que el beneficio de éste sea indudable.

2022. B) SITUACIÓN DE LOS TERCEROS.— En el sistema de Vélez la sanción de nulidad repercutía sobre los derechos constituidos a favor de terceros, independientemente de la buena o mala fe, de éstos ^{99 bis}. No había ningún texto legal que así lo expresara, puesto que el art. 1051 se refiere a los anulables y no a los actos nulos (véase *infra*, nº 2034). Pero tampoco era necesario texto alguno para admitir ese aserto.

En efecto, pesando sobre el acto nulo una sanción de invalidez que es independiente de la sentencia respectiva, los derechos constituidos por su intermedio quedan en cabeza del titular precedente. Es que, según se ha visto (*supra*, nº 1970), el acto nulo, por serlo carece de energía jurídica traslativa.

De aquí se sigue que el adquirente de un derecho por un título nulo carece de tal derecho, que sigue perteneciendo al titular precedente. Por ende, el seudo adquirente no puede transmitir el derecho a favor de un tercero,

⁹⁸ Conf. Borda, G. A., II, nº 1274, p. 376; Llerena, B., p. 240, art. 1165, nº 1; Machado, J. O., t. III, p. 469, nota al art. 1165.

⁹⁹ Véase nuestra obra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, ps. 51 a 53; conf. Borda, G. A., t. II, nº 1275, a. Comp. Segovia, t. I, p. 336, art. 1166, nota 47, “in fine”; Machado, t. III, p. 470, art. 1165.

^{99 bis} Conf. Cameiro, J. J., su trabajo citado en “E.D.”, t. II, p. 662, nº 21.

desde que “nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso” (art. 3270).

Bajo esta enfoque la buena fe del tercero no constituía, en el régimen del Código de Vélez un factor computable. Pues lo cierto es que toda transmisión debe efectuarse por un medio apto para lograr ese efecto, y el acto nulo cuya invalidez estaba sellada por la ley desde su mismo origen, carecía de virtualidad suficiente para operar la transmisión, contrariamente a lo que ocurría con los actos anulables (véase *infra*, n° 2037).

2022 bis. LA LEY 17.711 Y LOS TERCEROS ADQUIRENTES DE DERECHOS DERIVADOS DE UN TÍTULO NULO.— La doctrina que explicamos en el n° 2022, y que condensaba la diferencia entre los derechos que exhibieran los terceros según que ellos derivaren de un título nulo o anulable, ha quedado desbaratada por la innovación que la ley 17.711 ha introducido en el art. 1051. Este precepto ha quedado ahora así: “*Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable*”.

Es una importante reforma que resguarda definitivamente los derechos derivados del acto inválido, a favor de terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, los cuales no habrán de verse perjudicados por la repercusión de la declaración de nulidad, o pronunciamiento de anulación, del acto que constituye el antecedente de su título. El art. 3270, no alterado por la reforma, no juega para ellos.

En la interpretación del derecho hasta ahora vigente, sostuvimos en nuestra obra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, publicada en el año 1953, y luego en las ediciones 1ª a 3ª de esta obra, que los derechos de los terceros de buena fe y a título oneroso, se encontraban en muy distinta situación ante la posible declaración de nulidad o pronunciamiento de la anulación del acto, antecedente de tales derechos.

Pensábamos que la diferente sustancia de los actos nulos o anulables ^{99 bis 1} se proyecta en la formación de dos ambientes o medios sociales

^{99 bis 1} Los actos *nulos* adolecen de una falla patente o manifiesta en virtud de la cual la ley los invalida *per se*: “*actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada*” (art. 1038). Es una falla constante, rígida, insusceptible de más o de menos, que existe en igual medida en los actos de la misma especie: porque tiene esas características puede la ley por sí misma y sin la cooperación de otro resorte aniquilar el acto vedado y sus consecuencias.

Los actos *anulables* adolecen de fallas no manifiestas sino larvadas, que son fluidas, suscep-

de consistencia distinta, que la sanción de invalidez ha de contemplar en su intento de ejercer un predominio aniquilatorio. Después de las sagaces investigaciones de Japiot, el jurista no puede desdeñar las sugerencias provenientes de esa trama constituida por el acto realizado y los hechos materiales obrados en su consecuencia, cuando encara los efectos del régimen de las nulidades, respecto de los terceros. Por esencial que sea la consideración del fin de la regla que sanciona la ineficacia de un acto, dice Japiot, “no debe ser la única a tomarse en cuenta: nosotros nos guardaremos de aislar este fin de los hechos prácticos que es necesario atravesar de algún modo para alcanzarlo” ^{99 bis 2}.

Esta diversa contextura del medio social suscitado por los actos nulos o anulables, insinúa desde ya, el tratamiento desigual de las consecuencias de unos y otros, respecto de los terceros. El acto nulo nace con una falla que la ley misma ha definido categóricamente como tal, lo que lo hace inepto para desplazar los derechos a que se refiere, el “tradens” y el “accipiens”, y de éste a los terceros, puesto que nada había que se pudiese transmitir. En efecto, los derechos sobre que versa el acto nulo, desde que un impedimento erigido inmediatamente por la ley, obsta a la validez de la transmisión, quedan subsistiendo en cabeza del “tradens”. Las obligaciones constituidas por el mismo acto no constriñen al deudor ni favorecen al acreedor o sus sucesores, universales o particulares, salvo la bonificación de las situaciones irregulares que, por el transcurso del tiempo, pueda aportar la prescripción. El vínculo obligatorio, en fin, no liga a las partes, pudiendo hasta pensarse que todo ello, presumiblemente, no podía escapar al conocimiento de los terceros, por el carácter manifiesto de la falla de que adolecía el acto nulo, origen de su título.

Todo ello conducía a concluir que los terceros no podían pretender eximirse del efecto aniquilatorio de sus derechos que tenía la verificación de la nulidad (acto nulo) del acto antecedente de su título.

tibles de grado, variables en los actos de la misma especie, y están compenetradas con las circunstancias concretas del acto. Por esas características la ley es impotente para determinar la aniquilación de tales actos: no puede sino señalar una directiva, establecer un principio de sanción, una sanción incipiente que será desenvuelta, definida y regulada por el juez, en función de su criterio para apreciar las circunstancias del caso. Es una nulidad intrínsecamente dependiente de la estimación judicial. De aquí que mientras la sentencia que verifica la nulidad de un acto nulo es *declarativa* de algo que ya era, y sobre lo cual nada quita ni pone, la sentencia de anulación es *constitutiva* de una invalidez hasta ese momento ignorada y que aniquila al acto antes anulable y ahora anulado, es decir “tenido por nulo desde la sentencia que lo anuló” (conf. art. 1046 no alterado por la reciente reforma; Morello, A. M., su anotación al *Tratado de Derecho Civil* de De Gásperi, t. I, p. 78, nota 20-a).

^{99 bis 2} Japiot, René, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, p. 168.

Por el contrario, el acto anulable daba lugar a una situación jurídica radicalmente diferente. Desde que la ley no lo irrita, ese acto vive una existencia innegable hasta el pronunciamiento de la sentencia que lo destruye. Los derechos transmitidos, en principio, se transmiten; las obligaciones pesan sobre el deudor y entran al patrimonio del acreedor; el vínculo obligatorio liga a las partes, en tanto no lo resuelva la sentencia que anule el acto originario ^{99 bis 3}. De aquí que los derechos transmitidos a terceros de buena fe sobre la base de un acto anulable, aún no anulado, sean perfectamente válidos y eficaces, pues arraigan en un acto que debía tenerse por válido al tiempo de la constitución de aquéllos derechos. La legitimidad de un derecho debe apreciarse en el momento de su constitución, sin que quepa admitir que algún hecho sobreviniente —anulación ulterior del título antecedente—, ajeno a esa misma constitución, pueda derribarlo. Es la postura que justifica a una bastante nutrida jurisprudencia que exime a los terceros adquirentes a título oneroso, de buena fe, de las repercusiones de la ulterior anulación del acto en que se sustenta su derecho ^{99 bis 4}.

Toda esa delicada discriminación que podía conciliarse no sin dificultades, algunas muy espinosas, con el resto del articulado del Código ^{99 bis 5}, queda desbaratada por el nuevo art. 1051 que ahora en franca pugna con muchas disposiciones que subsisten sin modificar consolida los derechos de los terceros de buena fe adquirentes a título oneroso, sin preocuparse por la ausencia de aptitud traslativa de la seudoadquisición efectuada por ellos. La sola buena fe no basta en el derecho; no es un “desideratum” que permita suplir todo otro recaudo, ni hacer nacer un derecho ahí donde nada había. De ahí, que aparezca como excesivo de parte del legislador, consolidar a mérito de la sola buena fe del “accipiens” un derecho que éste por la falla esencial del título nulo, nunca había llegado a adquirir. El principio ahora adoptado suscitará verdaderos conflictos frente a otros numerosos preceptos no modificados del código. Por tanto, hubiera sido más prudente que

^{99 bis 3} Conf. Lafaille, H., *Apuntes de Derecho Civil*, 1er. Curso, tomados por Busso y Morixe, t. II, p. 245; De Gásperi-Morello, *Tratado de Derecho Civil*, Bs. As., 1964, t. I, n° 422, p. 614.

^{99 bis 4} Sup. Trib. Santa Fe, “J.A.”, 1946-II, p. 524; Cám. Civ. 2ª Cap., “J.A.”, 1945-III, p. 932 y 1945-II, p. 659; Cám. Civ. 1ª Cap., “L.L.”, t. 25, p. 822; Cám. Apel. Rosario en pleno, “J.A.”, 1943-I, p. 771; Sup. Corte Bs. As., “J.A.”, 1962-III, p. 461 o “E.D.”, t. II, p. 657, con muy valiosa nota del doctor J. J. Carneiro.

^{99 bis 5} Esa conciliación la hemos expuesto detalladamente en nuestra obra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, edición Arayú, año 1953, desde el n° 62 hasta el final, ps. 107 a 192.

Comp. Alsina Atienza, A., “Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos”, en “J.A.”, 1950-II, secc. doct., ps. 3 y ss.

hasta tanto se sancionara un nuevo y coordinado articulado de todas las disposiciones afectadas, la ley 17.711 se hubiese limitado a consolidar por vía legal la interpretación del sistema de las nulidades que hemos defendido desde la cátedra o el libro, durante veinte años. Para ello, habría bastado consignar la salvedad agregada al art. 1051, pero con la supresión de la frase final “sea el acto nulo o anulable”. Pues con tal eliminación sólo habrían resultado consolidados los derechos de los terceros derivados de actos anulables, que son los únicos con “título” a su favor, según se ha visto, y no los derechos provenientes de actos nulos que por esta misma calidad carecen de todo cimiento en qué apoyarse. No ha de olvidarse que los actos nulos se reputan tales “aunque su nulidad no haya sido juzgada” (art. 1038 “in fine”), y por consiguiente nada tienen los aparentes adquirentes de semejantes derechos inexistentes.

De cualquier modo la distinción de los actos nulos o anulables todavía conserva cierto *interés práctico* pese a la equiparación teórica dispuesta por el nuevo art. 1051. En efecto, para excluir la buena fe del tercero, le bastará a su adversario demostrar que el pretendido derecho de ese tercero proviene de un acto nulo, que por razón del vicio manifiesto de que adolece, no es en principio compatible con la persuasión de la legitimidad del derecho invocado, que es lo que define a la buena fe^{99 bis 6}. Por tanto, sólo los actos anulables originarán en la práctica la consolidación de derechos contemplada en el nuevo artículo 1051^{99 bis 7}.

^{99 bis 6} Arg. art. 2356 no modificado por la ley 17.711.

^{99 bis 7} En la nota de los doctores José F. Bidau, Abel M. Fleitas y Roberto Martínez Ruiz, de remisión del proyecto de reformas al señor Secretario de Justicia, doctor Conrado J. Etchebarne (h.), encontramos un pasaje que, en cierto modo, corrobora la explicación que hemos dado en el texto. Allí se lee que “uno de los aspectos importantes de la reforma proyectada, es la protección de los terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso, frente a los vicios no manifiestos que pudieran tener los antecedentes de tales relaciones”. Como los vicios manifiestos que exhiben los actos nulos propiamente dichos, no dan lugar a esa protección, pudo suprimirse, en consonancia con la idea del pasaje transcrito, la frase final del nuevo art. 1051 que dice: “sea el acto nulo o anulable”.

Debemos hacer notar que en el sistema de nulidades del Anteproyecto de 1954, que estaba naturalmente coordinado con el conjunto del articulado, alguna influencia ejercía la buena fe del tercero, aun tratándose de actos nulos, propiamente dichos. En efecto, en esa hipótesis, correspondía al tercero probar su buena fe, es decir acreditar que por alguna circunstancia especial y pese a provenir su adquisición de un acto nulo, él estaba convencido sin culpa suya de la legitimidad del derecho que se le había transmitido. En cambio, tratándose de actos anulables, la inercia favorecía a los terceros: el que intentaba la anulación debía probar la mala fe del tercero, cuyo comportamiento habría sido, entonces, el de un cómplice para perjudicar al demandante de la anulación.

Los textos en juego del Anteproyecto de 1954 eran los siguientes:

Art. 204: “Los actos serán nulos cuando su invalidez estuviese determinada específicamente por la ley.

II.— ACTOS ANULABLES

2023. DISTINCIÓN.— Examinado el funcionamiento de la sanción de nulidad respecto de los actos *nulos*, pasamos a ocuparnos ahora de los actos *anulables*. Distinguiremos, como en el caso anterior, la situación de las partes del acto y de los terceros que hubiesen derivado derechos fundados en algún acto anulable.

2023 bis. A) SITUACIÓN DE LAS PARTES DEL ACTO.— También con relación a los *actos anulables* es menester distinguir, según que el acto haya sido ejecutado, siquiera parcialmente, o no.

2023 ter. I) ACTO NO EJECUTADO. EXCEPCIÓN DE NULIDAD.— Cuando el acto todavía no ha sido ejecutado y una de las partes pretenda hacerlo valer, la otra puede en todo tiempo oponer a la demanda la excepción de nulidad, lo que dará lugar, luego de probado el vicio del acto, a la sentencia de anulación que convertirá al acto anulable en acto nulo (conf. art. 1046).

Esta excepción no es procedente en el trámite del juicio ejecutivo porque esta causa de invalidez larvada u oculta no afecta a las formas extrínsecas del título que se ejecuta (conf. art. 544, inc. 4º, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434).

2024. II) ACTO EJECUTADO.— No obstante la transitoria validez del acto anulable, la sentencia de anulación lo reduce a la condición de “nulo” a partir de la fecha en que dicha sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada. Es lo que dice el art. 1046, para el cual actos tales “*sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase*”.

Esta fuerza destructiva de la sentencia de anulación está corroborada por el art. 1050: “*La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado*”.

Con ello el codificador señala el efecto retroactivo de la sentencia de anulación respecto de las partes del acto anulado. Desvanecido por obra de

No producirán efecto aunque su nulidad no hubiera sido judicialmente declarada, pero la verificación de la nulidad no afectará los derechos adquiridos a título oneroso, por terceros que acreditaran su buena fe”.

Art. 205: “Los actos serán anulables cuando la invalidez requiera para su determinación el pronunciamiento judicial.

”Se reputarán válidos hasta tanto no fueren anulados, y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.

”Los terceros adquirentes a título gratuito, o de mala fe, no podrán oponer los derechos sustentados en el acto anulable, a la sentencia de anulación dictada en juicio en el que hubiesen sido parte, o tenidos por tal”.

la sentencia el título constituido mediante el acto anulable, el derecho respectivo queda desprovisto de causa legítima, lo cual explica la restitución de las partes al *statu-quo-ante*, que dispone el precepto citado. En tales condiciones, la retroactividad de la sentencia debía ser un imperativo ineludible, puesto que, como dice Llerena, “si se trata de una obligación que se anula después de haber sido pagada, este pago queda como hecho sin causa, y el que lo hizo puede repetir lo pagado” ¹⁰⁰.

Del principio sentado por el art. 1050 surgen diversas consecuencias a las que se refiere el codificador en los artículos 1052 y ss.

2025. RESTITUCIONES.— Desde que la sentencia de anulación aniquila el título en virtud del cual se han recibido las prestaciones efectuadas por las partes del acto anulable, éstas quedan sujetas a la obligación de restituir lo recibido. Es lo que expresa el art. 1052, en estos términos: “*La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado*”.

Debe entenderse que la obligación de restituir cesa cuando el *accipiens* puede invocar, para retener la prestación recibida, un título independiente del acto anulable y que, por ende, no resulta afectado por la anulación de dicho acto. Así la sentencia de anulación no quitará al poseedor su carácter de tal, y éste, por consiguiente, sobre la base de su posesión, podrá negarse a restituir la cosa a la otra parte, si ésta careciera también de título sobre la cosa, pues *in pari causa melior est conditio possidentis* (conf. art. 2792) ¹⁰¹.

2026. COSAS CONSUMIBLES.— Haciendo excepción a la obligación general de restituir, dispone el art. 1055 que “*si la obligación tiene por objeto cosas fungibles no habrá lugar a la restitución de las que hubiesen sido consumidas de buena fe*”. Esta norma reitera lo dispuesto en el art. 738, segunda parte, referente a la repetición del pago de cosas consumibles. Erróneamente, el codificador alude aquí a las cosas fungibles, cuando debió mencionar las consumibles.

2026 bis. FRUTOS.— Acerca de la restitución de los frutos producidos por las cosas recibidas en virtud del acto luego anulado, el Código Civil contiene las disposiciones de los arts. 1053 y 1054, que no es fácil conciliar con el régimen de la apropiación de los frutos estatuido por los arts. 2422 y ss.

El codificador ha previsto en esta parte las siguientes hipótesis: a) contrato bilateral cuyas obligaciones correlativas tienen por objeto presta-

¹⁰⁰ Llerena, B., *op. cit.*, t. IV, p. 110, art. 1050.

¹⁰¹ Conf. Moyano, J. A., *Las restituciones del art. 1052...*, “J.A.”, t. 43, p. 297, n° 16.

ciones fructíferas (art. 1053); b) contrato bilateral con una sola obligación fructífera (art. 1054). No se ha determinado el régimen de los contratos unilaterales relativos a bienes fructíferos.

Nos referiremos separadamente a cada uno de los supuestos expresados.

2027. a) CONTRATOS BILATERALES CON AMBAS OBLIGACIONES FRUCTÍFERAS.— A este respecto dice el art. 1053: *“Si el acto fuese bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero, o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí”*.

No cabe duda de que esta disposición se aplica no a los actos bilaterales sino a los contratos de esa clase (véase *supra*, n° 1444), por lo que corresponde hacer la rectificación conceptual del caso.

2027 bis.— Se ha discutido en doctrina si para que se opere la compensación de los frutos se requiere que ambas partes sean de buena fe. Así lo entiende Llerena. Por su parte, Segovia, Moyano y Borda opinan que la compensación procede también cuando ambos intervinientes son de mala fe. En cambio, Salvat, Etcheverry Boneo y Neppi estiman que la compensación es siempre procedente, independientemente de la buena o mala fe de alguna de las partes ¹⁰².

Por nuestra parte, sostenemos que la compensación de los frutos está supeditada a la *buena fe de ambas partes*, pues de otra manera la solución no tiene justificación racional.

2028. b) CONTRATOS BILATERALES CON UNA SOLA PRESTACIÓN FRUCTÍFERA.— Según el art. 1054, *“si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno solo de ellos consiste en una suma de dinero, o en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada, o fue entregada la cosa productiva de frutos”*.

Aquí la solución es terminante. Si con relación al artículo precedente podía estimarse que la buena fe estaba implícitamente entendida por la ley, ya que ella se presume hasta la prueba en contrario (conf. arg. art. 2362), en el presente caso el argumento no juega pues es inexplicable que al poseedor de buena fe se lo trate con el rigor que la ley reserva para el de mala fe (conf.

¹⁰² Véase la síntesis de este debate en nuestra obra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, § 54, ps. 94 y ss.

art. 788) y se lo obligue a restituir la cosa con los frutos percibidos, contra-riamente a lo dispuesto en los arts. 2422 y siguientes. Moyano ha mostrado con apropiados ejemplos lo injusto de esta solución, que ha sido abandonada por los proyectos de reforma.

2029. *c) CONTRATOS UNILATERALES.*— Esta tercera hipótesis no ha sido contemplada por el codificador. Por tanto, a falta de una disposición expresa, ella debe resolverse por la aplicación del régimen sobre los efectos de la posesión (arts. 2423 y ss.) concordante con las reglas referentes al pago indebido (arts. 786 y 788).

En consecuencia, el poseedor de buena fe podrá apropiarse definitivamente de todos los frutos percibidos mientras perdure ese carácter de su posesión. En cambio deberá restituir el poseedor de mala fe, no sólo los frutos percibidos, sino también los dejados de percibir por culpa suya (conf. art. 2438).

2030. *PRODUCTOS.*— Tampoco ha incluido el codificador reglas destinadas a regir la suerte de los productos obtenidos por el poseedor de la cosa durante el lapso transcurrido hasta la anulación del título en que reposa su posesión. Resulta aplicable al caso el art. 2444, que obliga al poseedor, aun de buena fe, a restituir los productos obtenidos “*que no entran en la clase de frutos propiamente dichos*”.

Según esto, hay algunos productos de la cosa que se asimilan a los frutos y se sujetan al régimen de éstos. Ellos son, en la opinión de Salvat, los destinados a ser utilizados por la persona que tiene el goce de la cosa; por ejemplo, los productos extraídos de minas y canteras de toda clase que estaban en explotación al tiempo de la entrada en posesión del poseedor de buena fe (arg. art. 2866) ¹⁰³.

Para nosotros, la extracción de productos que puede favorecer al poseedor de buena fe es aquella que corresponde a un uso y goce ordinario de la cosa, pero aun el poseedor de buena fe será responsable de la restitución de los productos extraídos mediante un uso y goce excepcional de la cosa que amengüe su productividad futura (arg. arts. 2866, 2873 y, especialmente, 2878 y 2879).

2031. *GASTOS Y MEJORAS.*— La ausencia de disposiciones expresas sobre este punto facilita la aplicación de los principios generales.

Consiguientemente, la parte obligada a la restitución de la cosa, después de la anulación de su título sobre ella, será acreedora, si fuese poseedora de buena fe, por el importe de los gastos necesarios y útiles efectuados en la misma (conf. art. 2427), pero no por los gastos hechos para la simple conservación de la cosa en buen estado (art. 2430).

¹⁰³ Salvat, R. M., *Derechos reales*, t. I, n° 335, p. 180.

Siendo de mala fe, sus derechos son aún mayores, porque no aprovecha de los frutos de la cosa. De ahí que resulte acreedora por el importe no sólo de los gastos necesarios y útiles, sino hasta de los efectuados para la mera conservación de la cosa en buen estado (arts. 2440 y 2441, y arg. *a contrario* del art. 2430, citado).

2032. INAPLICABILIDAD DEL PRIVILEGIO DE LOS INCAPACES EN EL RÉGIMEN DE LA ANULABILIDAD.— Según se ha visto (*supra*, n° 2018), los incapaces de hecho están exentos de la obligación de restituir los bienes recibidos, o sus valores, que no subsistan en su patrimonio al tiempo de la demanda de nulidad. Pero este privilegio está condicionado a que la causa de la nulidad del acto sea la misma incapacidad del agente.

En el régimen de la anulabilidad ese privilegio no funciona. Tratándose de actos anulables, y no nulos, su invalidez no deriva en ningún caso de la incapacidad de hecho del agente, aun cuando haya actuado algún incapaz de esa índole. Demandado éste por anulación del acto cumplido, el caso se regirá por las disposiciones examinadas en los números anteriores, sin que él pueda invocar su propia incapacidad para liberarse de la restitución de lo que hubiese dilapidado ^{103 bis}.

2033. B) SITUACIÓN DE LOS TERCEROS.— Después de haber estudiado las consecuencias que la sentencia de anulación produce respecto de las partes del acto anulable, corresponde ahora examinar la repercusión de dicha sentencia sobre los derechos transmitidos a favor de terceros y que se *fundan* en aquel acto. Es menester considerar las dos hipótesis posibles, esto es, que la anulación del acto antecedente ocurra *antes o después* de la adquisición efectuada por el tercero.

2034. I) ANULACIÓN ANTERIOR A LA ADQUISICIÓN DEL TERCERO.— Cuando la anulación del acto antecedente ha tenido lugar *antes* que la adquisición del tercero, era bien claro en el sistema del Código de Vélez que cualquiera fuere la apariencia regular de la situación, no era posible sostener la eficacia de la transferencia. Reducido el acto anulable desde el momento de su anulación a la inoperancia jurídica del acto nulo (arg. art. 1046), después del pronunciamiento judicial nada quedaba al *tradens* de que pudiera disponer a favor del tercero. La transmisión efectuada en tal supuesto, carecía de todo cimiento en que apoyarse.

Esta inteligencia debía asignarse al art. 1051, según el cual *todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anula-*

^{103 bis} Comp. Spota, A. G., *op cit.*, n° 1969, p. 827, nota 526; Carneiro, J. J., *op. cit.*, "E.D.", t. II, p. 663, n° 26.

do, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual.

Adviértase que la disposición transcrita sólo contemplaba las transmisiones de derechos efectuadas con posterioridad a la anulación del título en que el *tradens* se fundara ya que se refería a las transferencias realizadas por quien hubiese obtenido la propiedad del inmueble en virtud de un título ya anulado (arg. “persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado”), no necesitándose aclarar que los actos anulados son los anulables *a partir* de su anulación ¹⁰⁴.

2034 bis. INNOVACIÓN DE LA LEY 17.711.— Luego de la sanción de la ley 17.711, y la consiguiente reforma introducida en el art. 1051 del Código Civil, ya no interesa la fecha de la adquisición efectuada por el tercero, ni que ésta sea anterior o posterior a la anulación del acto antecedente de ese derecho. Basta con que el derecho sea adquirido a título oneroso y que el tercero sea de buena fe, vale decir, ignorante del vicio que infectaba su título.

2035. II) ANULACIÓN DEL ACTO ANTECEDENTE POSTERIOR A LA ADQUISICIÓN EFECTUADA POR EL TERCERO.— Ésta es la hipótesis que había dado lugar a los más extensos desarrollos teóricos. Se trataba de saber si los derechos adquiridos por terceros fundados en el acto anulable podían quedar desvanecidos por la ulterior sentencia de anulación. Al respecto se habían emitido dos teorías antagónicas, la clásica y la moderna.

Para la primera de ellas profesada por Salvat, Lafaille, Etcheverry Boneo, Moyano, Alsina Atienza y Neppi, la sentencia de anulación operaba retroactivamente tanto respecto de las partes del acto anulable cuanto de los terceros que habían derivado derechos fundados en dicho acto.

Para la teoría moderna sostenida por Fornieles, Borda, Carneiro, Bustamante y por nosotros, que dedicáramos a su fundamentación un trabajo especial, la sentencia de anulación no operaba retroactivamente sino en las relaciones de las partes.

Indicaremos sucintamente la argumentación en que se basó esta postura remitiéndonos a los desarrollos que hemos expuesto en nuestra ya citada obra *“Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos”*.

2036.— Por lo pronto, cabía hacer notar que el art. 1046 determina el régimen propio de los actos anulables, en los siguientes términos: *“Los actos anula-*

¹⁰⁴ Para una fundamentación completa de esta interpretación nos remitimos a nuestra obra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, § 61, ps. 103 y ss. Conf. con lo expuesto, Carneiro, J. J., *op. cit.*, “E.D.”, t. II, p. 663, n° 28.

bles se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase”.

La disposición transcrita se opone al art. 1038, el cual indica el régimen peculiar de los actos nulos. En tanto que éstos se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada, los actos anulables se reputan válidos, y sólo se asimilan a los nulos a partir de la sentencia de anulación.

Pero éste es un principio sujeto a las rectificaciones parciales que el propio Código dispone. Así el art. 1050, en lo concerniente a las partes del acto anulable, determina el funcionamiento retroactivo de la sentencia de anulación. En todo lo demás, el art. 1046 no ha sido modificado, por lo que debía admitirse que la sentencia de anulación no desvanecía los derechos constituidos a favor de terceros con anterioridad a la anulación. Si, hipotéticamente, se aceptase la posibilidad de arrebatar a los terceros derechos fundados en un acto anulable, aún no anulado, se estaría quebrantando el art. 1046, que es el precepto básico acerca de este asunto, ya que con ello se tendría el acto anulable por nulo antes de la sentencia de anulación.

2037.— Por otra parte, para apreciar la validez de cualquier derecho es menester ubicarse en el momento de su constitución, no pudiendo admitirse que un derecho regular y perfectamente constituido, es decir, válido, pueda degenerar por circunstancias ajenas al mismo acto de constitución. Hasta el pronunciamiento judicial de su invalidez, el acto anulable vive una etapa de positiva eficacia, por lo que el titular de los bienes habidos por ese medio ha podido durante ese período transmitirlos a terceros válidamente. En esa transferencia concurre el requisito esencial referente al título del *tradens*, el cual es verdadero propietario de su derecho al tiempo de transmitirlo. Acerca de este punto no puede haber duda alguna, puesto que el título proviene no de un acto nulo, sino sólo anulable, y por tanto idéneo por sí mismo para traspasar el derecho del anterior al nuevo titular.

Toda la clave del asunto, según nos parecía, reside en esta consideración: la *idoneidad objetiva* del acto anulable para transmitir los derechos respectivos, idoneidad de que carece el acto nulo.

2038.— Esta comprensión del régimen argentino de la anulabilidad concilia la ley con la misma vida, cuyas exigencias de justicia y equidad ha recogido una ya bien definida jurisprudencia.

Si pudiera arrebatarle al tercero el derecho adquirido en la confianza de la regularidad de un título, que la ley también estimaba regular y sano, habría que imputarle “felonía” a la misma ley, conforme a la aguda expresión de Fernando Bustamante. Nadie está obligado a lo imposible —*ad impossibilia nemo tenetur*—, por lo que si alguien, llevado por esa correcta apariencia, de la que no es una víctima singular, “desde que es la sociedad misma, y la ley en su nombre, quien comienza por creer y juzgar como él”¹⁰⁵, confía en la bondad del derecho que se le transmite,

¹⁰⁵ Bustamante, F., *El título anulable y el sucesor singular de buena fe*, “Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho”, Bs. As., 1936, p. 69.

su creencia no puede ser burlada, so pena de minar el cimiento de confianza y seguridad en que el orden jurídico se asienta.

Por esta razón, aun los autores que, como Bibiloni, Salvat y Lafaille, interpretaban que el Código no había salvado los derechos de los terceros de la retroactividad de la sentencia de anulación, estimaban que ese régimen es enteramente inconveniente, llegando a decir Bibiloni que el art. 1051, al que acordaba ese alcance, “es la primera disposición que debe reformarse” ¹⁰⁶.

2039.— El análisis de la *diversa contextura del medio social* originado por los actos nulos y anulables permitía descubrir otro motivo que obligaba a detener los efectos aniquilatorios de la sentencia de anulación frente a los derechos de los terceros anteriormente constituidos.

Si los actos nulos, por estar sellados en su suerte por la sanción de nulidad de tipo rígido y definido (véase *supra*, n° 1965), daban lugar a una situación de hecho inconfundible en cuanto a su invalidez, los actos anulables proyectan su estado *in fieri* sobre las consecuencias materiales que engendran. La suerte de éstas no está predeterminada, y sólo quedará fijada por la sentencia que establezca la ineficacia del acto jurídico antecedente. De ahí que sea justo que el pronunciamiento judicial de esa invalidez perjudique a quienes, por haberlo efectuado, estaban en el secreto de la falla del acto, y no obstante ello se confabularon para darle ejecución contra el designio del legislador impreso en la sanción de invalidez del acto anulable. Pero resultaría inicuo que el castigo recayese sobre los inocentes terceros que han sido ajenos al entuerto, y que saldrían siendo sus víctimas. Es cierto que el acto antecedente de sus derechos adolecía de un vicio originario, pero adviértase que el vicio llevaba una existencia no patente o manifiesta, sino larvada, oculta a los ojos de la sociedad, que ha atribuido al acto la eficacia de un acto perfecto hasta que el pronunciamiento judicial ha definido y manifestado la causa de invalidez.

Esto explica por qué la sentencia puede retro-obrar respecto de las partes del acto, y en cambio debe respetar las situaciones legítimamente adquiridas por los terceros de buena fe.

2040.— Contra la comprensión acerca del funcionamiento de la anulabilidad que defendemos se argumentó con el sentido divergente de las fuentes seguidas por el codificador, y con la incompatibilidad de aquella doctrina con lo dispuesto en artículos tales como los 3270, 3277, 1487, etc.

2041.— El argumento proveniente de las fuentes es confuso y ambiguo. Tratándose de terceros, la retroactividad de la nulidad, sostenida por Aubry y Rau, principales inspiradores del antiguo art. 1051, se ve refutada por la irretroactividad

¹⁰⁶ Bibiloni, J. A., *Anteproyecto de reforma al Código Civil Argentino*, Bs. As., 1929, t. I, p. 200, nota al art. 17.

proveniente de Freitas, inequívocamente afirmada por el art. 1046. El intérprete debe conciliar esa disputa de los textos, y al hacerlo no puede permanecer indiferente ante los resultados valiosos o perniciosos que pueda lograr. Nuestra teoría realiza la “conciliación sistemática” de las disposiciones aparentemente antagónicas, a las que atribuye una comprensión que deja un margen de vigencia para cada una de ellas, y además arriba a los resultados más saludables para el buen orden social.

2042.— Tampoco es exacto que la teoría moderna de la anulabilidad esté reñida con el sistema general del Código. Frente a textos impresionantes como los arts. 3270 y 3277, juegan otros “que corrigen en gran medida los anteriores, o los anulan con disposiciones contrarias. Se obtiene así un conjunto borroso, del que se pueden extraer las conclusiones más dispares”¹⁰⁷. Así, contrarían la línea del art. 3270, y sus numerosos concordantes, los arts. 124, 732, 960, 968, 970, 1967, 2130, 2310, 2777, 2778, 3235 y 3430, como apuntan Fornieles y Bustamante, y en este grupo procede incluir al art. 1046 si no se lo quiere ver convertido en letra muerta, abrogado por la incidencia de principios nutridos de una lógica impecable, pero escasos, en su generalidad, de verdadera sabiduría jurídica.

Refiriéndose a esa doble tendencia existente en el Código, la que se pliega al *nemo plus juris ad allium transferre potest quam ipse haberet*, y la que se desvía de esa regla para satisfacer exigencias perentorias de la vida de relación, ha dicho Fornieles: “Hay, pues, una contradicción interna, que ha hecho correr mucha tinta para ajustarla a un sistema único, lo que nunca se logrará. A veces unos artículos viven al lado de otros, cada uno en su esfera propia, sin enfrentarse, aunque respondiendo a concepciones distintas; otras, el choque es inevitable, y entonces hay que comprimir a unos por la presión de los otros si se quiere que todos conserven alguna parte de aplicación”¹⁰⁸. Es lo que ha ensayado el autor citado con el art. 1051 frente a los arts. 1046, 2777 y 2778.

2043.— Para que los derechos de los terceros puedan resistir el efecto aniquilatorio de la anulación del acto antecedente, ellos no deben estar corroidos por la *mala fe* del titular ni deben provenir de una adquisición *gratuita*.

2044.— La *mala fe* carece de fueros en el orden jurídico. Sin duda la sentencia de anulación es irretroactiva frente a los terceros, pero a condición de que éstos tengan algún derecho legítimo sobre el bien de que se trate. Ahora bien: los terceros de mala fe carecen de todo derecho en razón del vicio de su propio título, por

¹⁰⁷ Fornieles, S., *Reivindicación contra el adquirente de buena fe*, “J.A.”, 1943-IV, secc. doctr., p. 9.

¹⁰⁸ Fornieles, S., art. citado, p. 13.

lo que no tienen derecho legítimo alguno que pueda beneficiar de la irretroactividad normal de la sentencia de anulación ^{108 bis}.

2045.— En cuanto a los subadquirentes *gratuitos*, tampoco pueden ellos ampararse en la irretroactividad de la anulación frente a terceros. Como en muchas otras situaciones (fraude, arts. 967, 968 y 970; empleo útil, art. 2310 “in fine”; heredero aparente, art. 3430; posesión de cosa mueble, art. 2412; reivindicación de inmueble, art. 2778, segunda parte; reaparición del ausente, art. 32, ley 14.394; extinción de hipoteca, art. 3196; evicción y vicios redhibitorios, arts. 2089, 2145 y 2165), la “fragilidad” congénita del derecho cimentado en un título gratuito hace que en la pugna de intereses suscitada entre el titular de ese derecho y algún otro que pudiese experimentar un perjuicio positivo por la subsistencia de aquel “derecho débil”, deba estarse a favor de quien se opone a él.

En suma, ya por la fuerza innegable del principio de analogía, ya por una razón de equidad, que dulcifica y modera la rigidez de los principios legales, los cuales no han de entenderse nunca desviados de aquella noción superior, el adquirente gratuito de un bien cuyo título encubre una causa de anulabilidad, malgrado de eficacia del acto anulable (conf. art. 1046), no puede oponer su derecho “débil” al derecho “fuerte” del titular de la acción de nulidad, que podría hacerla valer sin traba alguna contra el donante ¹⁰⁹.

2045 bis.— Luego de la sanción de la ley 17.711, resulta categórico, por la reforma introducida en el art. 1051 (véase *supra*, n° 2022 bis), que la sentencia de anulación no afecta a los terceros adquirentes, a título oneroso y de buena fe.

2046. JURISPRUDENCIA.— La jurisprudencia ya con anterioridad a la reforma introducida en el art. 1051 por la ley 17.711, era francamente favorable a la irretroactividad de la sentencia de anulación frente a los derechos de los terceros fundados en el acto que se anulaba. Hasta el año 1934 la jurisprudencia era contradictoria, pues se habían dictado cinco sentencias inspiradas en el criterio que propiciamos, y cuatro conforme a la doctrina clásica de la nulidad. Pero a partir de entonces se plantearon nuevos casos, todos los cuales fueron resueltos en sentido favorable a los terceros adquirentes, pese a la opinión contraria de los maestros Salvat y Lafaille ^{109 bis}.

^{108 bis} Conf. Carneiro, J. J., *op. cit.*, “E.D.”, p. 664, n° 3.

¹⁰⁹ Para el desarrollo de los argumentos apuntados en el texto véase nuestra otra *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, §§ 79 y 80, ps. 162 a 172.

^{109 bis} Sup. Trib. Santa Fe, “J.A.”, 1945-II, p. 524; Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, 1945-III, p. 932; Cám. Civ. 2ª, “J.A.”, 1945-II, p. 659; Cám. Ap. Rosario en pleno, “J.A.”, 1943-I, p. 771; Cám. Civ. 1ª, “L.L.”, t. 25, p. 822; S.C.B.A., “E.D.”, t. II, p. 657, con nota de J. J. Carneiro.

Por ello cabía pensar que la posición tomada por la jurisprudencia sería definitiva ¹¹⁰. La ley 17.711 ha corroborado esa opinión.

III.— RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

2047. ES SANCIÓN INDEPENDIENTE.— Se suele mencionar el resarcimiento de los daños y perjuicios como una sanción complementaria de la nulidad. En realidad no hay tal.

Se trata de sanciones diferentes, que tienen finalidades distintas y que dan lugar a acciones judiciales, para ponerlas en movimiento, de régimen diverso.

Según el art. 1056, *“los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen, sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas”*.

Esto significa que independientemente de la sanción de nulidad que recae sobre un acto inválido, los damnificados que sufren perjuicios a causa de la celebración de ese acto, tiene acción para demandar la reparación del daño, con tal que concurran los extremos indispensables a fin de que resulte comprometida la responsabilidad del demandado. A este respecto no cabe duda que el acto inválido es un acto impedido por la ley y sancionado por ésta, con lo que se llena el requisito previsto en el art. 1066. Pero eso solo no es suficiente, requiriéndose para la viabilidad de una acción en responsabilidad que exista un daño causado por la realización del acto inválido, y que ese daño sea imputable al demandado en razón de su dolo o culpa (conf. art. 1067, *“in fine”*).

En suma, aunque eventualmente el mismo hecho (acto inválido) pueda dar lugar a ambas sanciones, la de nulidad y la resarcitoria de daños y perjuicios, ninguna vinculación existe entre éstas, ni entre las respectivas acciones.

2048. CARÁCTER SUSTITUTIVO O COMPLEMENTARIO DEL RESARCIMIENTO.— Con todo, la acción de daños y perjuicios provenientes de los actos inválidos puede presentar algunas modalidades interesantes.

Por lo pronto ella puede tener un carácter *sustitutivo* de la nulidad o bien *complementario* de ésta. Lo primero ocurre cuando el titular de la acción de nulidad prefiere dejar de lado esta sanción manteniendo la eficacia del acto inválido, v. gr.,

¹¹⁰ En nuestra obra recordada hemos comentado prolijamente los diversos casos jurisprudenciales resueltos hasta entonces, § 81, p. 172.

si alguien es víctima del dolo ajeno, pero en lugar de impugnar el acto celebrado con ese vicio prefiere dejarlo subsistente y demandar la reparación del daño sufrido. Para que esta opción sea posible, la nulidad debe ser meramente *relativa*, ya que estando la nulidad absoluta instituida en salvaguarda de un interés público, no puede estar en manos de los particulares la elección de imponer o no esa sanción.

La posibilidad de sustituir la sanción de nulidad por la reparación de los daños y perjuicios ha sido admitida por los tribunales ¹¹¹.

El carácter *complementario* de la sanción resarcitoria de daños e intereses aparece cuando ella se acumula a la acción de nulidad buscando reparar los perjuicios sufridos en virtud del otorgamiento del acto inválido, y que aun la verificación de la nulidad, con el aniquilamiento de los efectos producidos, deja en descubierto. Pero todavía en ese supuesto en que desempeña una función accesorio de la nulidad, la acción de daños y perjuicios conserva su régimen peculiar: no acompaña automáticamente la acción de nulidad, y sigue sujeta a los principios que gobiernan su procedencia, a saber: existencia de daño, imputabilidad de culpa o dolo al agente, etc.

2049. LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS COMO SUCEDÁNEO DE LA NULIDAD.— Fuera de las funciones mencionadas precedentemente, la acción resarcitoria puede revestir el carácter de sucedáneo de la nulidad cuando ésta es ilusoria. A diferencia del primer caso estudiado, acá no hay opción posible entre una y otra acción, como ocurriría, por ejemplo, si hemos sido forzados a vender un inmueble y antes de la articulación de la demanda de nulidad fundada en la violencia el adquirente lo transmite a su vez a un tercero de buena fe. En tal caso la sentencia de anulación no podrá oponerse al subadquirente de buena fe, de modo que, perdido definitivamente el inmueble para el primitivo propietario, no quedaría a éste sino recurrir al sucedáneo de la reparación de los perjuicios sufridos, a cargo del autor de la violencia. Es lo que expresa el art. 1057, según el cual *“en los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos, o de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho a demandar las indemnizaciones de todas las pérdidas e intereses”*.

No es necesario aclarar que también en este supuesto el régimen de la acción resarcitoria (extremos de la acción, prescripción, etc.) es por entero independiente de la sanción de nulidad.

¹¹¹ Cám. Civ. 1ª Cap., juicio “Del Frade F. v. Banco de la Nación Argentina y otro”, 25 de noviembre de 1935, “J.A.”, t. 35, p. 106.

§ 7. Confirmación de los actos jurídicos: concepto. Actos susceptibles de confirmación. Naturaleza de la confirmación. Especies; forma y prueba. Ratificación. Efectos de la confirmación entre partes y con relación a terceros.

2050-2051. CONFIRMACIÓN: CONCEPTO.— La confirmación es un acto jurídico mediante el cual se expurga a otro acto jurídico inválido del vicio de que adolecía y en razón del cual era pasible de nulidad.

El concepto expresado resulta de lo dispuesto en el art. 1059: “*La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad*”.

2052. COMPARACIÓN CON LA RATIFICACIÓN, EL RECONOCIMIENTO Y LA NOVACIÓN.— Conviene distinguir la confirmación, de otros actos jurídicos con los cuales presenta alguna analogía, tales como la ratificación, el reconocimiento y la novación.

2053.— Se diferencia de la *ratificación*, en cuanto ésta importa la aceptación de lo manifestado por otro a nombre nuestro sin autorización para ello, con lo cual no se abre opinión acerca de la validez de la manifestación. En cambio la confirmación se refiere a una manifestación antecedente propia o hecha por representante autorizado, de la que se desea expurgar los vicios existentes en ella.

2054.— También se distingue del *reconocimiento*, por cuanto éste consiste en la admisión de la exactitud de ciertos hechos sin entrar en la consideración de su valor. Ciertamente toda confirmación implica un reconocimiento, pero a la inversa todo reconocimiento no supone confirmación ^{111 bis}.

2055.— Por último, la *novación* extingue una obligación precedente mediante la formación de una nueva, en tanto que la confirmación no hace nacer una obligación nueva, sino que refiriéndose a la ya existente la sana de los vicios que la invalidaban.

2056. ACTOS SUSCEPTIBLES DE CONFIRMACIÓN.— Los actos susceptibles de confirmación son los que padecen de mera *nulidad relativa*.

Así resulta del art. 1058 que dice: “*La nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación del acto*”. Por el contrario, el art. 1047, “in fine”, dispone: “*La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación*”.

^{111 bis} Sobre *reconocimiento de obligaciones*, véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II, núms. 1357 a 1375.

Este régimen tiene un fundamento inconmovible. La nulidad absoluta constituye la sanción más rigurosa, y como está instituida en resguardo del interés público, no puede ser renunciada por la vía de la confirmación. En cambio la nulidad relativa es una nulidad de protección, tiene siempre un destinatario: la persona en cuyo beneficio se ha establecido la sanción de nulidad. Lógicamente el particular beneficiado puede renunciar al beneficio y confirmar el acto ¹¹².

2057. FORMA. ESPECIES DE CONFIRMACIÓN.— Atendiendo a su forma, “*la confirmación puede ser expresa o tácita*” (art. 1061).

2058. CONFIRMACIÓN EXPRESA.— La confirmación expresa es la que se realiza por escrito. Coincidimos con Borda en que no hay confirmación expresa verbal ¹¹³.

Consiguientemente, la confirmación expresa se constituye en un acto formal, ya que ella debe hacerse por escrito, con los requisitos exigidos por el art. 1061, que continúa diciendo:

“*El instrumento de confirmación expresa debe contener, bajo pena de nulidad: 1º la sustancia del acto que se quiere confirmar; 2º el vicio de que adolecía; y 3º la manifestación de la intención de repararlo*”.

De aquí se sigue que la forma necesaria de la confirmación expresa es la escrita con las indicaciones señaladas, todo ello bajo pena de nulidad. Pero todavía, si el acto a que se refiere la confirmación es de aquellos que deben celebrarse bajo una forma instrumental determinada, entonces la confirmación para ser válida debe revestirse de la misma forma que corresponde al acto confirmado. Es lo que dispone el art. 1062: “*la forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con las mismas solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma*”.

2059.— En cuanto a la sanción aplicable por omisión de la forma adecuada, se ha entendido que es la nulidad del instrumento ¹¹⁴. Nosotros pensamos que corresponde hacer una distinción según que el acto que se quiera confirmar sea o no formal. En el primer caso en que la confirmación debe ajustarse a la misma forma que corresponda al acto que se desea confirmar (conf. arts. 1062 y 1184, inc. 10), la omisión de la forma importa la nulidad de la confirmación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1044, cláusula 3ª. Si en cambio, el acto que se confirma no es formal, tampoco lo es la respectiva confirmación, pudiendo ésta acreditarse por cualquier medio de prueba.

¹¹² Conf. Salvat, R., *Parte General*, n° 2671, p. 1103; Borda, G. A., t. II, n° 1291, p. 385.

¹¹³ Borda, G. A., t. II, n° 1294, p. 386.

¹¹⁴ Salvat, R., n° 2680.

2060. CONFIRMACIÓN TÁCITA.— Según el art. 1063 *“la confirmación tácita es la que resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a la acción de nulidad”*.

Dos observaciones caben al respecto.

En primer lugar, para que el efecto convalidatorio se produzca es menester que la ejecución del acto inválido sea voluntaria, por lo que la ejecución forzada mediante un procedimiento judicial no obtiene ese resultado.

En segundo lugar, el artículo indica la forma típica de confirmación tácita pero no excluye otras que permitan inducir asertivamente la intención de confirmar el acto inválido, v.gr., la venta de una cosa adquirida por un título nulo o anulable. En general se estima que los actos de disposición en tales circunstancias importan confirmación; en cambio los actos de administración no tienen ese significado, salvo lo que resulte de las circunstancias del caso ¹¹⁵.

2061.— Según lo que hemos dicho en el n° 2059, la confirmación tácita sólo es eficaz cuando el acto que se confirma no es formal, pues entonces la parte interesada puede elegir la forma que le parece más adecuada. Por el contrario, siendo formal el acto confirmable, la confirmación debe atenerse a la misma forma de dicho acto, por lo que la confirmación tácita carece en ese caso de función convalidatoria.

2062. PRUEBA DE LA CONFIRMACIÓN.— A quien alega la confirmación le incumbe la prueba de ella, la cual puede rendirse por cualquier medio. A su vez, probada la existencia de la confirmación, quien invoque la carencia de eficacia convalidatoria por falla de la forma adecuada deberá rendir la prueba de su aserción.

2063. REQUISITOS DE FONDO.— Para que la confirmación produzca su efecto sanante no basta que ella revista las condiciones de forma adecuadas, sino que es indispensable la concurrencia de los requisitos de fondo señalados por la ley.

A este respecto dice el art. 1060: *“Los actos nulos o anulables no pueden ser confirmados por las partes que tengan derecho a demandar o alegar la nulidad, antes de haber cesado la incapacidad o vicio de que ella provenía, y no concurriendo ninguna otra que pueda producir la nulidad del acto de confirmación”*.

La disposición transcripta muestra los dos requisitos sustanciales de la confirmación: 1°) que haya desaparecido la causa de la invalidez primitiva, v.gr., que haya cumplido la edad de veintiún años la persona que ha otorgado un acto jurídico durante su minoridad y que por ello es nulo; 2°) que no concurra en la misma confirmación una nueva causa de invalidez,

¹¹⁵ Salvat, R., *Parte General*, n° 2685, p. 1107; Borda, G. A., t. II, n° 1296, p. 386.

pues si así fuera, ella quedaría destituida de su efecto propio consistente en la sanción del acto inválido primitivo.

2064. NATURALEZA DE LA CONFIRMACIÓN.— Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica la confirmación es un acto *jurídico unilateral*.

1) Es un *acto jurídico* porque su autor la realiza con el fin inmediato de establecer una relación jurídica válida (conf. art. 944) o mejor dicho de liberar a la relación existente del peligro de aniquilación.

2) Es *unilateral*, porque basta para crearla la voluntad de una sola persona, en el caso la que es titular de la acción de nulidad. Acerca de esto dice el art. 1064: “*La confirmación, sea expresa o tácita, no exige el concurso de la parte a cuyo favor se hace*”.

Este carácter es bien comprensible, ya que siendo potestativo del titular de la acción de nulidad relativa (véase *supra*, n° 1983) el derecho de hacer aplicar esa sanción, reviste el mismo carácter la renuncia que se haga de dicho derecho. Por lo demás, como enseñan Aubry y Rau, se presume que la otra parte ha dado por anticipado su adhesión a la confirmación, en el momento en que el acto fue celebrado ¹¹⁶.

Del carácter unilateral de la confirmación, se siguen dos consecuencias importantes: 1ª) no puede ser revocada ulteriormente, puesto que el efecto sanante de ella se produce por la sola declaración de la voluntad del confirmante y queda consumido con ella; 2ª) cuando se instrumenta por escrito privado no requiere doble ejemplar ¹¹⁷.

2065. EFECTOS DE LA CONFIRMACIÓN ENTRE LAS PARTES Y CON RELACIÓN A TERCEROS.— La cuestión de la fecha a partir de la cual produce su efecto sanante la confirmación, se presenta diversamente según se considere la situación de las partes del acto inválido, o de los terceros.

2066.— a) Con relación a las partes del acto inválido la confirmación remonta sus efectos expurgatorios del vicio causante de la nulidad, a la fecha de celebración de dicho acto. Es así que expresa el art. 1065: “*La confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad...*”.

Esta retroacción se explica por cuanto la confirmación se identifica con el acto inválido precedente. Su efecto consiste en expurgar a este acto del vicio que

¹¹⁶ Aubry, C. y Rau, C., *op. cit.*, t. IV, § 337, nota 32, p. 269.

¹¹⁷ Conf. Salvat, R., *Parte General*, n° 1689, p. 1111; Borda, G. A., *op. cit.*, t. II, n° 1297, p. 387.

lo invalidaba, por lo que necesariamente debía proyectar su influencia sobre todo el lapso transcurrido desde que dicho acto pudo ser eficaz.

El precepto transcrito fija los dos momentos de esa posible eficacia. Tratándose de actos entre vivos, la retroacción de la confirmación remonta a la fecha de celebración, por cuanto a partir de entonces comienza la existencia de tales actos (conf. art. 951). En cambio cuando la confirmación se refiere a disposiciones de última voluntad, ella opera a partir del fallecimiento del disponente, pues esa es la fecha en que tales disposiciones comienzan a existir (conf. art. 952). En definitiva la confirmación se identifica con el acto confirmado, y consiguientemente opera coetáneamente con dicho acto.

2067.— *b)* Ocurre diversamente respecto de los terceros a quienes puede afectar la confirmación, previniendo el art. 1065, cláusula final, que *“este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de terceros”*.

Ello significa que si en el intervalo transcurrido entre la celebración del acto inválido y la confirmación, se ha constituido un derecho a favor de un tercero, que es enteramente válido en vista de la nulidad del acto primitivo, la confirmación ulterior de este acto, no obstante su natural efecto retroactivo entre las partes, no afecta para nada la situación del tercero. Ejemplo: Si *A*, menor de edad, constituye una hipoteca a favor del acreedor *B*, y luego ya llegado a la mayoría, grava el inmueble con otra hipoteca a favor del acreedor *C*, la situación de primer rango que corresponde a *C* por la nulidad de la primera hipoteca no le puede ser quitada por la confirmación que de ésta haga después *A*.

En el supuesto mencionado la eficacia de la confirmación se desdobra: frente a las partes del acto inválido *A* y *B*, ella funciona desde la fecha del mismo, y por tanto *A* no podrá ya negar a *B* su carácter de acreedor hipotecario; frente a los terceros, la confirmación no altera sus derechos, por lo que el acreedor *B* no puede arrebatar al acreedor *C* el rango preferente que éste tenía establecido en su favor.

2068.— Finalmente, cabe hacer notar que la situación de los sucesores universales de las partes y de los acreedores quirografarios de éstas queda regida por los principios generales. Aquéllos no son terceros y consiguientemente no pueden beneficiarse con lo dispuesto en el art. 1065, cláusula final. En cuanto a los acreedores quirografarios no tienen constituido ningún derecho propio que pueda ser lesionado por la confirmación; si, por el contrario ésta se efectúa en fraude o perjuicio de su derecho entonces, pueden impugnarla por la vía de la acción pauliana o revocatoria ¹¹⁸. Es siempre el juego normal de los principios generales.

¹¹⁸ Cont. Salvat, R., *Parte General*, n° 2694, p. 1113.

CAPÍTULO XVII

EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

§ 1. Extinción de las relaciones jurídicas; método del Código; tendencias modernas. Hechos y actos jurídicos extintivos. Resolución, revocación y rescisión; conceptos, diferencias y efectos.

2069. EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS.— Con el presente capítulo se cierra la teoría de los hechos y actos jurídicos, en su función de causa de las relaciones de derecho.

Como explicamos oportunamente (véase *supra*, núms. 1360 y ss.), los derechos recorren un ciclo que puede resumirse en tres momentos: nacimiento o adquisición, modificación y extinción. Pero en razón del principio de inercia que también se aplica en el orden jurídico, para que alguna de esas consecuencias ocurra se requiere el acaecimiento de algún hecho —*factum* en la terminología alemana— al cual la ley le asigne el efecto de originar un derecho, o modificar un derecho ya existente, o finalmente extinguirlo (véase *supra*, n° 1359). De ahí la importancia de los hechos, de cuya variedad provienen las innumerables alteraciones de los derechos que están a ellos, de alguna manera, ligados.

En cuanto a la extinción de las relaciones jurídicas existentes, ella se produce entonces, en conexión con la ocurrencia de hechos dotados de la necesaria fuerza extintiva. Por esto es que resulta lógico finalizar una exposición de los hechos y actos jurídicos examinando la función extintiva de relaciones de derecho que puede corresponderles.

2070. MÉTODO DEL CÓDIGO.— Nuestro codificador ha omitido la consideración especial de este punto. En tanto que ha considerado, en una generalización adecuada, la función de los hechos referentes, a la creación de derechos (actos voluntarios, actos jurídicos, vicios de unos y otros, actos ilícitos, sanciones legales,

etc.), no ha legislado en forma sistemática sobre la extinción de relaciones jurídicas, salvo respecto de las obligaciones, a cuyo tema ha dedicado la parte segunda de la sección 1ª del libro II denominada "Extinción de las obligaciones", que comprende los títulos XVI a XXIII de dicha sección.

Las fuentes que consultó el codificador no formulaban una generalización de los modos de extinción de las relaciones jurídicas. No podía ello esperarse de los códigos entonces vigentes, puesto que carecían de una Parte General. Pero tampoco los teóricos que enfocaron una descripción metódica de los principios jurídicos, como Savigny o Zachariae, ni quienes quisieron adaptar a la legislación las exposiciones doctrinarias, como Freitas, ensayaron ocuparse de esta materia.

Aun en nuestro tiempo se advierte en los códigos modernos la ausencia de una sistematización de las disposiciones aplicables a la extinción de toda suerte de relaciones jurídicas, ausencia verdaderamente llamativa en los códigos alemán y brasileño que dedicaron su primer libro a los principios jurídicos generales. En cuanto a los códigos recientes, tales como el italiano y venezolano, ambos del año 1942, o no tan reciente pero de reconocido mérito como el Código suizo de 1912, que ha influido primordialmente en la redacción del Código peruano de 1936, ninguno de ellos trata esta materia, lo que puede estimarse lógico ya que esas codificaciones, dejando de lado el método iniciado por el Código alemán, no incluyen una teoría general del derecho civil.

2071. TENDENCIA MODERNA.— En nuestro país desde hace muchos años, en el orden de la enseñanza universitaria se incluyó en el programa de la Parte General del derecho civil un capítulo relativo a la extinción de las relaciones jurídicas, sin perjuicio de dejar para los cursos siguientes el estudio pormenorizado de los modos de extinción de ciertas relaciones en particular y especialmente de las obligaciones, a cuyo tema dedica el Código cerca de doscientos artículos (arts. 724 a 888). Esta corriente doctrinaria fue concretada en el *Proyecto de 1936*, y ha sido seguida por el *Anteproyecto de 1954*.

Con relación al primero de esos proyectos, la Comisión que lo redactó advierte en su informe que "ni el Código que nos rige, ni el anteproyecto (se refiere al de Bibiloni) contienen este título que es, sin embargo, necesario. No basta con legislar sobre los medios de extinguir los derechos creditórios y disponer aisladamente sobre casos particulares, puesto que existen reglas generales para poner fin a todas las relaciones jurídicas, y la confusión, como la renuncia y la imposibilidad, no pueden limitarse a ciertos géneros de aquéllos"¹.

En suma, y por estas razones, el *Proyecto de 1936* dedica el título VI de la sección tercera de su libro primero a la "extinción de las relaciones jurídicas", con tres capítulos: I) Disposiciones generales, en que se alude a la imposibilidad y a la transacción; II) De la renuncia; III) De la confusión.

¹ Reforma del Código Civil, ed. Kraft, 1936, t. I, p. 25.

El *Anteproyecto de 1954* legisla en general sobre la extinción de las relaciones jurídicas en el título VIII del libro primero. Después de consignar en el art. 220 cuáles son los modos de extinción de las relaciones jurídicas en general, pasa a tratar en capítulos sucesivos de la transacción (arts. 221 a 226), de la renuncia (arts. 227 a 229), de la confusión (arts. 230 y 231) y de la caducidad (arts. 232 a 234).

El art. 220 de dicho *Anteproyecto*, que muestra el cuadro general de los diversos modos de extinción, está así redactado: “Sin perjuicio de lo dispuesto por este Código, las relaciones jurídicas, en general, se extinguen: 1º) por la resolución, revocación y rescisión de los actos jurídicos originarios de las mismas. 2º) Por la transacción sobre derechos litigiosos o dudosos. 3º) Por la renuncia de su derecho efectuada por el titular. 4º) Por la omisión del ejercicio de los derechos correspondientes dentro del término prefijado por la ley al efecto. 5º) Por la confusión. 6º) Por la imposibilidad de su subsistencia, sobrevenida sin culpa de las partes. 7º) Por el fallecimiento del titular tratándose de derechos intransmisibles por herencia”.

2072.— Si se compara la regulación que hacen de la materia el *Proyecto de 1936* y el *Anteproyecto de 1954*, se llega a las siguientes conclusiones:

a) El *Proyecto de 1936* (art. 216) advierte que “las relaciones jurídicas se extinguen por los hechos o por los actos que este Código determine para cada caso particular”, en tanto que el *Anteproyecto de 1954*, como se ha visto, enuncia cuáles son los hechos y actos que tienen ese efecto extintivo.

b) El *Proyecto de 1936* (art. 218), aun cuando establece que “la transacción extingue los derechos litigiosos”, posterga el tratamiento de este modo de extinción hasta el art. 1342, donde es legislado como uno de los contratos en particular, mientras que el *Anteproyecto de 1954* mantiene a la institución dentro de su función propia. En efecto, la transacción no es una figura contractual que atribuya a las partes derechos concretos prefijados sino un acto jurídico cuyo contenido puede referirse a cualquier derecho patrimonial y aun al mismo matrimonio si es a favor de su validez (arts. 843 a 845, Cód. Civ.).

c) El *Proyecto de 1936* no menciona explícitamente la caducidad como un modo de extinción de las relaciones jurídicas, y sólo alude a ella incidentalmente dentro del título de la prescripción. En cambio el *Anteproyecto de 1954* le da a la caducidad la fisonomía adecuada.

d) Ambos proyectos coinciden en negar a la prescripción el carácter de factor extintivo de derechos, con lo que conservan a la institución dentro de su naturaleza tradicional, según la cual opera la extinción no del derecho sino de la acción judicial correlativa.

e) También coinciden ambos proyectos en diferir para la sección de los contratos la legislación de lo relativo a la resolución, revocación y rescisión, limitándose a remarcar el anteproyecto de 1954 (art. 220, inc. 1º) que todos los actos jurídicos pueden verse afectados por esas instituciones. Si así se entiende, podría reprocharse inconsecuencia por no tratar de esos modos de extinción de derechos en este lugar. No obstante la posible objeción teórica, hemos conservado para la resolución, la revocación y la rescisión su conexión habitual con los contratos en general, por advertir que todas las normas que para ellas se proyectaban se referían a los contratos, sin perjuicio de su posible aplicación analógica a otros actos jurídicos, como lo aclara el recordado art. 220, inc. 1º, de nuestro Anteproyecto.

2073. HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS EXTINTIVOS.— Los diversos medios de extinción de las relaciones jurídicas se suelen clasificar, tomando en cuenta la intervención de la voluntad de las partes, en *hechos extintivos* y en *actos jurídicos extintivos*. Los primeros son aquellos hechos que, independientemente de la voluntad de los interesados, causan la extinción de algún derecho. Los segundos, en cambio, son los que alcanzan este resultado por la precisa intención de las partes en tal sentido, y puesto que los actos se efectúan con el “fin inmediato” de “aniquilar derechos” se trata de verdaderos actos jurídicos.

2074. HECHOS EXTINTIVOS.— Entre los hechos extintivos es dable mencionar la *confusión*, la *caducidad*, la *imposibilidad* de subsistencia y la *muerte* del titular.

2075.— La *confusión* tiene lugar cuando se reúnen en una misma persona la calidad de acreedor y deudor de una obligación, o cuando se consolidan en ella el dominio sobre una cosa y sus desmembraciones. Ejemplos: si el acreedor hereda a su deudor, o si el usufructuario de una cosa hereda al nudo propietario.

En nuestro Código la confusión es legislada sólo como un modo de extinción de las obligaciones (arts. 862 a 867), pero su función es más amplia, ya que como se ve en el ejemplo dado, tiene aplicación aun en materia de derechos reales (arts. 1270, 1928, 2929, 2969, 3055 y 3181).

El estudio de las disposiciones aludidas corresponde a los tratados de Obligaciones y Derechos Reales.

2076.— La *caducidad de un derecho* se opera cuando se omite su ejercicio dentro del lapso prefijado por la ley o por la convención. Para su estudio remitimos al n° 2148.

2077.— La *imposibilidad* tiene lugar cuando una causa sobreviniente a la creación del derecho, obsta a su subsistencia, sin culpa de las partes. Ejemplo: la

disolución de la obligación de entregar un caballo vendido, si se muere por un caso fortuito.

El fundamento de este principio es de una lógica elemental. *Ad impossibilia nemo tenetur*, es decir, a lo imposible nadie está obligado, puesto que excede sus posibilidades de actuación.

Con todo, para que funcione este modo de extinción de derechos se requiere el concurso de ciertas condiciones: 1º) La causa obstativa del derecho debe ser *so-breviniente*, pues si fuese originaria no se trataría de la extinción de un derecho actual, sino de la inexistencia del acto jurídico que aparenta haberlo engendrado, o de la invalidez del mismo acto. Según sabemos (véase *supra*, nº 1909), lo primero ocurre si el obstáculo que se opone a la formación del acto es provisto por la naturaleza, y lo segundo cuando la ineficacia de un acto que reúne todos sus elementos constitutivos proviene de una sanción legal. 2º) El hecho obstativo debe ocurrir sin culpa de las partes, pues en caso contrario el derecho primitivo no se extingue sino que perdura aunque cambiado en su objeto. Si se trata de la obligación de dar una cosa cierta perdida por culpa del deudor, ella continúa subsistiendo, si bien la prestación anterior queda convertida en la de satisfacer los daños y perjuicios que el incumplimiento ha provocado (art. 889).

De la subsistencia de la obligación primitiva que se continúa con una prestación diversa derivan importantes consecuencias, tales como el mantenimiento del régimen que gobernaba dicha obligación, en lo referente a su naturaleza contractual o extracontractual (conf. art. 1107), plazo de prescripción, solidaridad de los deudores (arts. 710 y 711), etcétera.

2078.— La muerte del titular del derecho es también causa de su extinción, pero sólo cuando se trata de derechos intransmisibles por herencia. Ejemplos: extinción de la renta vitalicia por muerte del titular (art. 2083), extinción de la sociedad por muerte de uno de los dos socios que la integran (art. 1758), extinción del mandato por muerte del mandante o del mandatario (art. 1963, inc. 3º). El punto ha sido estudiado, *supra* cap. VIII, § 1, por lo que remitimos a lo dicho en ese lugar.

2079.— Se ha controvertido si la *anulación* y la *prescripción* deben conceputarse modos de extinción de los respectivos derechos.

En cuanto a la *anulación* la conclusión parecería afirmativa, por cuanto, según el art. 1046, el acto anulable sólo se lo tiene por nulo desde el día de la sentencia que lo anula. Sin embargo, no creemos, con la generalidad de la doctrina, que se pueda estimar a la anulación como un medio de extinción de derechos, porque ella no hace sino pasar a un estado *actual*, mediante la sentencia, una invalidez originaria que yacía *potencialmente* en el acto mismo. Es claro que en razón de esta peculiaridad de la anulación, que actúa siempre a través de una sentencia ulterior que descubre un vicio latente en una situación aparentemente regular, es inexcusable el respeto de los derechos constituidos por terceros con anterioridad al pronunciamiento de dicha anulación, ya que ellos se han limitado a confiar en la re-

gularidad y corrección de lo que la misma sociedad consideraba correcto y regular. Pero si esta consideración es convincente para tratar diferencialmente a la nulidad y a la anulación (véase *supra*, núms. 2003 y ss.), no lo es para privar a esta última de la naturaleza de sanción de invalidez, carácter incompatible con el de medio de extinción de un derecho al que por hipótesis se supone válido.

En cuanto a la *prescripción*, se han sostenido dos opiniones opuestas. Para la primera, expuesta por Pothier, y seguida por Aubry y Rau, Merlin, Guillouard, Baudry-Lacantinerie y Tissier, y entre nosotros por Salvat y Lafaille², la prescripción llamada extintiva o liberatoria no extingue el derecho sino la acción judicial correlativa. De ahí que el derecho subsista, si bien reducido a la mínima eficiencia de la obligación natural, cuyo titular goza de estas solas facultades: 1º) retener la prestación pagada espontáneamente por el deudor (arts. 515 y 516); 2º) garantizar la obligación natural con fianzas, hipotecas, etc., que son exigibles, pese a no serlo el derecho principal (art. 518).

Para la *segunda opinión*, sustentada por Troplong, Demolombe, Laurent, Huc, Lomónaco y Giorgi, y en nuestro ambiente por Colmo y De Gásperi³, la obligación natural sólo tiene una existencia extrajudicial, pero no es obligación válida y legalmente subsistente. Con relación a los dos efectos antes apuntados, se argumenta, con Troplong, que el derecho a retener el pago de la obligación natural proviene no de la eficacia de ésta, sino de la renuncia de la prescripción que devuelve a la obligación prescrita su vigor primitivo y se estima que la posibilidad de garantizar con fianzas e hipotecas la obligación constituye un absurdo lógico.

Por nuestra parte, entendemos que la primera opinión es la exacta. El argumento de la renuncia tácita de la prescripción no es convincente, ya que estando la obligación natural fundada "en el derecho natural y en la equidad", no hay motivo valedero para concluir que quien la paga hace una liberalidad en lugar de satisfacer un dictado de la conciencia pagando lo que en realidad debe. En suma, siendo dudosa la interpretación de la actitud del *solvens*, no parece aceptable el argumento de la renuncia⁴. En cuanto a lo absurdo de las disposiciones de los arts. 518 y 1993, el raciocinio que tan severamente juzga al codificador y a sus fuentes (Duranton y el Código de Chile, véase nota al art. 515) peca de una evidente petición de principio, ya que admite como demostrado que la obligación natural no es válida ni subsistente, lo que en verdad habría que demostrar. Lo exacto, en cambio, es que

² Pothier, *Obligaciones*, t. II, n° 677, p. 372; Merlin, *Repertoire*, verbo *Prescription* n° 7; Aubry y Rau, *op. cit.*, t. IV, § 314 texto y nota 5, p. 147; Guillouard, *Traité de la prescription*, t. I, n° 49, p. 52; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n° 104, p. 90; Duranton, *op. cit.*, t. XXI, n° 106, p. 138; Salvat, *Obligaciones* 4ª ed., n° 2052, p. 215.

³ Troplong, *De la prescription*, t. I, núms. 290 a 31, p. 34; Demolombe, *op. cit.*, t. XXVII, n° 22, p. 15; Laurent, *op. cit.*, t. XVII, n° 469, p. 463; Huc, *op. cit.*, t. XIV, n° 338, p. 419; Lomónaco, *Delle obbligazioni*, t. II, p. 8; Giorgi, *Obligaciones*, t. VIII, n° 224, p. 337; Colmo, *Obligaciones*, 2ª ed., n° 900, p. 624; De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. III, § 1517, p. 7.

⁴ Conf. Salvat, R., *Obligaciones*, 1ª ed., n° 1987, p. 775.

la obligación natural subsiste y es válida dentro de la eficacia “limitada” que la ley le reconoce ^{4 bis}.

2080. ACTOS JURÍDICOS EXTINTIVOS.— Se clasifica como tales a la resolución, la revocación, la rescisión, la transacción y la renuncia.

2081. RESOLUCIÓN: CONCEPTO.— Es un modo de disolución del acto jurídico en razón de una causa sobrevenida que extingue retroactivamente los efectos provenientes del acto.

Advierte Planiol que la resolución supone siempre una voluntad condicional —expresa o tácita— retirada de antemano en vista de una eventualidad determinada ⁵. Pero esta observación se refiere exclusivamente a la resolución convencional, pues la resolución legal es independiente de la voluntad de las partes.

A diferencia de los demás modos de extinción de las relaciones jurídicas la resolución opera *retroactivamente* no obstante lo cual no cabe confundirla con la nulidad. En efecto, mientras la *nulidad* deriva de una causa originaria que anida en los elementos constitutivos del acto jurídico, la *resolución* proviene de una causa sobrevenida que es independiente de la constitución misma del acto.

Puede asumir tres formas diversas: 1) la de una *condición*; 2) la de una *facultad* que alguna de las partes se reserva a fin de disolver el acto si la otra no cumple sus obligaciones; 3) la de una *opción* que autoriza a una de las partes a disolver el acto pendiente de ejecución, mediante la pérdida de una cosa o la restitución del doble de ella.

2082.— I) Cuando la resolución actúa bajo la forma de una condición que por su índole es una *condición resolutoria*, son aplicables las reglas que hemos estudiado oportunamente (véase *supra*, n° 1525), a las cuales remitimos al lector.

2083.— II) Si la resolución opera por la vía de una *facultad* previamente pactada, es de aplicación del art. 1203, según el cual, “*si en el contrato se hubiera hecho un pacto comisorio por el cual cada una de las partes se reservase la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliera, el contrato, sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda*”.

Según lo expuesto en la regulación del Código de Vélez, el derecho de resolver el acto celebrado constituía una facultad excepcional. Era también lo que disponía el antiguo art 1204.

^{4 bis} Sobre el verdadero carácter de vínculo obligacional, de la obligación natural, véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II, núms. 28 a 782, especialmente 735-739.

⁵ Planiol, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, 9ª ed., t. II, n° 1302, p. 443.

De esta manera el codificador se había apartado del sistema seguido por las legislaciones extranjeras (código francés, art. 1184; español, art. 1124; alemán, art. 324; suizo de las Obligaciones, art. 109; brasileño, art. 1092; etc.), por lo que había sido sumamente criticado. Los proyectos de reforma vuelven al criterio general (Anteproyecto Bibiloni, arts. 1332 y 1333; Proyecto de 1936, arts. 831 y 832; Anteproyecto de 1954, art. 1028).

Con todo, es menester recordar que la exigencia del pacto comisorio expreso no jugaba en todo su rigor respecto de los contratos más corrientes, tales como la compraventa (art. 1413), la locación (arts. 1519, 1520, 1524, 1564 a 1567, 1579), la locación de obra (arts. 1638, 1643 y 1644) y la sociedad (art. 1735). Ello importaba una incongruencia, pues adoptada una regla como la del art. 1204, se la dejaba de lado en los supuestos de más frecuente aplicación por una regla particular contraria.

2083 bis. CLÁUSULA RESOLUTORIA IMPLÍCITA.— En el n° 2083 aludimos al principio del antiguo art. 1204, según el cual el derecho de resolver un acto constituía una facultad excepcional. Luego de la sanción de la ley 17.711, el art. 1204 ha sido profundamente innovado, admitiéndose ahora la *cláusula resolutoria implícita* en todo contrato con prestaciones recíprocas. En consecuencia, el incumplimiento de uno de los contratantes abre a favor del otro que hubiese cumplido sus propias obligaciones, el derecho a resolver el contrato.

2084.— Para que la resolución *facultativa* proceda deben llenarse los siguientes extremos:

1°) Debe haber pacto comisorio expreso o en su defecto autorización legal especial para resolver el contrato. Se denomina *pacto comisorio* el convenio por el cual una o ambas partes se reservan el derecho a disolver la operación en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte contraria. No se admite este pacto en el contrato de prenda (art. 1203). Luego de la ley 17.711, el nuevo artículo 1204 incluye la facultad resolutoria implícita en todo contrato "*con prestaciones recíprocas*".

2°) Quien aduce la resolución no debe ser culpable del incumplimiento del contrato (conf. art. 1203), situación que no ha variado el nuevo art. 1204.

2085.— III) La resolución *opcional* del acto, mediante la pérdida de señas o restitución de señas dobladas, está legislada en el art. 1202, cuyo estudio corresponde al curso de Contratos.

2086. REVOCACIÓN: CONCEPTO.— Es un modo de disolución de los actos jurídicos, por el cual el autor o una de las partes, retrae su voluntad, dejando sin efecto el contenido del acto o la transmisión de algún derecho.

A veces la revocación puede hacerse valer *ad libitum*, como ocurre en el testamento, el mandato y las ofertas aún no aceptadas. Otras veces la revocación sólo se admite en función de la existencia de causas autorizadas por la ley: es el caso de la donación si media inejecución de los cargos impuestos, ingratitud del donatario, o supernacencia de hijos al donante cuando éste se ha reservado expresamente esa facultad (art. 1868).

La revocación opera *in futurum*, es decir, a partir del momento de la expresión de la voluntad del autor de ella, sin destruir los efectos ya producidos del acto que se revoca.

2087. RESCISIÓN: CONCEPTO.—Es un modo de extinción de los actos jurídicos de tracto sucesivo, por el cual quedan sin efecto para lo futuro, en razón del acuerdo de las partes, o de la voluntad de una sola de ellas autorizada por la ley o por la propia convención. Ejemplos: la rescisión de la locación por haber cedido el locatario sus derechos, estando ello prohibido (art. 1602); la rescisión de la locación por tiempo indefinido, por iniciativa del locatario en cualquier momento o si hubiesen transcurrido los plazos legales por voluntad del locador (art. 1604, inc. 2º, modificado por la ley 11.156); la rescisión de la sociedad en los casos de los arts. 1659 y 1767. Pero es de hacer notar que no obstante tratarse de una verdadera rescisión, no se acostumbra usar esta denominación tratándose de la sociedad, en cuyo caso, teniendo sin duda en vista el lazo marcadamente personal existente entre los socios, se habla de “disolución” en todos los supuestos de extinción, sea que ésta provenga de la rescisión, o de la muerte de uno de los dos socios que constituyen la entidad (art. 1758), o de la pérdida de capital (art. 1771), o de otra causa.

La *rescisión* presenta las siguientes características:

1º) Funciona en los contratos de *tracto sucesivo*, entendiéndose por tales los que mantienen una vinculación duradera entre las partes mediante prestaciones prolongadas o reiteradas.

2º) Tiene un *origen convencional*, lo cual es evidente cuando responde al acuerdo de las partes (conf. art. 1200). Pero aunque la rescisión sea decidida por una sola de las partes, debe estimarse que la otra ha consentido en ella de antemano, para el caso en que ocurriera determinada contingencia, ya porque ello estuviera previsto en la convención, ya porque la ley autorizase en ese supuesto la rescisión.

3º) Produce efectos para el *futuro*, dejando subsistentes los efectos del acto consumados con anterioridad.

2088.— Según Planiol, también existe una rescisión por muerte de alguna de las partes. Para este autor, si bien en general los contratos sobreviven a quienes los hacen, que transmiten a sus herederos los efectos activos y pasivos de aquéllos, por excepción ciertos contratos hechos en consideración de la persona del acreedor o del deudor acaban con la misma persona. Se dice que en tal situación hay una rescisión tácita, dado que la ley supone que las partes se han reservado el derecho de no continuar el contrato con los herederos del contratante primitivo ⁶. Por nuestra parte pensamos que hay allí una aplicación impropia de la rescisión, la cual siempre supone la actuación de una voluntad discrecional, que puede optar por la extinción del contrato sin estar obligada a ello. En el caso contemplado de la muerte, ésta es una causa que opera directamente la extinción de la relación jurídica, si se trata de derechos intransmisibles por herencia (conf. Anteproyecto de 1954, art. 220, inc. 7º), independientemente de la voluntad humana, que es impotente, para mantener vivo un contrato extinguido por la misma naturaleza de las cosas.

2089. DIFERENCIAS Y EFECTOS.— Entrando a comparar la resolución, la revocación y la rescisión es posible advertir entre ellas las siguientes *diferencias*.

En primer lugar, la resolución opera *ex-tunc* (desde entonces), es decir retroactivamente a la fecha de celebración del acto, quedando aniquilados los efectos producidos desde entonces. En cambio la revocación y la rescisión operan *ex-nunc* (desde ahora), o sea, para el futuro, dejando subsistentes los efectos ocurridos en el período transcurrido desde la creación del derecho hasta su cesación por la revocación o rescisión.

En segundo lugar, la resolución es legal o voluntaria. Es legal cuando ella se produce en virtud de la ley, v.gr., la resolución de los derechos adquiridos por la persona por nacer que luego nace muerta (véase *supra*, cap. IV, § 1). Es voluntaria cuando ella depende de la voluntad de la parte autorizada para promoverla, la cual puede optar por el mantenimiento del acto o por su extinción. La revocación y la rescisión no dependen de la ley sino de la voluntad de las partes.

En tercer lugar, la rescisión se refiere a actos jurídicos de tracto sucesivo, en tanto que la resolución y la revocación se refieren también a los actos instantáneos.

Finalmente, la revocación se distingue de la rescisión en que mientras la primera proviene de una sola voluntad como ocurre en la revocación del testamento o del mandato, o de la donación en los casos autorizados por la ley, la rescisión, en cambio, tiene un origen convencional, sea que el acuer-

⁶ Planiol, M., *op. cit.*, núms. 1332 y 1333, ps. 451 y 452; conf. Ripert, J. y Boulanger, *Traité de Droit*, París, 1957, t. II, n° 487, p. 189.

do recaiga sobre la misma extinción (hipótesis del art. 1200, primera parte), sea que el acuerdo haya previsto la posible disolución por iniciativa discrecional de alguna de las partes cuando llegare a producirse cierta futura contingencia. Todavía puede ser la misma ley la que autorice la rescisión, pero aun entonces, como observa Planiol, no deja de ser ella convencional, ya que debe entenderse que la parte contra la cual se hace valer la rescisión, había de antemano dado su consentimiento para el caso de que ocurriese el hecho en que dicha rescisión se basa ⁷.

2090. TRANSACCIÓN *.— Es un medio de extinción de las relaciones jurídicas, consistente en un acto jurídico bilateral por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, extinguen derechos litigiosos o dudosos (conf. art. 832).

Aunque el Código Civil considera a la transacción sólo como un modo de extinción de obligaciones, su función es más amplia, ya que es aplicable a toda clase de derechos, con las excepciones determinadas en la ley. Esto explica que el Proyecto de 1936 la haya reconocido en su verdadero carácter (art. 219), no obstante lo cual efectúa su regulación en la sección de los contratos (libro III, sección VII, “De ciertas relaciones obligatorias en particular”, título XV). No nos parece que el tratamiento del asunto encuentre allí su lugar adecuado, puesto que la transacción no constituye una figura contractual específica como la compraventa o la sociedad, sino una forma convencional vacía de contenido peculiar, aplicable a cualesquiera derechos, con las salvedades expresadas. Por esto nuestro Anteproyecto de 1954 ha preferido legislar sobre la transacción, así como sobre la renuncia, dentro del título de la Parte General dedicado a la extinción de las relaciones jurídicas. En cambio, el Proyecto de 1936 trata en este lugar de la renuncia pero no de la transacción, cuando ambos actos extintivos debían estar sujetos al mismo método.

2091.— El principio de aplicabilidad de la transacción a toda clase de derechos no es absoluto. Según nuestro Código no es posible transigir sobre las relaciones de familia, o facultades o derechos derivados de ellas (conf. art. 845). Pero se admite la transacción sobre la validez o nulidad del matrimonio, cuando es a favor de la validez (art. 843), y sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, con tal que el acto no afecte al estado mismo (art. 846).

2092.— En cuanto a la *capacidad* para transigir, el Código exige que el sujeto tenga capacidad de contratar (art. 833), y que pueda “*disponer de los objetos que se abandonan en todo o en parte*” (art. 840).

⁷ Planiol, M., *op. cit.*, n° 1330, p. 451

* Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. III, núms. 1804 y ss.

2093.— En cuanto a la *forma* cabe distinguir: si se trata de derechos litigiosos se requiere la forma escrita y presentación del documento ante el juez del litigio (art. 838). Por el contrario, si versa sobre otra clase de derechos la transacción no es un acto formal (art. 837), salvo que se refiera a bienes inmuebles (art. 1184, inc. 8°).

2094.— En cuanto a los *efectos*, la transacción extingue los derechos renunciados por las partes (conf. art. 850). Declara derechos pero no los transmite (conf. art. 836), lo cual significa que quien formula las concesiones se estima carente de todo derecho sobre el título que reconoce a favor del contrario. De ahí que no responda por la evicción (conf. art. 836), es decir, por la privación del mismo derecho por acción de un tercero fundada en una causa anterior.

2095.— La transacción puede invalidarse en los casos en que pueden serlo los actos jurídicos en general. Sin perjuicio de ello, también puede invalidarse: 1° si tiene por objeto la ejecución de un título inválido, a menos que se haya tratado expresamente sobre la nulidad del título (art. 858); 2° cuando alguna de las partes descubre documentos referentes al derecho sobre el que ha transigido (art. 859); 3° si versa sobre un pleito ya resuelto por sentencia firme ignorada por el impugnante (art. 860); 4° cuando ha sido hecha, total o parcialmente, sobre la base de documentos falsos (conf. art. 857).

2096. RENUNCIA *.— Es un modo de extinción de derechos consistente en un acto jurídico por el cual se hace abandono o abdicación de un derecho propio en favor de otro.

2097.— La *capacidad* que se requiere es la referente a la realización de actos gratuitos (conf. art. 868), salvo que la renuncia se haga por un precio o una prestación cualquiera, en cuyo caso la capacidad se determina por las reglas relativas a los contratos onerosos (conf. art. 869).

La renuncia general de las leyes no tiene valor alguno, ni la tiene la de derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público (conf. arts. 19 y 872).

No está sujeta a ninguna *forma* exterior, y aun puede tener lugar tácitamente con tal que la ley no exija una manifestación expresa (conf. art. 873).

La intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que permitan inducir la debe ser restrictiva (conf. art. 874).

La renuncia puede retractarse mientras no haya sido aceptada por el beneficiario, salvo los derechos adquiridos por terceros a consecuencia de ella (conf. art. 875).

* Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. III, n° 1852 y ss.

§ 2. Prescripción; concepto. Prescripción adquisitiva y extintiva. Suspensión e interrupción. Caducidad; comparación con la prescripción; ejemplos.

2098.— El tiempo es una condición ineludible de la vida humana, que ejerce gran influencia en las relaciones jurídicas. Como dice De Ruggiero, hay derechos que no pueden surgir sino en determinadas circunstancias de tiempo; otros que no pueden tener más que una duración preestablecida, fijada por la ley o por la voluntad privada; algunos no pueden ejercitarse más allá de un cierto tiempo; en fin, hay derechos que se adquieren o se pierden por el transcurso de un cierto tiempo⁸.

Con todo, rara vez es el tiempo por sí solo lo que produce consecuencias jurídicas, como ocurre tratándose del plazo (véase *supra*, n° 1533). Por lo general, el tiempo requiere conectarse con otras circunstancias para que el efecto jurídico se produzca: así la ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella, es un factor esencial que combinado con el tiempo —duración de la situación por un cierto lapso— da lugar a la declaración de ausencia (ley 14.394, art. 15), a la declaración de fallecimiento presunto (ley 14.394, arts. 22 y 23), a la eventual disolución del matrimonio (art. 213, inc. 2°, Cód. Civ.), etc.

En lo que concierne a la adquisición o pérdida de los derechos, el tiempo interviene en conjunción con otros factores, mediante la institución de la *prescripción*.

2099. PRESCRIPCIÓN: CONCEPTO*. — La *prescripción* es el medio por el cual, en ciertas condiciones, el transcurso del tiempo opera la adquisición o modificación sustancial de algún derecho.

Nuestro concepto difiere en parte del que define el propio codificador en su art. 3947, pero refleja más exactamente la verdadera realidad jurídica. Según el precepto citado, *la prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo*. Pero esta fórmula presenta varias fallas.

Por lo pronto aparenta servir para la adquisición de cualquier derecho y limitarse a la extinción de los derechos creditorios, únicamente. Lo exacto es, en cambio, lo contrario, ya que la prescripción adquisitiva sólo funciona respecto de algunos derechos reales, y la prescripción extintiva no opera sólo sobre las obligaciones sino sobre toda clase de derechos en general.

Además, tampoco es exacto que la prescripción extinga los derechos creditorios, liberando al respectivo deudor: la verdad es que sólo se extingue la acción judicial correspondiente, quedando el derecho relegado a la mínima eficiencia de

⁸ De Ruggiero, R., *op. cit.*, t. I, p. 316.

* Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. III, núms. 2004 y ss.

la obligación natural (arts. 515, 516 y 518). Por esto hemos dicho más arriba que la prescripción modifica sustancialmente el derecho sobre el cual incide, ya que al hacerle perder al titular la posibilidad de ejercerlo en justicia, queda la relación jurídica respectiva, aunque subsistente, reducida a una mínima consistencia.

2100.— El *fundamento de la prescripción* reside en la conveniencia general de liquidar situaciones inestables y de mantener la paz de las familias, que no debe ser alterada por la repercusión de hechos ocurridos con mucha antelación. Si durante largo tiempo el posible titular de una acción se ha abstenido de ejercerla, la ley no admite que lo haga cuando ya se han borrado de la memoria de los interesados las circunstancias del acto, y hasta es factible la destrucción de los documentos comprobatorios de la extinción del derecho. Impidiendo la utilización de la acción prescripta, se da seguridad y fijeza a los derechos, y se aclara la situación de los patrimonios, que se ven descargados de las obligaciones prescriptas. Por último, otro motivo a favor de la prescripción consiste en el probable abandono del derecho que la inacción del titular hace presumir.

En cuanto a la prescripción adquisitiva o usucapión, a las consideraciones anteriores se agregan dos más. Por lo pronto, se facilita la prueba del dominio, ya que no hace necesaria sino la demostración de la legitimidad del título durante el lapso de la prescripción, ahorrando la prueba de la legitimidad anterior, que si no tuviese un término resultaría imposible. Por último, estimula el aprovechamiento de la tierra, castigando su posible abandono con la consolidación del derecho del poseedor que la hubiera ocupado.

Por estas razones los romanistas reputaban a la prescripción “la patrona del género humano”, reconociéndose por los redactores del Código Napoleón que “de todas las instituciones del derecho civil es la más necesaria para el orden social”⁹.

En consecuencia: 1º) no es dable renunciar a la prescripción futura (conf. art. 3965); 2º) los acreedores y todos los interesados en hacer valer la prescripción, pueden oponerla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario (art. 3963); 3º) el Estado general o provincial y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada, y pueden igualmente oponer la prescripción (art. 3951).

No obstante este carácter, el Código establece que “*el juez no puede suplir de oficio la prescripción*” (art. 3964), lo que significa que ésta no funciona automáticamente, sino que es indispensable su articulación como defensa para que la acción respectiva quede extinguida. Por otra parte, si no es viable la renuncia anticipada de la prescripción, se admite sí que quien tenga capacidad de enajenar pueda renunciar a la prescripción ganada (conf. art. 3965), lo cual se explica porque mientras esta última es una especie de liberalidad que sólo interesa al renunciante, aquélla importa a la sociedad toda, que no podría tolerar que los beneficios

⁹ Planiol, M., *op. cit.*, t. I, n° 2644, p. 863.

de la prescripción resultasen anulados por una renuncia anticipada, que se convertiría en cláusula de estilo en todas las convenciones. Finalmente, se acepta que si los plazos de prescripción no pueden ser ampliados, pueden ser reducidos convencionalmente, ya que entonces el acuerdo de partes coincide con el designio legal, que estimula la disolución de las relaciones pendientes ¹⁰.

2101. ARTICULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.— Quien tiene derecho a oponer una prescripción está obligado a emplear esa facultad al contestar la demanda, o si no hubiese respondido a la acción, en la primera intervención que tome en el juicio.

El principio expuesto ha sido establecido por el nuevo art. 3962 que ahora reza así: “*La prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla*”.

Es de notar que los autores que comentaron el antiguo art. 3962 (Salvat, De Gásperi, Borda y Spota) no propiciaron el cambio del criterio establecido por el nuevo art. 3962. Tampoco lo hicieron los proyectos anteriores de reforma del Código Civil que en lo sustancial mantuvieron el criterio del antiguo art. 3962 (así Anteproyecto Bibiloni, art. 3396; Proyecto de 1936, art. 307; Anteproyecto de 1954, art. 308 y Anteproyecto De Gásperi de 1964, art. 3570).

Con anterioridad a la ley 17.711, el antiguo art. 3962 permitía que pudiera oponerse la prescripción “en cualquier instancia y en todo estado del juicio”. Era un criterio congruente con la índole de obligación natural que corresponde a la obligación prescripta, que deja al deudor en libertad legal de satisfacer o no la prestación debida sin estar obligado a ello (conf. art. 515 parte inicial).

2102. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y EXTINTIVA.— Tal como ha quedado caracterizada y conforme al alcance del concepto definido en el n° 2099, la prescripción desempeña una doble función en el derecho: es un modo de adquisición de un derecho y un medio de extinción de las acciones correspondientes a los derechos en general.

En el primer sentido, la prescripción es *adquisitiva*, y a ella se refiere el art. 3948, al decir que la “*prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley*”. Presenta los siguientes caracteres: 1°) se aplica a cosas inmuebles en general, y a ciertas cosas muebles, a saber, las que fueren robadas o perdidas (conf. nuevo art. 4016 bis); 2°) se refiere a los derechos reales de goce (conf. art. 4015); 3°) requiere la conjugación del factor tiempo fijado por la ley en

¹⁰ Baudry-Lacantinerie y Tissier, *Des prescriptions*, n° 62, p. 55; Guilloa, *Traité de la prescription*, t. I, núms. 321 a 323, ps. 300 y ss.; Salvat, R., *Obligaciones*, 4ª ed., núms. 2309/2310, p. 970; Colmo, A., *Obligaciones*, n° 906. Véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. III, núms. 2131 y 2132.

cada caso, con la posesión continuada de la cosa. Esta institución, denominada “prescripción adquisitiva” o “usucapión”, se estudia en los tratados de Derechos Reales.

En el segundo sentido es extintiva o liberatoria. El art. 3949 la define así: “*La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere*”. Presenta los siguientes caracteres: 1º) se aplica a toda clase de bienes y derechos, que la ley no haya exceptuado; 2º) requiere la conjugación del factor tiempo con la inacción del titular durante el período designado por la ley.

Ambas clases de prescripciones presentan los siguientes puntos de contacto: 1º) ambas instituciones responden al mismo fundamento (véase *supra*, n° 2100); 2º) ambas son de orden público, con las consecuencias apuntadas anteriormente (véase *supra*, n° 2064); 3º) ambas pueden verse afectadas por idénticas causas de suspensión e interrupción. Con esta aclaración nos referiremos en adelante sólo a la prescripción extintiva, puesto que tratamos de los medios por los cuales se extinguen o modifican sustancialmente las relaciones jurídicas.

2103. ACCIONES IMPRESCRIPTIBLES.— El principio de prescriptibilidad de las acciones, en general, no es absoluto. Hay diversos derechos que no se ven afectados por el transcurso del tiempo.

2104.— En primer lugar, las acciones referentes a las relaciones de *familia* no son susceptibles de prescripción, y pueden ser deducidas en cualquier momento para obtener el restablecimiento del estado derivado de esas relaciones (conf. arts. 251 según texto de la ley 23.264, y 4019, inc. 2º). Aun cuando la ley sólo se refiere a la acción del hijo, no hay duda de que el mismo régimen afecta a todas las acciones de estado, como lo admite sin discrepancias la doctrina. Es también la solución del Anteproyecto de 1954 (art. 306, segunda parte), del Anteproyecto Bibiloni (art. 3389) y del Proyecto de 1936 (art. 323, inc. 4º).

2105.— Tampoco prescriben las acciones referentes a *bienes que no están en el comercio* (art. 4019, inc. 1º). Lógicamente, si tales bienes son inalienables, no es posible perderlos por la dejación prolongada del derecho.

2106.— Igualmente son imprescriptibles las *acciones reales* derivadas del dominio, y las negatorias de servidumbre prediales, salvo en caso de oponerse usucapión contraria (conf. Anteproyecto de 1954, art. 322, incs. 2º y 3º). El Código sólo se refiere a la imprescriptibilidad de la acción negatoria (art. 4019, inc. 4º), no obstante lo cual es indudable que la misma calidad corresponde a la acción reivindicatoria, que se refiere a la actuación de un derecho perpetuo, como es el dominio,

que subsiste independientemente del ejercicio que de él se haga (conf. art. 2510). Por esto decimos que tales acciones son por sí mismas imprescriptibles, a menos que se haga valer contra ellas la usucapión cumplida a favor del poseedor de la cosa o de la servidumbre. En tal caso, consumada la adquisición del poseedor por la prescripción adquisitiva cumplida a su favor, quedan extinguidas las acciones del anterior titular.

2107.— El Código menciona como imprescriptible la acción de *división* mientras dura la indivisión de los comuneros, y la de *acceso a la vía pública* (arts. 4019, incs. 3° y 6°). Igual carácter tiene, como indican los proyectos de reforma, la acción de *deslinde* de inmuebles, la referente a la *construcción de cercos o muros divisorios*, o de un *acueducto* (Anteproyecto Bibiloni, art. 3425, inc. 6°; Proyecto de 1936, art. 323, incs. 8° y 9°; Anteproyecto de 1954, art. 322, incs. 5° y 6°).

En todos estos casos el fundamento de la imprescriptibilidad es el mismo: se trata de “*facultades*” que corresponden a ciertos derechos, que no viven independientemente de éstos.

La abstención de alguna facultad sólo indica que hasta entonces el titular del derecho no ha deseado “actuarlo” en el sentido de aquella facultad, sin que por ello se pueda concluir que ella no le interesará en lo futuro, ni que el derecho quede cercenado por esa abstención. Así la facultad de construir un edificio en el propio terreno no se pierde por el hecho de que durante largo tiempo el propietario no haya utilizado esa opción comprendida en el cúmulo de prerrogativas correspondientes a su derecho de dominio.

Pero es de hacer notar que lo dicho acerca de las “*facultades*” (*in facultativis non datur praescriptio*) se refiere a las facultades legales, mas no a las facultades convencionales, las cuales constituyen derechos independientes *per se estante*, v.gr., la facultad de abrir una vista concedida por un vecino a otro en cuyo caso el no ejercicio implica efectivo abandono del titular¹¹, y consiguientemente la “*inacción*”, que da lugar a la prescripción del respectivo derecho.

2108.— El Código incluye entre las acciones imprescriptibles a “la acción de *separación de patrimonios*, mientras que los muebles de la sucesión se encuentran en poder del heredero” (art. 4019, inc. 5°). Se ha observado por Bibiloni que el codificador entendió referirse a los inmuebles, y que por un error de impresión se consignó a los muebles: en tal sentido aconseja la reforma (Anteproyecto Bibiloni, art. 3425, inc. 7°; Proyecto de 1936, art. 323, inc. 10°). Sin embargo, entendiéndose *Segovia* que es similar la situación de los muebles e inmuebles, ya que el art. 3443, sin hacer distinción, autoriza la separación de patrimonios “mientras los bienes estén en poder del heredero, o del heredero de éste”.

El Anteproyecto de 1954 no menciona esta imprescriptibilidad, por cuanto estimamos que la separación de patrimonios es un privilegio que pueden hacer va-

¹¹ Conf. De Ruggiero, R., *Instituciones*, t. I, p. 323.

ler los acreedores de la herencia frente a los acreedores del heredero, y consiguientemente una "calidad" de los créditos de aquéllos ¹². Esto significa que mientras el crédito viva en su carácter civil (no natural, conf. art. 515, inc. 2º) será posible que el respectivo titular haga valer su privilegio con tal que se dé el supuesto de hecho indispensable, es decir, que los bienes de la herencia subsistan en poder del heredero y no se hayan confundido con los propios suyos (conf. arts. 3442 y 3443). Para ser lógico, si se menciona concretamente la imprescriptibilidad de este privilegio, habría que proceder del mismo modo con todos los demás.

2109.— Fuera de los casos de imprescriptibilidad consignados por el codificador, la doctrina incluye el referente a la acción para aducir la *nulidad absoluta* de un acto jurídico (véase *supra*, n° 1979). En igual sentido se expiden los proyectos de reforma (Anteproyecto Bibiloni, art. 3425, inc. 3º; Proyecto de 1936, art. 323, inc. 3º, que usa una terminología impropia; Anteproyecto de 1954, art. 322, inc. 8º).

2110.— Por nuestra parte, opinamos que en teoría, es asimismo imprescriptible la acción para obtener la *declaración de simulación* (véase *supra*, n° 1817). Ese carácter le atribuye el Anteproyecto de 1954, art. 322, inc. 9º, cuando la acción se ejerce por una de las partes en tanto la otra no haya desconocido el acto oculto. Si, en cambio, media ese desconocimiento, o la acción se intenta por terceros perjudicados por la simulación, la prescripción es la anual, que corresponde a los actos ilícitos (art. 327, inc. 2º), para lo cual se ha tomado en cuenta que la simulación ilícita constituye en sí misma un delito civil ¹³, e igual carácter tiene el alzamiento contra lo pactado efectuado por uno de los contratantes que intenta prevalerse del acto aparente.

De hecho, la ley 17.711 ha suprimido este supuesto de imprescriptibilidad (véase *supra*, n° 1818 ter).

2111. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN.— Son de lo más variados para las diferentes acciones. Su estudio debe efectuarse con motivo de cada institución jurídica en particular.

No obstante ello, cabe decir aquí que las acciones referentes a derechos creditorios que no tuviesen otro lapso establecido, prescribían en el régimen del Código de Vélez a los diez o veinte años, conforme a lo dispuesto

¹² Roberto Ponssa, *Doctrina general de los privilegios*, Bs. As., 1951, ps. 224-25.

¹³ Conf. Salvat, R., *Parte General*, n° 2545, p. 1053. Empero, hay que apuntar que dentro de ese enfoque, la prescriptibilidad sólo juega con respecto a la reparación de los perjuicios que pudieren derivar de la simulación o de su desconocimiento. Pero no habría prescripción posible que afectase a la pretensión de restablecer el estado de cosas anterior a la celebración del acto simulado puesto que éste es inepto para originar derechos. De ahí que los que correspondieran a las partes, sólo pueden alterarse por la usucapión contraria que se hiciese valer contra ellos.

en el art. 4023, que decía así: Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años entre los presentes y veinte entre ausentes, aunque la deuda esté garantizada con hipoteca.

Se había criticado, con razón, este doble régimen de prescripción según la presencia o ausencia de los interesados. Si podía justificarse en la antigüedad romana por la dificultad de las comunicaciones, ya no tiene sentido en el mundo contemporáneo.

Por otra parte, el vocablo “ausentes” es ambiguo: ¿ausentes de dónde? ¿Del domicilio? ¿Del lugar en que debe iniciarse la acción? Asimismo, se usa la palabra en plural: ¿significa ello que *ambas* partes interesadas deben ser las ausentes? ¹⁴.

Estos interrogantes habían sido resueltos por la doctrina, trasladando a esta disposición la aclaración que al respecto hace el art. 3999. En tal sentido se había entendido que el precepto se refería a la ausencia del acreedor de la provincia donde estaba domiciliado el deudor ¹⁵. Pero se había observado cuán ilógica era la solución, pues si acreedor y deudor se domiciliaban en la Capital Federal y Avellaneda, respectivamente, la prescripción era de veinte años, y si en cambio uno tenía su domicilio en San Nicolás y el otro en Bahía Blanca, era de diez años ¹⁶.

2111 bis. TÉRMINO GENERAL DE PRESCRIPCIÓN.— El plazo genérico de prescripción de cualquier derecho creditorio que no tuviese otro lapso establecido, es ahora de diez años sin distinción entre presentes o ausentes (nuevo art. 4023). Con esta reforma instituida por la ley 17.711 se satisface a la crítica que había hecho la doctrina y que hemos expuesto en el n° 111, precedentemente.

El art. 4023 que contiene el término general de prescripción aludido ha quedado ahora redactado en la siguiente forma: “*Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial.*”

“*Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátase de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor*” (nuevo art. 4023 con la enmienda dispuesta por la ley 17.940 de Fe de Erratas).

2112.— No obstante referirse la ley a las “acciones personales por deudas exigibles”, se ha estimado que la prescripción decenal del art. 4023 es aplicable a toda clase de acciones prescriptibles que no estén sujetas a diverso plazo. Tal es la

¹⁴ Conf. Bibiloni, *Anteproyecto*, ed. Abeledo, t. VII, p. 46; De Gásperi, L., *Obligaciones*, III, § 1850, p. 331. Era la ausencia del acreedor la que interesaba (Cám. Civ., Sala “D”, “E.D.”, t. I, p. 282).

¹⁵ Machado, J. O., *op. cit.*, t. XI, p. 280; Salvat, R., *Obligaciones*, 4ª ed., n° 2182, p. 897; Colmo, A., *Obligaciones*, n° 956, p. 674; Lafaille, H., *Curso de obligaciones*, t. I, n° 915, p. 444. Pero no jugaba el supuesto de la ausencia si el ausente había constituido domicilio especial en el lugar de cumplimiento de la obligación (Cám. Civ., Sala “D”, “L.L.”, t. 103, p. 689).

¹⁶ Conf. De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. III, § 1850, p. 332.

solución expresa en los proyectos de reforma, los cuales han eliminado la diferenciación entre presentes y ausentes (Anteproyecto Bibiloni, art. 3426; Proyecto de 1936, art. 324, 4°; Anteproyecto de 1954, art. 323, inc. 5°), y que también corresponde interpretar luego de la ley 17.711.

2113. **CÓMPUTO DEL TÉRMINO.**— En cuanto al *cómputo* del término de la prescripción, el art. 3956 dispone que “*la prescripción de las acciones personales, lleven o no interese, comienza a correr desde la fecha del título de la obligación*”.

Este precepto considera las relaciones jurídicas puras y simples, es decir las que no están sometidas a accidente alguno. Ellas acuerdan al titular la facultad de hacer valer su derecho desde su misma constitución. A partir de ese momento el titular está habilitado para ejercer la acción respectiva, y si permanece inactivo, paralelamente a su inacción la prescripción sigue su curso.

Pero cuando el derecho del titular no está expedito, si está sometido a plazo u otra contingencia que traba el ejercicio actual de la acción, ésta no está en curso de prescripción, simplemente porque aún no ha nacido. Es el principio romanista *actio non nata non praescribitur* que domina toda esta materia.

La prescripción, como se ha visto en el n° 2079, se vincula a la acción y no a la relación jurídica. La acción se diferencia conceptualmente de la relación jurídica en cuanto es el modo de hacer valer a ésta en justicia. Normalmente se tiene *acción* desde que *la relación jurídica* se ha formado, razón por la cual, en principio, la prescripción, no obstante afectar exclusivamente a la acción, comienza a correr desde la fecha de la existencia de dicha relación, como expresa el recordado art. 3956.

Por excepción la acción y la relación jurídica pueden estar disociadas, v.gr., se ha establecido un *plazo* que posterga el ejercicio de derecho o una *condición* que subordina el mismo nacimiento del derecho al acaecimiento de un hecho futuro e incierto. En tales casos la relación jurídica existe desde la fecha de su constitución, pero la acción no, puesto que siendo ella un puro dinamismo, un medio de obrar *in jure*, no ha podido existir mientras el titular de la relación jurídica carecía de posibilidades de actuar eficientemente, o sea hasta el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición ^{16 bis}.

Por esta razón, apartándose de la regla del art. 3956, dispone el artículo siguiente que “*la prescripción de la acción de garantía o saneamiento de los crédi-*

^{16 bis} Es de notar que el punto de partida de la prescripción depende del vencimiento del plazo que difería la exigibilidad del crédito pero no de la “mora” del deudor (Cám. Ap. San Nicolás, “L.L.”, t. 104, p. 101).

tos condicionales y de los que son a término cierto, no principia sino desde el día de la evicción, del cumplimiento de la condición, o del vencimiento del término”.

En suma, la prescripción, que es un medio de extinción de la acción, corre desde que ésta se encuentra en movimiento, independientemente de la fecha de la relación jurídica respectiva. Así, pues, es posible fundir en una disposición única las dos soluciones de los arts. 3956 y 3957, que no difieren sino aparentemente. Es lo que ha hecho el Anteproyecto de 1954, cuyo art. 311, primera parte, expresa en una fórmula general aplicable para todos los derechos: “el curso de la prescripción se computará a partir del momento en que el derecho respectivo pudiera hacerse valer”. Esa norma elude el casuismo, y ahorra preceptos como los de los arts. 3953 a 3957 y 3960 del Código vigente.

2114. SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.— El curso de la prescripción que está pendiente desde el nacimiento de la acción respectiva, puede verse alterado por dos fenómenos diversos entre sí: son la *suspensión* y la *interrupción* de la prescripción.

2115. SUSPENSIÓN.— La suspensión consiste en la detención del tiempo útil para prescribir por causas concomitantes o sobrevinientes al nacimiento de la acción en curso de prescripción. Mientras actúa la causa que opera la suspensión, el lapso que transcurre es inútil para prescribir, pero en cuanto dicha causa cesa de obrar, el curso de la prescripción se reanuda, sumándose al período transcurrido con anterioridad a la suspensión (art. 3983).

Los hechos que en el sistema del Código de Vélez daban lugar a la suspensión son los siguientes:

- 1º) la minoridad (antiguo art. 3966);
- 2º) la sujeción bajo curatela (antiguo art. 3966);
- 3º) el matrimonio (arts. 3969 y 3970);
- 4º) la imposibilidad de obrar reconocida por la ley (arts. 3972 y 3973);
- 5º) La imposibilidad proveniente de fuerza mayor (art. 3980).

Nos referiremos separadamente a esas circunstancias.

2116. 1) MINORIDAD.— Decía el antiguo art. 3966: “*la prescripción no corre contra los menores, estén o no emancipados...*”.

La suspensión de la prescripción a favor de los menores constituía un exagerado privilegio que no condecía con el principio del art. 58, según el cual el “*Código protege a los incapaces, pero sólo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio*”. Todavía se hubiera justificado que los menores carentes de representantes legales, gozasen de semejante privilegio, pero no en los supuestos ordinarios de representación existente, en los cuales es suficiente la responsabilidad personal del representante, cuando éste ha dejado prescribir algún derecho perteneciente al representado.

Para mostrar la inconveniencia de la suspensión de la prescripción en este caso, se ha observado que “la prescripción puede quedar por largo tiempo adormecida porque varios menores se sucedan en la titularidad de un crédito”¹⁷. Con ello se da injustificada preferencia a la protección del interés privado del incapaz, postergando la consideración del interés general que procura la seguridad de los derechos y que, por tanto no consiente que se dilate por largo tiempo la incertidumbre de la situación. El codificador todavía había agravado el inconveniente al extender el privilegio a los menores emancipados, que no eran incapaces sino para ciertas hipótesis especiales (véase *supra*, cap. V, § 5).

2117. EXCEPCIONES.— Con todo, el privilegio de la suspensión de la prescripción a favor de los menores no era absoluto, ya que reconocía dos excepciones:

1) Por lo pronto el art. 3967 prevé que “*la prescripción de la acción del menor, llegado a la mayor edad contra su tutor por los hechos de la tutela, corre, en caso de muerte, contra sus herederos menores*”.

2) En segundo lugar dispone el art. 3968 que la “*prescripción de las acciones de nulidad contra los actos jurídicos, comenzada contra un mayor, corre igualmente contra sus herederos menores, salvo el recurso de éstos contra el tutor negligente*”.

Estas mismas excepciones muestran la inconsistencia del principio del cual se apartaban, pues no hay en ellas nada de especial. Las razones de Duranton de que se hace eco el codificador en las notas respectivas, no son convincentes, pues ¿por qué se ha de suspender la prescripción cuando la acción de nulidad nace en cabeza de un menor, si no se suspende cuando la acción pasa de un mayor a un menor? No hay motivo para la distinción, sino para concluir que las razones que sustentan las dos hipótesis de excepción, concurren en toda clase de situaciones.

¹⁷ De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. III, § 1817, p. 304.

2118. LEGISLACIÓN EXTRANJERA.— Esta convicción unánime de la doctrina ha impulsado a las codificaciones modernas a abandonar la suspensión de la prescripción a favor de los incapaces. El Código suizo no toma en cuenta la incapacidad como factor de suspensión o prolongación de la prescripción. El Código alemán (art. 206) prolonga la prescripción de los derechos de los incapaces carentes de representantes hasta seis meses después de nombrado el representante o adquirida la capacidad. El nuevo Código italiano (art. 2942) suspende la prescripción contra los menores no emancipados e interdictos por enfermedad mental, durante el tiempo en que carecieren de representantes legales y por los seis meses siguientes a la designación de los mismos o cesación de la incapacidad.

2119. PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.— El *Anteproyecto Bibiloni* (art. 3400) sigue el sistema del Código alemán, con el agregado de extender el beneficio a los incapaces no declarados. Hay en ello una contradicción, pues los insanos a quienes se quiere favorecer no son incapaces sino a partir de la declaración de insania, no existiendo insanos que sean incapaces no declarados. Se comprende que es una idea generosa la de incluir a los insanos no interdictos, pero impracticable, por cuanto crearía un lapso de suspensión sin punto de partida fijo e indefinido en su duración, ya que podría perdurar toda la vida del titulado insano. Es cierto que tales insanos, por lo mismo que no tienen representantes, son los que deben contar en primer término con el amparo de la ley, pero ésta actúa proveyéndolos de representante e impulsando a los parientes del enfermo con sanciones adecuadas, como las de los arts. 3295, 475 segunda parte, 398, inc. 13, a fin de que ellos intenten las gestiones conducentes a aquel objeto. Si se critica el sistema del Código actual, no es razonable crear un régimen semejante que presenta aún mayores deficiencias que aquél por la incertidumbre de los hechos que lo determinan, a saber: existencia de una enfermedad mental no verificada judicialmente.

El proyecto de 1936 (art. 310) sigue sin variantes el criterio inapropiado de Bibiloni.

Finalmente nuestro Anteproyecto de 1954 (art. 314) se atiene fielmente al sistema del Código italiano. Sus características son las siguientes: 1º sólo comprende a los incapaces, carentes de representantes legales, sin perjuicio de que la enfermedad mental no declarada pueda conceptuarse fuerza mayor y dar lugar a otro tipo de eximente prevista en el artículo 314, segundo apartado, de dicho Anteproyecto; 2º se trata de una suspensión de la prescripción en curso, cuyo término no se modifica, en tanto que el sistema alemán contempla en esos casos una prolongación de los plazos de prescripción sólo cuando el vencimiento de ellos coincidiese con la situación de indefensión provocada por la ausencia de representante lo cual da lugar a desigualdades injusta. Ejemplos: Supóngase un incapaz que resulta titular de un crédito que prescribe a los cinco años. En un primer caso el representante del incapaz A fallece a los tres años de curso de la prescripción, y no se designa nuevo representante durante cuatro años, después de los cuales, más seis meses, queda el crédito prescripto. En un segundo caso el representante del in-

capaz *B* fallece al año de haber comenzado a correr la prescripción, y si se reitera la situación anterior durante igual lapso de carencia de representación, siempre la prescripción se operará a los seis meses del nombramiento del nuevo representante. La desigualdad es evidente, pues el tiempo útil de la prescripción contra *A* ha sido de tres años y medio y contra *B*, incurso en la misma situación, de sólo un año y medio, descontando en ambos supuestos los cuatro años que duró la ausencia de representación.

Esa desigualdad desaparece aplicando el sistema italiano adoptado por nuestro Anteproyecto de 1954. Tanto *A* como *B* dispondrán de igual tiempo útil para ejercer el derecho respectivo. Como se trata de una prescripción de cinco años, el nuevo representante de *A* tendrá aún dos años después de los seis meses de su nombramiento para accionar. Estos dos años, agregados a los tres años que habían corrido antes, completan la prescripción quinquenal, a cuyo efecto no se computa el período de la suspensión. En el segundo caso el representante de *B* contará desde los seis meses de su nombramiento con cuatro años más para ejercer útilmente el derecho de su representado: así, los cuatro años, sumados al año transcurrido antes de la suspensión, completan los cinco años de la prescripción total, que es igual en ambas situaciones.

2120. 2) SUJECCIÓN BAJO CURATELA.— Gozaban del mismo privilegio que los menores las personas sujetas a la curatela de otro, como resulta del antiguo art. 3966 que comprendía a unos y otros: “La prescripción no corre contra los menores de edad, estén o no emancipados, ni contra los que se hallen bajo una curatela, aunque la prescripción hubiere comenzado en la persona de un mayor a quien hayan sucedido, con excepción de los casos en que las leyes hubieren establecido lo contrario”.

La disposición favorecía a las siguientes personas, puesto que todas ellas se encontraban sometidas a curatela: 1°) las personas por nacer (art. 57, inc. 1°); 2°) los dementes declarados tales (art. 57, inc. 3°); 3°) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 57, inc. 3°); 4°) los ausentes simples (ley 14.394, arts. 19 y 20); 5°) los condenados a prisión por más de tres años (Cód. Pen., art. 12).

2121.— El Código no había previsto si cesaba el beneficio de la suspensión a favor de la persona sujeta a curatela en los supuestos de los arts. 3967 y 3968 ya estudiados, a saber, prescripción pendiente con motivo de la acción por rendición de cuentas de la tutela o curatela contra los herederos del tutor o curador también sujetos a curatela; y prescripción pendiente de la acción de nulidad comenzada contra un mayor y continuada contra sus herederos sujetos a curatela.

Se imponía la misma solución que para los menores, por la identidad de situación: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*. Una interpretación que se atuviese a la literalidad de lo dispuesto en el art. 3966 *in fine*, quebraría la coherencia racional de la ley. Para que ésta quedara a salvo era menester que se proyectara la

aplicación de los arts. 3967 y 3968 a las personas sujetas a curatela. Tal la opinión de Segovia y Llerena contra lo sostenido por Machado ¹⁸.

2121 bis. CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN CONTRA INCAPACES.— Haciéndose eco de las críticas que había suscitado la suspensión de la prescripción con respecto a los incapaces, como así también del sentir de las modernas codificaciones extranjeras y proyectos nacionales de reforma (*supra*, núms. 2116 a 2119), la ley 17.711 ha innovado en la redacción del art. 3966, que ha quedado en los siguientes términos: “*La prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales. Si careciesen de representación se aplicará lo dispuesto en el art. 3980*”.

Desde un punto de vista técnico nos parece deficiente la afirmación contenida en la primera parte del nuevo art. 3966, que reitera para los incapaces el principio general del curso de la prescripción respecto de todos los no exceptuados. Es claro que no corresponde volver a reiterar para una categoría de personas —los incapaces que cuentan con representantes legales— una solución que ya está dada por los principios generales, que para eso están, es decir, para abarcar en su régimen a todos los comprendidos en su ámbito de vigencia, entre ellos también los que se encuentran en aquella categoría. Por ello, para alterar el sentido del antiguo art. 3966 lo que correspondía era sustituirlo por un precepto que dijese lo siguiente: “Cuando se cumpla una prescripción en perjuicio de un incapaz que carezca en ese momento de representante, se aplicará lo dispuesto en el art. 3980”.

2122. 3) EL MATRIMONIO.— El vínculo matrimonial influye en dos supuestos para determinar la suspensión de la prescripción:

2123.— a) El primer caso se refiere a las acciones de los esposos entre sí, a cuyo respecto dice el art. 3969: “*La prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente*”.

Se comprende de inmediato el sentido de la presente disposición. La ley ha deseado cohibir en los esposos cualquier sentimiento de hostilidad recíproca, y para ello suspende el curso de la prescripción a fin de eximir a los cónyuges de la necesidad de interponer alguna acción judicial con el objeto de preservar sus derechos. Si así no fuera, los esposos podrían sentir la tentación de envenenar sus afectos con citaciones y actuaciones procesales, en el afán de enervar la prescripción que cualquiera de ellos pretendiese ganar contra el otro ¹⁹.

La suspensión subsiste aun cuando promedie la separación de bienes y hasta el divorcio. No obstante tan deplorables contingencias, la ley elimina toda valla que pueda obstar a la deseable reconciliación de los esposos, por cuya razón ha

¹⁸ Segovia, L., *op. cit.*, art. 3969, nota 55, p. 745; Llerena, B., *op. cit.*, t. X, p. 453, art. 4968, n° 1; contra: Machado, J. O., *op. cit.*, t. XI, ps. 82, 84 y 86, notas a los arts. 3967 y 3968.

¹⁹ Conf. Giorgi, J., *Obligaciones*, t. VIII, n° 256, p. 376.

mantenido en tales circunstancias el efecto suspensivo del matrimonio sobre la prescripción de los derechos recíprocos de los cónyuges. Se estima, como dice De Gásperi, que dada la posibilidad de su reconciliación, nada debe hacerse que torne irremediable su desunión ²⁰.

2124. SUPUESTO DE DIVORCIO VINCULAR.— La solución sigue siendo la misma aun cuando se haya disuelto judicialmente el vínculo matrimonial, lo cual pudo tener lugar a pedido de cualquiera de los esposos después de un año de la sentencia de divorcio, sin reconciliación en el intervalo, durante la vigencia de la ley 14.394, art. 31, apartado segundo.

Podría pensarse que si ha habido disolución del matrimonio, falta el motivo para suspender la prescripción. Pero legalmente no es dable sacar esa consecuencia.

Díaz de Guijarro ha mostrado cómo es imposible asignar efectos no enunciados al art. 31 de la ley 14.394, porque la generalidad de la derogación prevista en su art. 57 —con respecto a “todas las disposiciones que y en cuanto se opusieren a ella”— carece de la posibilidad de ser aplicada concretamente en los casos en que falta antinomia normativa ²¹. Y desde ese punto de vista no hay incompatibilidad, sino al contrario, entre el art. 3969 del Código Civil, y el art. 31, ley 14.394.

Por otra parte, el citado autor subraya que es la ley misma la que indica el efecto que produjo la declaración judicial de disolución del vínculo matrimonial: ella “autoriza a ambos cónyuges a contraer nupcias”. Y agrega: “Tal es la única consecuencia que se expresa lo que veda deducir otras” ²².

Cabe entonces concluir que la suspensión de la prescripción entre cónyuges subsiste aun después de disuelto judicialmente el vínculo.

2125.— b) El segundo caso de incidencia del matrimonio en la suspensión de la prescripción está en el art. 3970, según el cual “*la prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de la mujer hubiere de recaer contra el marido, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses*”. Ejemplo: el marido vende una cosa robada a un extraño, y ésta a su vez la vende a la esposa del primero; producida la reivindicación de la cosa por el propietario, nace a favor de la mujer una acción de daños y perjuicios contra su transmitente. Pero esa acción redundaría contra el marido, ya que el extraño puede, a su turno, accionar contra él. Luego la acción a favor de la mujer se mantiene con la prescripción en suspenso.

La razón de esta disposición la da Vélez Sarsfield en su nota al art. 3970, usando palabras de Troplong: “se ha considerado con mucha razón que una mujer

²⁰ De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. III, § 1822, p. 308.

²¹ Díaz de Guijarro, E., *Subsistencia de la vocación hereditaria del cónyuge inocente del divorcio, aun cuando se decreta la disolución del vínculo*, “J.A.”, 1955-III, secc. doctr., p. 3, n° 8.

²² Díaz de Guijarro, E., art. citado, n° 13.

cuya acción tuviera la consecuencia inmediata de poner a un extraño en el caso de reclamar sus derechos del marido, o exigirle las indemnizaciones debidas, se abstendría de ocurrir a los jueces para salvar sus derechos, y se sacrificarían así sus intereses y los de sus hijos, a la afección conyugal”²³.

2126. 4) LA IMPOSIBILIDAD DE OBRAR RECONOCIDA POR LA LEY.— En ciertas situaciones, pese a tratarse de acciones que están en movimiento, la ley suspende la prescripción respectiva, por estimar que el titular se encuentra en la imposibilidad momentánea de obrar. Es lo que ocurre con el heredero beneficiario y el tutor.

2127. a) HEREDERO BENEFICIARIO.— A su respecto dice el art. 3972: “*La prescripción no corre contra el heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario, respecto de sus créditos contra la sucesión*”.

La disposición se explica fácilmente. Aceptada la herencia con beneficio de inventario, el heredero resulta titular de un patrimonio especial (véase *supra*, n° 1290) constituido por el acervo hereditario, y destinado a solventar las deudas del causante. Enjugadas éstas, el saldo se incorpora al patrimonio general del heredero y deja de existir el patrimonio especial. Pero este proceso requiere un cierto tiempo, durante el cual el heredero actúa como titular de su propio patrimonio general y del patrimonio especial, situación que lo pondría en la necesidad de demandarse a sí mismo. Por esta imposibilidad la prescripción de sus créditos contra la sucesión queda en suspenso.

2128.— La situación inversa es resuelta por el codificador con el mismo criterio. Así expresa el art. 3974: “*El heredero beneficiario no puede invocar a su favor la prescripción que se hubiese cumplido en perjuicio de la sucesión que administra*”.

2129. b) TUTORES Y CURADORES.— Por aplicación de los mismos principios se suspende la prescripción a favor o en contra de *tutores* y *curadores* respecto de las acciones referentes a la tutela o curatela. Así lo dispone el art. 3973: “*La prescripción de las acciones de los tutores y curadores contra los menores y las personas que están bajo curatela como también las acciones de éstos contra los tutores y curadores, no corren durante la tutela o curatela*”.

El precepto se refiere tanto a las acciones a favor de los representantes, como en contra de ellos. Acerca de éstas la disposición era superflua en el régimen el Código de Vélez, pues se superponía a lo establecido en general por el antiguo art. 3966. Ahora en cambio, el precepto ha cobrado autonomía de vigencia haciendo excepción al nuevo art. 3966. En cuanto a las acciones del tutor o curador contra su representado, se suspenden por la imposibilidad de que aquél asuma el papel del actor y demandado, o mejor dicho, para evitar la necesidad de nombrar un tutor y

²³ Conf. Troplong, *Des prescriptions*, t. II, n° 768, p. 286.

o curador especial (conf. art. 61), que puede soslayarse por el arbitrio de la suspensión de la prescripción.

2130. 5) IMPOSIBILIDAD PROVENIENTE DE FUERZA MAYOR.— La fuerza mayor tiene también su incidencia en el régimen de la suspensión de la prescripción.

Un principio fundamental del orden jurídico indica que nadie está obligado a lo imposible: *ad impossibilia nemo tenetur*. Lógicamente, si el titular de un derecho ha estado impedido por circunstancias de hecho para ejercer la respectiva acción durante todo el tiempo de la prescripción, no se puede considerar a ésta cumplida. Ejemplo: el insano no declarado que por su enfermedad deja cumplir una prescripción ^{23 bis}.

En tal sentido disponía el antiguo art. 3980: Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiera impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a librar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos inmediatamente.

Este precepto merecía tres observaciones.

En primer término, se trataba de una causa de suspensión que funcionaba de una manera anómala. De ordinario el hecho que determina la suspensión inutiliza para la prescripción todo el tiempo durante el cual ha obrado, de modo que una vez cesado, el curso de la prescripción se reanuda por todo el término legal (conf. art. 3983). Aquí no ocurría así, pues el lapso de impedimento material era útil para prescribir, sólo que si la prescripción se cumplía en ese período, el titular del derecho quedaba eximido de ella. Más que una suspensión era una prolongación de la prescripción.

En segundo lugar, la exención de la prescripción cumplida no era automática sino que estaba condicionada a que el titular del derecho la hiciese valer inmediatamente después de cesado el impedimento material que obstaba a su ejercicio.

Por último, aun cuando el artículo pareciera dejar el efecto apuntado al arbitrio del juez (arg. "los jueces están autorizados"), no debía entenderse así. Los jueces no podían rehusar arbitrariamente la exención de la prescripción ²⁴. El codificador había usado esa redacción para significar que la exención era sólo procedente cuando el juez apreciara según su criterio, que el titular había estado en la imposibilidad material de obrar, pero había ejercido su derecho en cuanto había podido hacerlo.

2130 bis. LA LEY 17.711 Y LA IMPOSIBILIDAD PROVENIENTE DE FUERZA MAYOR.— A este respecto dice el nuevo art. 3980: "*Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una*

^{23 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "D", "E.D.", t. I, p. 282.

²⁴ Conf. Segovia, L., t. II, art. 3982, p. 749, nota 69.

acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses.

"Si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquélla, los jueces podrán aplicar lo dispuesto en este artículo".

Esta reforma mantiene la índole peculiar de la suspensión de la prescripción provocada por un evento de fuerza mayor ^{24 bis}, que impida al titular de una acción iniciar una demanda interruptiva, pues el lapso transcurrido es útil para prescribir, sólo que si la prescripción se cumple en ese período, el titular del derecho puede quedar exento de ella: hay, pues, una prolongación de la prescripción subordinada a una pronta actuación después de cesado el obstáculo que impedía el ejercicio de la acción.

El nuevo art. 3980, aunque acepta esa incidencia de la imposibilidad de obrar en la prolongación del respectivo plazo de prescripción, supedita ese efecto a la articulación de la pertinente demanda "*en el término de tres meses*", a partir de la cesación del impedimento. Con ello, la ley 17.711 crea un *término de caducidad* que viene a sustituir al adverbio "inmediatamente" que empleaba el antiguo art. 3980. Es una innovación acertada, porque elimina la discrecionalidad judicial en la apreciación de la prontitud con que el titular del derecho lo ejerza después de haber cesado el obstáculo que lo trababa ^{24 bis 1}.

La segunda modificación que contiene a este respecto, la ley 17.711 se refiere al agregado ya transcripto, cuya inclusión parece de justificación muy dudosa.

^{24 bis} Conf. De Gásperi-Morello, *Tratado de Derecho Civil*, t. III, n° 1471, ps. 437-438; Salvat-Galli, *Obligaciones*, t. III, n° 1118; autores que hablan de fuerza mayor.

El Anteproyecto de 1954, para aclarar el supuesto de que se trata, dice en el art. 314, 2ª parte: "También se suspenderá la prescripción durante el lapso en que el titular estuviere imposibilitado por fuerza mayor para hacer valer su derecho si intentare la acción correspondiente en cuanto pudiese deducirla"

^{24 bis 1} En este sentido, el criterio de los tribunales era muy variable. A veces se conformaron con apreciar si el demandante había actuado con diligencia sin aludir al tiempo: Sup. Corte Bs. As., "J.A.", 1946-I, p. 585. En otro fallo se estableció que al actuar dentro de seis días, el demandante lo había hecho inmediatamente, pero sin eficacia por tratarse de un reclamo privado hecho por carta (Cám. Com., Sala "A", "L.L.", t. 73, p. 513). En otras oportunidades, los tribunales entendieron que el demandante no había actuado "inmediatamente" si después de cesado el impedimento dejó pasar sin demandar doce días (Cám. Civ. 2ª Cap., "J.A.", 1945-IV, p. 505), un mes (Cám. Com., "L.L.", t. 28, p. 159), tres meses (Cám. Civ., Sala "A", "J.A.", 1960-I, p. 163 o "L.L.", t. 97, p. 692), cinco meses (Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 30, p. 396), nueve meses (Corte Sup. Nac., "J.A.", 1945-III, p. 172), un año (nuestro voto en disidencia en "L.L.", t. 96, p. 552), catorce meses y medio (Cám. Com., "J.A.", t. 74, p. 812 o "L.L.", t. 22, p. 874).

Consiguientemente, es muy apropiada una directiva que fija con carácter de plazo de caducidad, el lapso de tres meses como tiempo útil para preservar el derecho prescripto durante el estado de imposibilidad de obras, mediante una demanda interruptiva de la prescripción prolongada hasta cubrir ese tiempo.

En efecto, la solución contemplada en este agregado no ofrecía duda, pues quedaba claramente comprendida en el principio general del art. 3980. Su explicación entraña la desventaja del casuismo, y puede suscitar una interpretación errónea con respecto a otras situaciones análogas no incluidas que podrían quedar desechadas mediante una indiscreta aplicación del principio *qui dicit de uno negat de altero*, v.gr., la no deducción de demanda en tiempo útil para interrumpir la prescripción a causa de la ignorancia o error excusable sobre la existencia del derecho prescripto, que es una hipótesis típica de funcionamiento de la imposibilidad moral de obrar ^{24 bis 2}.

2130 ter. DOS NUEVOS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.— La ley 17.711 ha creado dos nuevos supuestos de suspensión de la prescripción que no estaban contemplados por el articulado del Código Civil. Así resulta del nuevo art. 3982 bis que dice así: *“Si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela”*.

Según el nuevo art. 3986, 2ª parte, *“la prescripción liberatoria se suspende, por una vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción”*.

En el Código de Vélez, el requerimiento extrajudicial del acreedor no era interruptivo de la prescripción ²⁵. No obstante, algunos autores insinuaron que podía serlo en función de las circunstancias si el silencio del deudor podía interpretarse inequívocamente como un asentimiento suyo a un requerimiento de pago ^{25 bis}.

La ley 17.711 se atuvo a otro criterio y siguiendo al Código italiano ^{25 bis 1} asignó eficacia interruptiva de la prescripción por una sola vez a *“la constitución en mora del deudor efectuada en forma auténtica”*. Ahora bien; esta virtualidad

^{24 bis 2} Conf. Cám. Civ., Sala “A”, “J.A.”, 1960-I, p. 163, “L.L.”, t. 97, p. 692; voto del Dr. A. M. Fleitas en “J.A.”, 1956-III, p. 123, “L.L.”, t. 83, p. 683; nuestro voto en “L.L.”, t. 96, p. 552.

²⁵ “Una interpelación extrajudicial dirigida al poseedor de un inmueble, no cambia el carácter de la posesión, y no interrumpe la prescripción” (nota al art. 3986). Conf. Salvat, *Obligaciones*, 6ª ed., t. III, n° 2157, c, p. 512; Borda, G. A., *Obligaciones*, t. II, n° 1048, texto nota 1627; De Gásperi-Morello, *Tratado de Derecho Civil*, t. III, n° 1474, ps. 443-444, nota 113, b, ap. c; etc.

Los proyectos de reforma del Código Civil tampoco atribuyeron al requerimiento extrajudicial de pago efecto interruptivo de la prescripción: Anteproyecto Bibiloni, art. 3411; Proyecto de 1936, art. 316; Anteproyecto de 1954, art. 317; Anteproyecto De Gásperi del año 1964, art. 3569 y su nota.

^{25 bis} Conf. Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, vol. 10, n° 2223, b, p. 427; Galli, E. V., su anotación a Salvat, *op. cit.*, t. III, n° 2154, a, p. 509.

^{25 bis 1} “La prescripción, además, se interrumpe por todo otro acto que implique constituir en mora al deudor” (art. 2943, última parte).

adjudicada a la constitución en mora supone que ella se concreta en una exigencia de pago que ahora sólo es constitutiva de mora en supuestos marginales. En efecto, según la nueva redacción que se le ha dado al art. 509 cuando la obligación es a plazo el sólo vencimiento del plazo es constitutivo del estado de mora del deudor. Y cuando la obligación carece de plazo, hay que comenzar por ubicar la circunstancia de tiempo de cumplimiento de la obligación, a fin de que ulteriormente pueda caer en mora el deudor por vencimiento del plazo que se le señale para ese efecto. Desde luego, si la mora se ha producido por el sólo vencimiento de la obligación, no podrá el acreedor constituir en mora a un deudor que ya era moroso. Pero esa desarmonía del art. 3986 con el art. 509 no podía privar al acreedor que había exigido el pago de su crédito del derecho de hacer valer por ese medio la interrupción de la prescripción. En el régimen de la ley 17.711 la exigencia de pago era interruptiva de prescripción, no por ser causa eficiente de un estado de mora sino por evidenciar la realización de un acto opuesto a la inacción del acreedor.

2130 quater.— La ley 17.940 modificó el nuevo texto del art. 3986, segunda parte, cambiando el verbo “interrumpe” por el verbo “suspende”, con lo que el precepto quedó como lo hemos transcripto en el número anterior. De ese modo se transformó lo que era un hecho interruptivo en suspensivo de la prescripción por el lapso máximo de un año. Pero la norma ha quedado desubicada porque con ese alcance debió integrar el capítulo I de este título y no el capítulo II dedicado a la “interrupción de la prescripción”. Hubiera sido preferible mantener el sentido de la ley 17.711, aunque subordinando la eficacia interruptiva de la intimación de pago a la articulación de la demanda judicial en un término de caducidad preciso.

2131. RELATIVIDAD DE LA SUSPENSIÓN.— La suspensión de la prescripción constituye un favor excepcional concedido en beneficio de ciertas personas que no puede extenderse a otras situaciones diversas de las contempladas por la ley. Es lo que dispone el art. 3981: *“El beneficio de la suspensión de la prescripción no puede ser invocado sino por las personas, o contra las personas, en perjuicio o a beneficio de las cuales ella está establecida, y no por sus cointeresados o contra sus cointeresados”*.

Por aplicación de esta norma un acreedor solidario no puede invocar la suspensión de la prescripción que favorece a su coacreedor, por ejemplo, la minoridad de éste no suplida por la existencia de un representante legal.

2132.— Pero la regla precedente no rige a los derechos reales y obligaciones indivisibles. Así lo advierte el art. 3982: *“La disposición del artículo anterior no comprende las obligaciones o cosas reales indivisibles”*.

2133. INTERRUPCIÓN.— La interrupción de la prescripción inutiliza el lapso transcurrido hasta ese momento. Consiguientemente, acaecido un

hecho interruptivo de la prescripción, se requerirá el transcurso de un nuevo período completo sin poderse acumular el tiempo anterior (conf. art. 3998).

De lo expuesto resulta la diferencia que separa a la interrupción de la suspensión. Mientras ésta mantiene la eficacia de la prescripción pendiente, si bien detenida en su curso, la interrupción produce un efecto más intenso, borrando por completo el tiempo transcurrido.

Las diversas causas que producen la interrupción de la prescripción son las siguientes: 1º) la interposición de la demanda judicial; 2º) el compromiso arbitral convenido por los interesados; 3º) el reconocimiento expreso o tácito de la obligación, hecho por el deudor. Tratándose de la prescripción adquisitiva, a las causas generales mencionadas hay que agregar la desposesión, que se estudia en las obras referentes a los derechos reales.

Nos referimos separadamente a los hechos interruptivos indicados.

2134. 1) DEMANDA JUDICIAL.— Para que la actividad del titular del derecho sea interruptiva del curso de la prescripción, debe concretarse en una demanda judicial. Según la primera parte del nuevo art. 3986, *“la prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio”*.

Por demanda judicial debe entenderse toda presentación hecha ante el juez, por la cual se ejerza alguna prerrogativa del titular referente al derecho de que se trate, v.gr.: reclamo del pago del capital o sólo de los intereses, articulaciones de medidas precautorias como embargos o inhibición general de bienes, o de medidas preparatorias del juicio ejecutivo como citación para reconocer documentos, pedidos de concurso o quiebra, etc.

Pero no producen efecto interruptivo las demandas privadas por concluyente que sea su prueba, ni tampoco las gestiones hechas ante la administración pública ^{25 bis 2}. No obstante, se ha conferido efecto interruptivo al reclamo administrativo que debe indispensablemente promoverse para que quede expedita la vía judicial ²⁶.

El nuevo texto aclara que es igualmente interruptiva de la prescripción la demanda entablada contra el deudor; anteriormente sólo se mencionaba al poseedor de un inmueble. Y por otra parte están mejor expresadas las situaciones a que puede dar lugar la demanda judicial cuando se interpone ante juez incompetente o con defecto legal, o en fin, sin capacidad para actuar en juicio. En todos esos supuestos

^{25 bis 2} C.S.N., 23 de octubre de 1944, “J.A.”, 1944-IV, p. 717; C. Fed. Cap., 26 de junio de 1944, “J.A.”, 1944-III, p. 39; íd., 1º feb. 1945, “J.A.”, 1945-II, p. 206; etc.

²⁶ S. C. Bs. As., 21 de marzo de 1944, “J.A.”, 1944-II, p. 378; íd., 1º de abril de 1950-II, p. 592; Cám. Apel. Sgo. del Estero, 11 de mayo de 1950, “J.A.”, 1950-III, p. 386.

igualmente se mantiene el efecto interruptivo de la prescripción que normalmente corresponde a la demanda judicial.

2135.— Una controversia célebre se ha planteado acerca de la necesidad de la notificación de la demanda para que ésta produzca la interrupción de la prescripción en curso.

Para la opinión dominante, a la que nosotros adherimos, la sola interposición de la demanda es suficiente a fin de producir aquel efecto. Es que la notificación es una diligencia que incumbe al juzgado, no al interesado, por lo que mal puede sancionarse a éste por la omisión de un acto ajeno que no es expresamente indicado por el codificador ²⁷.

Los tribunales han adoptado casi invariablemente esta solución ²⁸, que ha sido también seguida por el Anteproyecto de 1954, cuyo artículo 317 aclara que es la interposición de la demanda el hecho interruptivo de la prescripción.

La opinión disidente ha sido briosamente sostenida por Colmo y cuenta con el favor de De Gásperi ²⁹. No le ha faltado tampoco el aporte de decisiones jurisprudenciales aisladas ³⁰.

2136.— Como dice el nuevo art. 3986, el efecto interruptivo de la demanda subsiste, aunque se interponga ante juez incompetente, o sea defectuosa o por incapacidad del demandante.

2137. DESAPARICIÓN DEL EFECTO INTERRUPTIVO DE LA DEMANDA.— El efecto interruptivo de la demanda judicial desaparece como consecuencia del *desistimiento* por parte del actor, de la *perención* de la instancia o del *rechazo* de la demanda. Es lo que establece el art. 3987 en los siguientes términos: “*La interrupción de la prescripción, causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia, según las disposiciones del Código de Procedimientos, o si el demandado es absuelto definitivamente*”.

²⁷ Conf. Salvat, R., *Obligaciones*, 4ª ed., n° 2133, p. 872; Acuña Anzorena (h.), G., su artículo en “J.A.”, 1942-I, p. 917, texto y nota 15.

²⁸ C.S.N., 9 de octubre de 1940, “J.A.”, t. 72, p. 505; Cám. Civ. 1ª Cap., 26 de diciembre de 1940, “J.A.”, t. 73, p. 442; íd., 17 de junio de 1942, “J.A.”, 1942-III, p. 306; S. C. Bs. As., 30 de marzo de 1943, “J.A.”, 1943-I, p. 843; Cám. Com. Cap., 30 de diciembre de 1944, “J.A.”, 1945-I, p. 458; Cám. Apel. Rosario, 1º de diciembre de 1944, “J.A.”, 1945-II, p. 126; Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, 12 de noviembre de 1946, “J.A.”, 1946-IV, p. 825; Cám. Nac. Apel. Civ. Com. y Pen. Esp. y Cont.-Adm. Cap., 15 de setiembre de 1952, “J.A.”, 1953-I, p. 41; etc.

²⁹ Colmo, A., *Obligaciones*, 2ª ed., n° 936, p. 652; Giorgi, J., *Obligaciones*, t. VIII, n° 270, p. 395; De Gásperi, L., *Obligaciones*, t. III, § 1837, p. 319.

³⁰ Cám. Fed. Paraná, 25 de agosto de 1944, “J.A.”, 1944-IV, p. 89; Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, 16 de noviembre de 1948, “J.A.”, 1949, p. 1955; íd., 6 de mayo de 1953, “J.A.”, 1953-III, p. 145.

2138.— a) El primer motivo por el cual puede desvanecerse el efecto interruptivo de la demanda es el *desistimiento de ella*.

No ha de pensarse que el desistimiento a que el art. 3987 se refiere, consiste en el abandono o abdicación del derecho, como entendía Merlín³¹. Si así fuera no habría ninguna necesidad de eliminar el efecto interruptivo de la demanda, sencillamente porque no quedaría después de la renuncia del actor derecho alguno que pudiese ser afectado por la prescripción.

Por esto toda la doctrina posterior ha entendido que el desistimiento que borra la interrupción producida por la demanda es el desistimiento no del derecho, sino del juicio o de la instancia, que importa la extinción de la relación procesal trabada.

2139.— b) También la *perención* o *caducidad* de la instancia priva a la demanda de su efecto interruptivo. Se produce cuando el litigante abandona el procedimiento judicial durante el plazo legal (art. 310, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) e importa la extinción del proceso. Tiene por objeto liberar a los tribunales del peso muerto que significan los pleitos paralizados por la inacción de los litigantes. Pero por esto mismo no afecta el derecho sustancial de éstos, que puede ser articulado en un nuevo juicio. Lógico era entonces que subsistiendo el derecho ejercido mediante la demanda caducada, quedara eliminada la interrupción de la prescripción y ésta restituida a su curso precedente.

2140.— c) La última causa de desaparición del efecto interruptivo de la demanda consiste en lo que el codificador denomina, erróneamente, “la absolución definitiva del demandado”. Y decimos erróneamente porque si tiene lugar la absolución *definitiva* del demandado, es decir, una sentencia que examina el fondo del asunto y desestima la demanda, no se plantea cuestión alguna sobre la reanudación del curso de la prescripción porque no subsiste derecho alguno del actor cuya acción pueda verse afectada por la prescripción.

La fuente de art. 3987, que es el art. 2247 del Código francés, no habla de absolución definitiva del demandado sino simplemente de “rechazo de la demanda”. Y los autores aclaran que esta previsión sólo puede funcionar cuando la demanda ha sido rechazada “por causas que no hacen al fondo del derecho”, pues si la sentencia niega al actor su derecho, el demandado dispone de una defensa mejor que la prescripción para impedir las nuevas persecuciones de aquél: es la excepción de cosa juzgada que impide para siempre el éxito de la acción, y que hace inútil decidir que en tal caso la demanda desestimada no ha interrumpido la prescripción³².

Por ello debe concluirse que la absolución del demandado que borra el efecto interruptivo de la demanda, no es la definitiva, sino la mera “provisional”, que no

³¹ Merlín, *Répertoire*, t. IV, p. 505.

³² Colin, A. y Capitant, H., *op. cit.*, 4ª ed., I, p. 895; Planiol, Ripert y Picard, *Tratado práctico*, III, n° 731, p. 619; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Des prescriptions*, n° 505.

hace cosa juzgada. Ejemplo: la sentencia que rechaza la ejecución promovida por vía ejecutiva, que absuelve al demandado pero no impide que el actor haga valer su derecho por la vía ordinaria (Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 553).

2141.— Contrariamente a lo dicho precedentemente, Machado encuentra que la calificación “definitiva” de la absolución del demandado no puede ser más justa, “porque si el demandante ha sido vencido, sino su pretensión fue desestimada es como si no hubiera existido interrupción, pues la sentencia declara que no ha tenido derecho para demandar la cosa. ¿Cómo habría podido entonces interrumpir una posesión que se declara tenida con perfecto derecho? Eso sería poner en la mano de cualquier extraño el derecho de interrumpir la posesión, por su propia voluntad, sin que la autoridad tuviera medios *para garantizar al poseedor*. ¡NO!”³³.

En seguida se advierte lo infundado de esa argumentación. El efecto normal de la demanda en la hipótesis de posesión que encara Machado, no es interrumpir la posesión, como dice este autor sino la prescripción en curso de que se beneficia el poseedor. De aquí que si se rechaza *definitivamente* la demanda contra el poseedor, éste se vea por ello mismo enteramente garantizado en la posesión que mantiene. Y ni pensar que la anterior interrupción de la prescripción provocada por la demanda, pudiera resultar de provecho para algún otro interesado —¡no el demandante desarmado para siempre por la excepción de cosa juzgada!—, ya que ella es eminentemente relativa, y no aprovecha sino al que ha entablado “la demanda” (art. 3991).

2142.— Las consideraciones expresadas en los dos números anteriores nos llevan a criticar al Anteproyecto Bibiloni (art. 3412) y al Proyecto de 1936 (art. 318, inc. 1ª) por haber mantenido la alusión a la sentencia definitiva absolutoria. En cambio, el Anteproyecto de 1954 no contiene referencia alguna a la absolución definitiva del demandado, ocupándose únicamente de las sentencias que ponen fin al pleito sin contener decisión sobre el fondo del asunto, en cuyo caso el efecto interruptivo de la demanda queda “supeditado a la renovación de la cuestión en el plazo de seis meses a partir de la ejecutoria. No promoviéndose nueva demanda, la interrupción se tendrá por no ocurrida” (art. 318).

2143. 2) COMPROMISO ARBITRAL.— Igual efecto interruptivo que la demanda judicial tiene la demanda arbitral, la cual se tramita ante árbitros que las propias partes han elegido para dirimir sus diferencias. A ella se refiere al art. 3988, que dice: “*El compromiso hecho en escritura pública, sujetando la cuestión de la posesión o propiedad a juicio de árbitros, interrumpe la prescripción*”.

³³ Machado, J. O., *op. cit.*, t. XI, ps. 146-147.

Acerca de esta disposición cabe señalar que no obstante referirse, como casi todas las del título comentado, a la prescripción adquisitiva, no hay inconveniente en extender su aplicación a la prescripción liberatoria. Igualmente por analogía de situación debe entenderse que queda eliminado el efecto interruptivo de la demanda arbitral si el actor desiste del procedimiento incoado o el tribunal pone fin al juicio sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, v.gr., por insuficiencia de facultades de los árbitros, vencimiento del plazo para arbitrar, etcétera.

2144. 3) RECONOCIMIENTO EXPRESO O TÁCITO DE LA OBLIGACIÓN.— A este respecto el art. 3989 dispone: “*La prescripción es interrumpida por el reconocimiento expreso o tácito, que el deudor o el poseedor hace del derecho de aquél contra quien prescribe*”.

Se comprende fácilmente el fundamento de esta regla. El reconocimiento importa confesión de la subsistencia del derecho del adversario, por lo que no puede darse un hecho más concluyente sobre la aniquilación del curso precedente de la prescripción.

Como lo advierte el artículo, el reconocimiento puede ser expreso o tácito. Es *expreso* cuando el deudor manifiesta positivamente la intención de efectuar el reconocimiento. Es *tácito* cuando resulta de hechos cumplidos por el deudor, que autorizan a atribuirle la intención de reconocer su deuda; por ejemplo: el pago de intereses, o el pedido de plazo para efectuar el pago, etc.

En cualquier caso, equivaliendo el reconocimiento de un derecho ajeno, a la renuncia de la prescripción parcialmente ganada hasta entonces, para ser válido requiere que el reconociente sea capaz de cambiar el estado de su derecho, conf. art. 1040³⁴.

2145. RELATIVIDAD DE LA INTERRUPCIÓN.— Como ocurre con la suspensión (véase *supra*, n° 2131), también la interrupción sólo produce efectos respecto de las personas directamente relacionadas con el hecho interruptivo. Así lo dispone el art. 3991, según el cual: “*La interrupción de la prescripción, causada por demanda judicial, no aprovecha sino al que la ha entablado, y a los que de él tengan su derecho*”.

Aun cuando el precepto sólo menciona la interrupción causada por demanda judicial, en la misma situación se encuentra la resultante del compromiso arbitral o del reconocimiento del derecho ajeno. Sólo la desposesión produce efectos *erga omnes* (conf. art. 3990) y ello por las peculiares modalidades que presenta la prescripción adquisitiva de la que ahora no tratamos.

³⁴ Conf. Aubry y Rau, *op. cit.*, t. II, § 215, nota 46, p. 356; Planiol, Ripert y Picard, *op. cit.*, t. III, n° 733, p. 621.

2146.— Del principio de relatividad sentado por el art. 3991 derivan varias consecuencias que el codificador ha preferido puntualizar:

a) Por lo pronto el art. 3992 reitera lo antes dicho sin otro agregado: *“la interrupción de la prescripción hecha por uno de los copropietarios o coacreedores, cuando no hay privación de la posesión, no aprovecha a los otros; y recíprocamente la interrupción que se ha causado contra uno solo de los coposeedores o codeudores, no puede oponerse a los otros.*

b) El art. 3993 se refiere a las deudas sucesorias: *La demanda entablada contra uno de los coherederos, no interrumpe la prescripción respecto de los otros, aun cuando se trate de una deuda hipotecaria, si la demanda no se ha dirigido contra el deudor del inmueble hipotecado”.*

La última salvedad exactamente opuesta a la frase de Aubry y Rau, de donde ha sido tomado el artículo, carece de todo antecedente e importa una inconsecuencia de los principios aplicables. Segovia la atribuye a “un error de copia o tipografía tan frecuente en nuestro Código y que tanto lo afean”³⁵.

En los proyectos de reforma se ha eliminado la desafortunada novedad.

c) El art. 3995 encara la situación de los coherederos de deudas y créditos solidarios, y no obstante ese carácter, mantiene el funcionamiento del principio de relatividad por cuanto la solidaridad originaria pierde su influencia con relación a los sucesores de las partes de la obligación solidaria. Así dice dicho artículo: *“La demanda entablada por uno de los herederos de uno de los acreedores solidarios, no interrumpe la prescripción a beneficio de sus coherederos; y no la interrumpe a beneficio de los otros acreedores, sino por la parte que el heredero demandante tenía en el crédito; y recíprocamente, la demanda interpuesta contra uno de los herederos del codeudor solidario, no interrumpe la prescripción respecto a sus coherederos; y no la interrumpe respecto a los otros deudores, sino en la parte que el heredero demandado tenía en la deuda solidaria”.*

2147.— Por excepción al principio comentado, en ciertos casos la interrupción causada por una o contra una persona puede favorecer o afectar a alguna otra, como ocurre en las siguientes situaciones previstas por el codificador:

a) El art. 3994 muestra un efecto de la solidaridad: *“La interrupción de la prescripción emanada de uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los coacreedores; y recíprocamente, la que se ha causado contra uno de los deudores solidarios puede oponerse a los otros”.* Por razón de la solidaridad, no obstante la pluralidad de personas, hay una concentración de vínculos, lo que explica la regla transcrita.

³⁵ Segovia, L., *op. cit.*, t. II, p. 755, nota 98, *in fine*.

b) Es la *indivisibilidad* de la prestación de lo que da fundamento al art. 3996; “Siendo indivisible la obligación, o el objeto de la prescripción, la interrupción de ésta, hecha por uno solo de los interesados, aprovecha y puede oponerse a los otros”.

c) Finalmente la interdependencia de las obligaciones principales y accesorias da razón suficiente a lo dispuesto en el art 3997: “La demanda interpuesta contra el deudor principal, o el reconocimiento de su obligación, interrumpe la prescripción contra el fiador; pero la demanda interpuesta contra el fiador, o su reconocimiento de la deuda, no interrumpe la prescripción de la obligación principal”.

Es la solución congruente con lo establecido en el art. 525.

2148. CADUCIDAD.— No obstante su gran semejanza, es menester distinguir la prescripción de la caducidad. Como ya hemos adelantado (véase *supra*, n° 2076), la *caducidad* es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares ^{35 bis}.

Con relación a los derechos a que se refiere la caducidad, la oportunidad de su ejercicio constituye una circunstancia esencial. Si en general los derechos acuerdan un cúmulo de prerrogativas que pueden ser actuadas opcionalmente por su titular en el tiempo que éste estima oportuno, por el contrario hay ciertos derechos que no acuerdan a su titular esa facilidad, sino al contrario, caducan cuando no se ejercen en un término fijo. Se trata de pretensiones a cuyo ejercicio se señala un término preciso, que nacen originariamente con esa limitación de tiempo, de modo que no se pueden hacer valer después de transcurrido el plazo respectivo ³⁶.

2149. COMPARACIÓN CON LA PRESCRIPCIÓN.— Del concepto expresado en el número precedente resultan las *analogías y diferencias* existentes entre la caducidad y la prescripción.

Por lo pronto, la semejanza sustancial de ambas instituciones consiste en que ambas funcionan mediante el transcurso del tiempo.

Pero las diferencias son varias:

1º) La caducidad extingue el derecho, en tanto que la prescripción no extingue el derecho, sino la acción judicial correspondiente (véase *supra*, n° 2099). Ésta, que es la diferencia esencial, muestra cómo la caducidad produce un efecto más intenso. El derecho caduco carece ya de toda existencia, mientras el derecho

^{35 bis} Cám. Civ., Sala “E”, “L.L.”, t. 102, p. 80.

³⁶ Conf. De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1º, p. 336.

prescripto sobrevive, disminuido en su eficiencia, en el carácter de obligación natural.

2º) La prescripción es una *institución general* que afecta a toda clase de derechos, de modo que para que ella no funcione se requiere la norma excepcional que exima de la prescripción a tal o cual acción determinada. A la inversa, la caducidad no es una institución general, sino particular de ciertos derechos, los cuales nacen con una vida limitada en el tiempo.

3º) La prescripción puede verse suspendida o interrumpida en su curso, en tanto que la caducidad no³⁷. Es que para esta última es tan esencial el ejercicio del derecho en un tiempo preciso, que no se concibe que el término pueda prolongarse en obsequio a circunstancias particulares de alguien, tales como imposibilidad de hecho para actuar, incapacidad no suplida por la representación adecuada, etc.

4º) En cuanto al *origen y fundamento*, la prescripción siempre proviene exclusivamente de la ley, interesada en liquidar las situaciones pendientes en un tiempo razonable, para que la inacción o el abandono de los titulares de derechos no incida desfavorablemente en las relaciones sociales trabadas en una época ulterior, en la que las personas pueden ya haber destruido la documentación referente a los pagos u otros medios de extinción del pretendido derecho. La caducidad, por el contrario, no se origina sólo en la ley, sino que puede resultar de la convención de los particulares. Pero en cualquier caso, no se funda en aquella necesidad de orden social, sino en la peculiar índole del derecho sujeto al término prefijado el cual no se puede concebir más allá de ese mismo término.

5º) Finalmente, ambas instituciones suelen diferenciarse porque los plazos de prescripción son de ordinario relativamente prolongados, mientras que los términos de caducidad son, por lo general, muy reducidos. Esa misma diversa duración de los lapsos respectivos condice con el fundamento de una y otra institución.

2150. CLASIFICACIÓN DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD. EJEMPLOS.— Los términos de caducidad se dividen, según su origen, en *legales y convencionales*. Los primeros están establecidos en la propia ley; los segundos son contenidos en actos jurídicos particulares, v.gr., contratos de seguro en los que es corriente fijar plazos de esa índole para denunciar los siniestros, requerir el pago del premio o indemnización, etc.

A su vez, los términos de caducidad legales se clasifican en civiles o procesales, según la disciplina jurídica a que correspondan.

Ejemplos de términos civiles: el desconocimiento de legitimidad del hijo (art. 258); el derecho de anular el matrimonio en ciertos casos (ley matr. civil, art. 85, inc. 3º; ahora art. 175, Cód. Civ.); el derecho de retroventa en la compraventa

³⁷ Conf. Cám. Civ., Sala "A", "J.A.", 1961-IV, p. 450.

(art. 1381); la inscripción retroactiva de la hipoteca (art. 3137); el derecho de renunciar a la herencia en el plazo de 30 días, luego de hecho el inventario (nuevo art. 3366), etc.

Los términos procesales son numerosísimos, tales como los referentes a la contestación de la demanda; la deducción de excepciones dilatorias; la interposición de recursos de apelación, nulidad y revocatoria; período de prueba; expresión de agravios, etc. Se dividen en perentorios y no perentorios. Los términos perentorios son aquellos cuyo vencimiento por sí solo causa la pérdida del derecho inactuado. Los términos no perentorios son aquellos que requieren para producir ese efecto el acuse de rebeldía de la contraparte y la consiguiente declaración judicial, después de lo cual ya no podrá hacerse valer el derecho que se ha dejado de usar. Por eso son términos de caducidad.

ÍNDICE GENERAL

Capítulo IX

PERSONAS IDEALES O DE EXISTENCIA IDEAL

§ 1. <i>Personas de existencia ideal. Naturaleza jurídica: a) teoría de la ficción; b) teorías negatorias de la personalidad; c) teorías de la realidad</i>	7
I. PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL: 1053. Generalidades.— 1054. Terminología.— 1055. Antecedentes históricos.— 1056. Aporte del cristianismo.— 1057. Auge de la persona jurídica.....	7
II. NATURALEZA JURÍDICA: 1058. Distintas teorías	11
III. TEORÍA DE LA FICCIÓN: 1059. Exposición.— 1060-1061. Crítica de la teoría de la ficción.....	11
IV. TEORÍAS NEGATORIAS DE LA PERSONALIDAD: 1062. Introducción.— 1063. I) Teoría de los patrimonios de afectación.— 1064. II) Teoría de los bienes sin sujeto.— 1065. III) Teoría de los derechos individuales pecuniarios.— 1066. IV) Teoría de la propiedad colectiva.— 1067. Crítica de las teorías expuestas	14
V. POSICIÓN DE Kelsen: 1067 bis. Teoría de Kelsen.....	17
VI. TEORÍAS DE LA REALIDAD: 1068-1069. Planteo. a) Teorías basadas en la voluntad.— 1070. I) Teoría organicista.— 1071. II) Teoría de Zitelmann.— 1072. III) Teoría de Jellinek. b) Teorías basadas en el interés.— 1073. Planteo.— 1074. I) Teoría de Michoud.— 1075. II) Teoría de Saleilles.— 1076. III) Teoría de Ferrara.— 1077. IV) Teoría de la institución.— 1078-1080. Elementos de la institución	18
VII. LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL: 1081-1081 bis. Discusión sobre la teoría que el Código adopta	23
§ 2. <i>Clasificación de las personas de existencia ideal: en Freitas y en el Código. Personas jurídicas. Clasificación y enumeración. Sociedades</i>	25

I. CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL: 1082. Diversidad de especies.— 1083. Clasificación de Freitas.— 1084. Sinopsis gráfica.— 1085. Crítica.— 1086. Clasificación de nuestro Código.— 1087. Nuestra opinión.— 1088. Opinión de Spota.— 1089. Conclusiones.— 1089 bis. Clasificación en el régimen actual resultante de la ley 17.711.— 1090. Síntesis gráfica.....	25
II. PERSONAS JURÍDICAS: CLASIFICACIÓN Y ENUMERACIÓN: 1091. Concepto legal.— 1092. Caracteres.— 1093. Clasificación del Código de Vélez.— 1093 bis. Clasificación de la ley 17.711.— 1094. Enumeración legal.— 1095. Observaciones.— 1096. La clasificación de las personas jurídicas en los proyectos de reforma.— 1097. La clasificación en la doctrina moderna.	31
III. PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS: ENUMERACIÓN: 1098. Enunciación.— 1099. I) El Estado Nacional o Provincial.— 1100-1101. II) Las municipalidades.— 1102-1103. III) La Iglesia Católica.— 1104-1105. Corporaciones religiosas.— 1106. Corporaciones religiosas disidentes.— 1107. IV) Los organismos estatales autárquicos.— 1108. V) Las sociedades de economía mixta.— 1108 bis. Empresas del Estado.— 1108 ter. Privatización de las empresas del Estado.— 1108 quater. Los entes reguladores	36
IV. PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS: ENUNCIACIÓN: 1109. Enumeración de las personas jurídicas privadas.— 1110. Clasificación doctrinaria.— 1111. Requisitos de constitución	44
V. PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL PROPIAMENTE DICHA: 1112. Enunciación.— 1113. I) Sociedades civiles y comerciales.— 1114. II) Simples asociaciones.— 1115. III) - 1116. Sociedad conyugal.— 1117. IV) El consorcio de propiedad horizontal.— 1118. La "sucesión hereditaria" no constituye un ente de derecho.— 1119. Tampoco es un ente de derecho la masa del concurso	45
§ 3. La persona jurídica y sus miembros; independencia de personalidad. Capacidad de las personas jurídicas; el principio de la especialidad. Responsabilidad contractual y extracontractual; jurisprudencia. Cuestión sobre la responsabilidad pena. Leyes especiales. 1120. Plan a seguir	50
I. LA PERSONA JURÍDICA Y SUS MIEMBROS: INDEPENDENCIA DE LA PERSONALIDAD: 1121. Noción.— 1122. Principio legal.— 1123. 1) Distinta personalidad.— 1124. 2) Distinto patrimonio.— 1125. 3) Distinta responsabilidad.— 1126. 4) Fungibilidad de los miembros.— 1127. 5) Disciplina interna	50
II. NOMBRE Y DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: 1127 bis. Nombre.— 1127 ter. Domicilio.....	53
III. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD: 1128. Capacidad de derecho.— 1129. Principio de capacidad.— 1130-1131. 1) Restricciones impuestas por el principio de la espe-	

cialidad. Noción.— 1132.1133. 2) Restricciones impuestas por la ley.— 1134.	
3) Restricciones provenientes de la naturaleza de las cosas.— 1135. Principales	
derechos patrimoniales de las personas jurídicas.— 1136. Principales derechos	
extrapatrimoniales de las personas jurídicas	54
IV. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JU-	
RÍDICAS: 1137. Noción de responsabilidad.— 1138. Responsabilidad contrac-	
tual.— 1139. Imputabilidad de los actos de los dirigentes a la persona jurídica.—	
1140. a) Teoría de la representación.— 1141-1142. b) Teoría del órgano.—	
1143-1146. Nuestro sistema legal.— 1147. Aplicación del principio de enrique-	
cimiento sin causa.....	61
V. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: JURISPRUDENCIA: 1148. La cuestión de la responsabi-	
lidad en la doctrina.— 1149. La cuestión en el Código de Vélez.— 1150. a) Cri-	
terio clásico.— 1151. b) Criterio amplio.— 1152. c) Criterios intermedios.—	
1153-1154. d) Criterios derogatorios del art. 43.— 1155-1156. e) Nuestra opi-	
nión.— 1157-1158. Jurisprudencia.— 1158 bis. La ley 17.711 y la responsabi-	
lidad de las personas jurídicas.— 1158 ter. Responsabilidad indirecta de las per-	
sonas jurídicas.....	66
VI. CUESTIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL. LEYES ES-	
PECIALES: 1159-1160. La cuestión es ajena al derecho civil.— 1161. Proyecto	
de Código Penal.— 1162. Leyes especiales.....	80
§ 4. <i>Personas jurídicas privadas; requisitos. Comienzo de su existencia; la au-</i>	
<i>torización del Estado. Los estatutos: su naturaleza; su forma. Fin de la exis-</i>	
<i>tencia de las personas jurídicas: diversas causas. Atribuciones del Poder</i>	
<i>Ejecutivo. Destino del patrimonio. Personas jurídicas constituidas fuera</i>	
<i>del país.</i> 1163. Plan a seguir	
	81
I. PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS: REQUISITOS: 1164. Requisi-	
tos de la personalidad.— 1165. A) Requisitos de fondos.— 1166-1166 bis. a) Fi-	
nalidad de bien común.— 1166 ter. Opinión de Páez.— 1167. Jurisprudencia ad-	
ministrativa.— 1168. b) Patrimonio propio.— 1169. c) Dispositivo de gobierno	
de la entidad.— 1170. B) Requisitos de forma.— 1171. a) Acto jurídico consti-	
tutivo.— 1172. b) Reconocimiento estatal.— 1173. C) Requisitos especiales ..	82
II. COMIENZO DE LA EXISTENCIA: LA AUTORIZACIÓN DEL ES-	
TADO: 1174. Principio legal.— 1175. Aprobación religiosa.— 1176. La au-	
torización del Estado: controversia sobre su carácter.— 1177. Es un reconoci-	
miento.— 1178. Poder que confiere la autorización estatal.— 1179. Quid del	
recurso judicial con anterioridad a la ley 17.711.— 1179 bis. Ratificación del re-	
curso judicial con anterioridad a la ley 17.711.— 1180. Efectos de la autoriza-	
ción estatal: desde cuándo se producen.— 1181. Nuestra opinión.— 1182. Juris-	
prudencia.— 1183. Situación de la entidad en caso de denegatoria de la	
personería jurídica	87

III. LOS ESTATUTOS: SU NATURALEZA, SU REFORMA: 1184. No- ción.— 1185. Origen.— 1185 bis. Estatuto y acto constitutivo o contrato so- cial.— 1186. Naturaleza jurídica de los estatutos.— 1187. Aprobación por la Inspección General de Justicia.— 1188. Impugnabilidad judicial de los estatu- tos.— 1189. Posibilidad de reforma de los estatutos.— 1190-1191. Quid de la re- forma de los estatutos de la fundación.— 1191 bis. Ley 17.711: Reforma de los estatutos de la fundación.— 1191 ter. Ley de Fundaciones 19.836.— 1192. Re- glamentos internos.....	95
IV. EXTINCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: DIVERSAS CAU- SAS. ATRIBUCIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA: 1193. Retiro de la personería jurídica.— 1194-1195. Diversas causas de extinción.— 1196. Causas de extinción comunes a las asociaciones y fundaciones.— 1197. Causas de extinción de las asociaciones.— 1198. La muerte de los miembros de la entidad.— 1198 bis. Si las causales de extinción examinadas alcanzan a las so- ciedades anónimas.— 1193 ter. Ley de Sociedades 19.550.— 1199. Autoridad a la que incumbe el retiro de la personería jurídica.— 1200. Revisión judicial del acto administrativo que cancela la personería jurídica.— 1200 bis. Ley 17.711: Revisión judicial de la cancelación de personería jurídica.— 1201. Jurispruden- cia.— 1202. Efectos del retiro de personería jurídica.....	103
V. DESTINO DEL PATRIMONIO: 1203. Consecuencias patrimoniales de la extinción de la personería jurídica.— 1204. Liquidación del patrimonio.— 1205. Pago de deudas.— 1206. Destino final de los bienes de las asociaciones.— 1207. Reintegro a los miembros de la entidad extinguida.....	112
VI. PERSONAS JURÍDICAS CONSTITUIDAS FUERA DEL PAÍS: 1208. Planteo.— 1209. Regla general.— 1210. Personas jurídicas públicas.— 1211. Personas jurídicas privadas.....	115
VII. LEGISLACIÓN COMPARADA. PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: 1212. Introducción.— 1213. Legislación comparada.— 1214. Los proyectos de reforma del Código Civil.....	117
§ 5. <i>Personas jurídicas privadas en particular: a) Corporaciones o asociacio- nes. Concepto e importancia. Órganos de gobierno. Derechos y deberes re- cíprocos entre la corporación y sus miembros. El poder disciplinario y su contralor judicial; b) Fundaciones. Concepto. Órganos administrativos y beneficiarios.....</i>	120
I. PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS EN PARTICULAR: 1215. Tipos estructurales diferentes.— 1216. Comparación.....	120
II. a) ASOCIACIONES. CONCEPTO E IMPORTANCIA. 1217. Concep- to.— 1218. Importancia.— 1219. Clasificación.....	121
III. ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA ASOCIACIÓN: 1220. Enuncia- ción y clasificación.— 1221-1222. La Asamblea.— 1223. Organismo ejecu- ti-	

vo.— 1224. Interventores judiciales.— 1225. Organismo de contralor y vigilancia.....	123
IV. DEBERES Y DERECHOS RECÍPROCOS DE LA ENTIDAD Y SUS MIEMBROS: 1226. Los miembros y la corporación.— 1227-1229. Derechos de los miembros y consiguientes deberes de la corporación.— 1230-1231. Deberes de los miembros y derechos consiguientes de la corporación.— 1232. Pérdida de la calidad de socio.....	
	126
V. EL PODER DISCIPLINARIO Y SU CONTRALOR JUDICIAL: 1233. Noción del poder disciplinario.— 1234. Medidas disciplinarias.— 1235. Ejercicio regular del poder disciplinario.— 1236. Contralor judicial.— 1237. Habilitación de la instancia judicial.....	
	131
VI. b) FUNDACIONES: CONCEPTO. CARACTERES: 1238. Concepto y caracteres.— 1239. Constitución de la fundación: acto fundacional.— 1240. Revocación del acto fundacional.— 1241. Actuación de la fundación durante el período de formación	
	134
VII. FUNCIONAMIENTO DE LA FUNDACIÓN: 1242. Relación con el fundador.— 1243. Régimen jurídico aplicable a la fundación.— 1244. Organismos administrativos de la fundación. 1245. Fiscalización y contralor de las fundaciones	
	137
VIII. BENEFICIARIOS DE LA FUNDACIÓN: 1246-1247. No integran la entidad.....	
	140
IX. EVENTUAL MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LA FUNDACIÓN: 1248. Transformación de la entidad.— 1248 bis. Regulación de la ley 19.836	
	140
§ 6. <i>Entidades que no son personas jurídicas. Sociedades. Sociedades civiles y comerciales: su régimen jurídico. Simples asociaciones (art. 46). Diferencias con la categoría de “personas jurídicas”.</i> 1249. Personas de existencia ideal propiamente dichas.— 1250. A) Sociedades.— 1250 bis. Ley 17.711.— 1250 ter. Sociedades civiles o comerciales.— 1250 quater. Ley de Sociedades 19.550.— 1251. B) Simples asociaciones.— 1252. Comparación de la sociedad con la asociación.— 1253. Régimen legal de las simples asociaciones.— 1254-1254 bis. Naturaleza jurídica de las simples asociaciones.— 1255. Capacidad y responsabilidad contractual.— 1256-1256 bis. Capacidad procesal.— 1257. Responsabilidad extracontractual.— 1258. Derechos internos de la asociación.— 1259. Extinción de la simple asociación.— 1260. Diferencias de las simples asociaciones y la categoría de “personas jurídicas”.— 1260 bis. La simple asociación en los proyectos de reforma del Código.— 1260 ter. Comisiones de socorros u otros fines exentos de lucro.— 1261. C) Sociedad conyugal: remisión.— 1262. D) Consorcio de propiedad horizontal: remisión	
	141

SEGUNDA SECCIÓN

EL OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Capítulo X

OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

§ 1. <i>Los derechos subjetivos. Noción y clasificación. La relatividad de los derechos. Teoría de abuso del derecho. Cuándo debe reputarse que un derecho ha sido ejercido abusivamente: distintas teorías. El problema en nuestro derecho. Jurisprudencia</i>	157
I. LOS DERECHOS SUBJETIVOS: 1263. Noción.— 1264. Clasificación.— 1265. Naturaleza y concepciones sobre el derecho subjetivo: remisión	157
II. LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS. TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO: 1265 bis. Noción.— 1266-1267. Continuación.— 1268. Cuándo debe reputarse que un derecho ha sido ejercitado abusivamente.— 1269-1271. a) Criterios subjetivos.— 1272-1274. b) Criterios objetivos.— 1275. c) Criterio mixto.— 1276-1279. El problema en nuestro derecho.— 1279 bis. Ley 17.711.— 1280. Jurisprudencia.— 1281. Los proyectos de reforma.— 1282. El Anteproyecto Bibiloni.— 1283. El Proyecto de 1936.— 1284. El Anteproyecto de 1954.— 1285. Legislación comparada.....	158
§ 2. <i>El patrimonio: concepto. El patrimonio concebido como atributo de la personalidad: teoría de Aubry y Rau. Crítica. La concepción de la doctrina alemana. El problema en nuestro derecho. Caracteres del patrimonio</i>	171
I. EL PATRIMONIO: 1286. Concepto	171
II. LA TEORÍA DE AUBRY Y RAU: EL PATRIMONIO CONCEBIDO COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD: 1287. Exposición de la teoría clásica.— 1288. Crítica	172
III. LA CONCEPCIÓN DE LA DOCTRINA ALEMANA: 1289. Exposición	173
IV. EL PROBLEMA EN NUESTRO DERECHO: 1290-1291. Exposición.— 1292. Caracteres del patrimonio.....	174
§ 3. <i>Derechos patrimoniales: a) derechos reales; b) derechos personales; c) derechos intelectuales. Su naturaleza y caracteres</i>	176
I. DERECHOS PATRIMONIALES: 1293. Noción	176
II. DERECHOS REALES: 1294. Concepto.— 1295. Concepción tradicional.— 1296. Teoría de la obligación pasivamente universal.— 1297. Teoría de la institución.....	176

III. DERECHOS PERSONALES: 1298. Concepto.— 1299. Naturaleza.—	
1300. Comparación de los derechos reales y personales	178
IV. DERECHOS INTELECTUALES: 1301. Noción.— 1302. Antecedentes.— 1303. Discusión terminológica.— 1304. Comparación con los derechos reales y personales.— 1305. Derecho moral del autor	181
§ 4. <i>El patrimonio como garantía de los acreedores. Acciones patrimoniales. Diferentes clases de acreedores. Bienes excluidos de la garantía común.</i> 1306-1306 bis. El patrimonio como garantía de los acreedores.— 1306 ter. Noción de insolvencia y de cesación de pagos; consecuencias jurídicas; liquidación colectiva del patrimonio.— 1307. Acciones de los acreedores para asegurar la integridad del patrimonio.— 1307 bis. Acciones preventivas.— 1307 ter. Embargo.— 1307 quater. Inhibición general de bienes.— 1308. Distintas clases de créditos.— 1309. Acreedores privilegiados.— 1310. Acreedores con garantía real.— 1311. Acreedores quirografarios o comunes.— 1312. Bienes excluidos de la garantía común.— 1313. Exenciones dispuestas por el Código Civil.— 1314. Exenciones establecidas por leyes especiales.— 1314 bis. Derechos y acciones provenientes de contratos	183

Capítulo XI

BIENES Y COSAS

§ 1. <i>Bienes y cosas: concepto. Cosas muebles e inmuebles. Importancia de la distinción. Semovientes. Locomóviles</i>	193
I. BIENES Y COSAS: 1315. Concepto.— 1315 bis. Concepto de cosa.— 1316. Diversas clasificaciones	193
II. COSAS MUEBLES E INMUEBLES: 1317. Cosas muebles e inmuebles.— 1318. Importancia de la distinción.— 1319. Cosas inmuebles.— 1320. Inmuebles por su naturaleza.— 1321. Inmuebles por accesión física.— 1322-1323. Inmuebles por accesión moral.— 1324. Inmuebles por su carácter representativo.— 1325-1326. Cosas muebles.— 1327. Semovientes.— 1328. Locomóviles y automotores.— 1329. Cosas muebles por su carácter representativo.— 1329 bis. Régimen de las energías y fuerzas naturales (art. 2311 reformado) ...	195
§ 2. <i>Cosas fungibles y no fungibles. Consumibles y no consumibles. Paralelo entre ambas categorías. Divisibles e indivisibles. El dinero. Interdependencia de las cosas: principales y accesorias. Frutos y productos. Diferencias y efectos legales. Cosas dentro y fuera del comercio. Inenajenabilidad absoluta y relativa.</i> 1330. A) Cosas fungibles y no fungibles.— 1331. Interés de la distinción.— 1332. B) Cosas consumibles y no consumibles.— 1333.	

Interés de esta clasificación.— 1334. Paralelo entre las cosas fungibles y consumibles.— 1335. C)-1335 bis. Cosas divisibles e indivisibles.— 1336. El dinero.— 1337. D)-1339. Interdependencia de las cosas principales y accesorias.— 1340-1341. Frutos y productos.— 1342. Diferencia entre frutos y productos. Efectos legales.— 1343. E) Cosas dentro y fuera del comercio.— 1344. Inalienabilidad absoluta.— 1345. Inalienabilidad relativa.....	204
§ 3. <i>Las cosas con relación a las personas. Bienes del Estado. Dominio público y privado. Bienes municipales. Bienes de la Iglesia. Bienes particulares. Cosas susceptibles de apropiación privada</i>	212
I. BIENES DEL ESTADO: 1346. Las cosas en relación a las personas.— 1347. Dominio público o privado.— 1348. Dominio público.— 1349. Característica esencial.— 1350. Desafectación.— 1351. Dominio privado.— 1352. Su identidad con el dominio de los particulares	212
II. BIENES MUNICIPALES: 1353. Dominio público o privado municipal	216
III. BIENES DE LA IGLESIA: 1354. Aplicación del derecho canónico.— 1355. Iglesias disidentes	217
IV. BIENES PARTICULARES: 1356. Noción.— 1357. Cosas susceptibles de apropiación privada	218

TERCERA SECCIÓN

HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

Capítulo XII

CAUSA DE LA RELACIÓN JURÍDICA

§ 1. <i>Hechos. Hechos jurídicos; concepto; clasificación. Actos jurídicos. Diferencias entre hecho jurídico y acto jurídico</i>	223
I. LOS HECHOS EN GENERAL: 1358-1359. Hechos: su función en el derecho	223
II. LOS HECHOS JURÍDICOS: 1360. Concepto.— 1361. Adquisición de derechos.— 1362. Extinción y pérdida.— 1363. Modificación de derechos. 1364. Clasificación de los hechos jurídicos. Actos.— 1365. Diferencia entre hecho jurídico y acto jurídico	225
§ 2. <i>Teoría general de los actos voluntarios. Condiciones internas: enumeración y concepto. Condiciones externas: diversas formas de manifestaciones y de voluntad. Examen de las teorías que hacen prevalecer unas u otras.</i> 1366. Cuestión a estudiar	229

A) CONDICIONES INTERNAS: 1367. Enumeración y concepto.— 1368.	
a) Discernimiento.— 1369. Primera causa obstativa del discernimiento: la	
inmadurez.— 1370. Legislación comparada.— 1371. Derecho Romano.—	
1372. Sistema de Freitas.— 1373-1374. Sistema de nuestro Código.—	
1375. Segunda causa obstativa del discernimiento: la insanidad.— 1376.	
Primera cuestión.— 1377. Segunda cuestión.— 1378. Privación accidental	
de la razón.— 1379. b) Intención.— 1380. Diferencia con el discer-	
nimiento.— 1381-1384. Causas obstativas de la intención.— 1385. Prueba	
de la intención.— 1386. c) La libertad.— 1387. Prueba de la libertad.—	
1388-1391. Restricción legítima de la libertad.....	229
B) CONDICIONES EXTERNAS: 1392. Diversas formas de manifestación	
de voluntad.— 1393. a) Declaración formal y no formal.— 1394. b) Decla-	
ración expresa y tácita.— 1395. c) Declaración presumida por la ley.—	
1396. El silencio como manifestación tácita de la voluntad	240
C) BREVE EXAMEN DE LAS TEORÍAS QUE HACEN PREVALECER	
LAS CONDICIONES INTERNAS O EXTERNAS: 1397. Planteo de la	
cuestión.— 1398. a) Teoría clásica de la intención o de la voluntad real.—	
1399. b) Teoría de la declaración o de la voluntad declarada.— 1400. c) Po-	
sición ecléctica.— 1401. d) Régimen de nuestro Código.— 1402. Modera-	
ciones al principio.— 1403. Reserva mental.— 1404. e) Los Proyectos de	
reforma.....	244
§ 3. <i>Imputabilidad de los actos voluntarios. Consecuencias y reglas de su impu-</i>	
<i>tación. Actos involuntarios; sus efectos.....</i>	249
I. IMPUTABILIDAD DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS: 1405. Exposi-	
ción preliminar.— 1406. a) Teoría de la reparación integral.— 1407. b) Teoría	
de la reparación justa: régimen del Código. Reglas para graduar la responsabi-	
lidad.— 1408-1409. Reglas para graduar la responsabilidad.— 1410. Imputabi-	
lidad de las consecuencias inmediatas.— 1411. Íd. mediatas.— 1412. Íd. casua-	
les.— 1413. Primera opinión.— 1414. Segunda interpretación.— 1415.	
Imputación parcial de la consecuencia casual.— 1415 bis. Supresión del antiguo	
art. 906.— 1416-1416 bis. Inimputabilidad de las consecuencias remotas.—	
1417. Síntesis.— 1418. c) Los proyectos de reforma del Código Civil.— 1419.	
Reforma que se sugiere	249
II. ACTOS INVOLUNTARIOS: SUS EFECTOS: 1420-1422. Sistema del	
Código.— 1423. Apreciación del sistema del Código de Vélez Sarsfield. Ten-	
dencia legislativa.— 1424. Sugestión de Aguiar.— 1424 bis. Indemnización por	
razón de equidad, del daño involuntario.— 1424 ter. Elementos interpretati-	
vos.— 1424 quater. Apreciación de la innovación introducida por la ley 17.711	263
§ 4. <i>Actos ilícitos; elementos. Clasificación. El dolo. La culpa. Delito civil y de-</i>	
<i>lito criminal: distinción.</i> 1425. Concepto del acto ilícito: sus elementos.—	
1426. Primer elemento.— 1427. Segundo elemento.— 1428. Tercer ele-	
mento.— 1429. Daño directo e indirecto.— 1430. Daño actual y futuro.—	

1431. Daño patrimonial y moral.— 1432. Cuarto elemento.— 1433. Clasificación de los actos ilícitos. El dolo. La culpa.— 1434. Diferenciación de los actos ilícitos civiles y los delitos criminales	273
---	-----

Capítulo XIII

ACTOS JURÍDICOS

§ 1. <i>Actos jurídicos. Definición legal. Caracteres.</i> 1435. Función y límites de la voluntad privada.— 1435 bis. Principio de la autonomía de la voluntad; consagración por el ordenamiento. Concepciones varias.— 1436. Definición legal del acto jurídico.— 1437-1438. El concepto doctrinario.— 1439. Caracteres del acto jurídico.— 1440. Método del Código y de los proyectos de reforma	279
§ 2. <i>Clasificación de los actos jurídicos: positivos y negativos; entre vivos y de última voluntad; unilaterales y bilaterales. Otras clasificaciones.</i> — 1441. Introducción.— 1442. Clasificaciones enunciadas en el Código.— 1443. Actos positivos o negativos.— 1444. Actos unilaterales o bilaterales.— 1445. Actos entre vivos o de última voluntad.— 1446. Otras clasificaciones.— 1447. 1) Actos onerosos y gratuitos.— 1448. 2) Actos formales y no formales.— 1449. 3) Actos principales y accesorios.— 1450. 4) Actos puros y simples y modales.— 1451. 5) Actos patrimoniales y extrapatrimoniales.— 1452. 6) Actos de administración y de disposición	285
§ 3. <i>Elementos de los actos jurídicos: a) el sujeto: requisito de capacidad; b) el objeto: requisitos; el art. 953 del Código Civil y el contenido moral del acto; jurisprudencia. La lesión subjetiva; c) la forma; noción; d) la causa; el problema de la causa.</i> — 1453. Elementos esenciales de los actos jurídicos: el sujeto, el objeto y la forma.— 1454. Sujeto del acto jurídico: capacidad.— 1454 bis. Otorgantes, partes, representantes, sucesores: remisión.— 1454 ter. Concepto de legitimación o poder de disposición.— 1455. Objeto de los actos jurídicos: disposición legal.— 1456-1458. a) Cosas.— 1459-1464. b) Hechos.— 1465. Contenido moral del acto jurídico.— 1466. Jurisprudencia.— 1467. La lesión enorme.— 1468. Antecedentes históricos.— 1469. Estado actual de la institución.— 1470. Extremos de la lesión.— 1471. Sanción.— 1472. La lesión en el Código de Vélez y en los proyectos nacionales de reforma.— 1472 bis. Jurisprudencia.— 1473. Anteproyecto Bibiloni.— 1474. Proyecto de 1936.— 1475. Anteproyecto de 1954.— 1475 bis. Ley 17.711: Incorporación del vicio de lesión subjetiva.— 1476. Forma de los actos jurídicos: remisión.— 1477. ¿Constituye la causa un elemento del acto jurídico?— 1478. Tesis de Ernst.— 1479. Régimen del Código Civil y del Anteproyecto de 1954.— 1480. Conclusión.— 1480 bis. Existencia de actos abstractos	289

§ 4. <i>Efectos del acto jurídico con relación a las partes, a los representantes, a los sucesores. Concepto y clases de representantes. Concepto y clases de sucesores. Limitaciones a la transmisibilidad. Efectos del acto jurídico con relación a los terceros: concepto de tercero; principios de los arts. 1195 y 1196 del Código Civil. Acción subrogatoria: alcance y límites.</i> — 1481. Exposición del principio.— 1482. Concepto de parte.— 1483. Concepto de representantes.— 1484. Antecedentes históricos.— 1485. Clases de representantes.— 1486-1488. Teoría de la representación.— 1489. Concepto de sucesor.— 1490-1492. Diversas clases de sucesores.— 1493. Concepto de tercero.— 1494. Funcionamiento del principio “sub-examine”.— 1495. Sucesores universales.— 1496. Derechos y obligaciones inherentes a la persona.— 1497. Derechos intransmisibles por contrato.— 1498-1501. Sucesores singulares.— 1502. Extensión de la transmisión.— 1503. 1) Cosas muebles.— 1504. 2) Hipotecas no registradas.— 1505. 3) Fraude y simulación.— 1506. 4) Heredero aparente.— 1507. 5) Anulación.— 1508. 6) Ausente con presunción de fallecimiento.— 1509. 7) Evicción.— 1510. 8) Empleo útil.— 1511. Terceros acreedores.— 1511 bis. Acción subrogatoria: alcance y límites.— 1511 ter. Derechos susceptibles de ser ejercidos.— 1511 quater. Oponibilidad e inoponibilidad: remisión.....	309
§ 5. <i>Modalidades de los actos jurídicos: a) condición: clasificación; efectos; condiciones prohibidas; b) plazo: clasificación y efectos; c) cargo: concepto y efectos.</i> — 1512. Noción y método	321
I. CONDICIÓN: 1513. Concepto y caracteres.— 1514. Hecho incierto.— 1515. Hecho futuro.— 1515 bis. Hecho incoercible.— 1516. Clasificación de las condiciones.— 1517. Condiciones suspensivas y resolutorias.— 1518. Condiciones casuales, potestativas y mixtas.— 1519. Condiciones positivas y negativas.— 1520. Condiciones permitidas y prohibidas.— 1521. Condiciones imposibles.— 1522. Condiciones inmoraes.— 1523. Condiciones ilícitas.— 1524. Condiciones ilegítimas.— 1525. Efectos de la condición.— 1526-1528. Condición suspensiva.— 1529. Condición resolutoria.— 1530. Legislación comparada. Proyectos nacionales de reforma	322
II. PLAZO: 1531. Concepto y caracteres.— 1532. Hecho futuro.— 1533. Hecho necesario.— 1533 bis. Falta de retroactividad.— 1534. Clasificación.— 1535. Plazos suspensivos y extintivos.— 1536. Plazos ciertos e inciertos.— 1537. Cláusula de pago a mejor fortuna.— 1538. A favor de quién se establece.— 1539-1541. Efectos	329
III. CARGO: 1542. Concepto y caracteres.— 1543. Obligación.— 1544. Obligación accesoria.— 1545. Obligación excepcional.— 1546. Comparación con la condición y el plazo.— 1546 bis. Cargo resolutorio y condición resolutoria.— 1547-1549. Efectos	333
§ 6. <i>Interpretación de los actos jurídicos. Cuestión acerca de si es un problema de hecho o de derecho. Importancia de este problema en relación al recurso</i>	

<i>de casación. Principios aplicables a la interpretación de las declaraciones de voluntad.</i> — 1550. Noción.— 1550 bis. Distintos criterios en actos entre vivos y en disposiciones de última voluntad; conciliación entre los intereses del declarante y del aceptante de la declaración; la confianza general.— 1551. Principios generales aplicables.— 1552. 1º) La buena fe.— 1553. 2º) Significación corriente de las palabras y la conducta.— 1554. 3º) Usos sociales.— 1555. 4º) Concepto.— 1556. 5º) El factor circunstancial.— 1557. 6º) El fin práctico del acto.— 1558. 7º) La conducta sobreviniente de las partes.— 1559. 8º) La naturaleza del acto.— 1560. 9º) La interpretación conforme a la eficacia del acto.— 1561. 10º) El principio del “favor debitoris”.— 1562. Si la interpretación es una cuestión de hecho o de derecho; importancia del asunto en vista al recurso de casación.— 1563-1567. Discusión.— 1568. Síntesis.....	336
--	-----

Capítulo XIV

FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

§ 1. <i>Forma de los actos jurídicos. El formalismo en el derecho. Ventajas e inconvenientes de las formas. Clasificación de los actos jurídicos en cuanto a sus formas.</i> — 1569. Concepto de forma esencial.— 1570. Forma esencial y forma legal.— 1571. El formalismo en el derecho.— 1572-1574. El formalismo en la actualidad.— 1575. Ventajas e inconvenientes de las formas.— 1576. Principio de libertad: excepciones.— 1576 bis. El instrumento como concepto autónomo.— 1576 ter. Forma y prueba. Formas “ad probationem” y “ad solemnitatem”.— 1577. Clasificación de los actos jurídicos en cuanto a sus formas.— 1578. Subdivisión.— 1579. Conversión del acto jurídico.....	343
§ 2. <i>Instrumentos privados. Formalidades requeridas para esta clase de instrumentos: el principio de la libertad. La firma. La impresión digital y la firma a ruego. El doble ejemplar: su razón de ser y casos en que es exigido. Fuerza probatoria de los instrumentos privados. La fecha cierta: cómo se adquiere. Efectos. La firma en blanco. Cartas misivas</i>	350
I. DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS EN GENERAL: 1580. Noción de forma instrumental. Diversas clases de instrumentos.— 1581. Concepto de instrumento privado.— 1582. Formalidades requeridas para los instrumentos privados: el principio de libertad.— 1583. Consecuencias.....	350
II. LA FIRMA: 1584. Excepciones al principio de libertad.— 1585. Noción.— 1586. Iniciales o signos.— 1587. Documentos firmados a ruego.— 1588. Documentos signados con la impresión digital.— 1589. Los proyectos de reforma del Código.....	352

III. EL DOBLE EJEMPLAR: 1590. Exigencia.— 1591. Antecedentes históricos.— 1592. Razón de ser del doble ejemplar.— 1593-1595. Casos en que se exige el doble ejemplar.— 1596. Número de ejemplares.— 1597. Sanción por defecto de doble ejemplar.— 1598. Con relación al acto.— 1599. Con relación al instrumento.— 1600. Es principio de prueba por escrito.— 1601. Subsanción del vicio.— 1602. Ejecución del acto.— 1603. Depósito en manos de un tercero.— 1604. Presentación del instrumento.— 1605. Consecuencias de la subsanción del vicio..... 356

IV. FUERZA PROBATORIA DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS: 1606. Distinción.— 1607. a) El instrumento considerado en sí mismo.— 1608. 1) Reconocimiento expreso o tácito.— 1609. 2) Verificación judicial.— 1610. b) Valor probatorio del contenido del instrumento.— 1611. c) A quiénes afectan los instrumentos.— 1612. Firmantes.— 1613. Sucesores.— 1614. Terceros.— 1615. Indivisibilidad de la prueba instrumental.— 1616. Notas marginales y suplementarias.— 1617. Enmiendas y raspaduras 362

V. DE LA FECHA CIERTA: 1618. Cómo se adquiere. Efectos. 1619. a) Discusión sobre el inc. 2º del art. 1035.— 1620. b) Discusión sobre el inc. 4º del art. 1035.— 1621. c) Si la enumeración del art. 1035 es limitativa.— 1622. La fecha cierta en materia comercial.— 1622 bis. Concepto de tercero..... 367

VI. DE LA FIRMA EN BLANCO: 1623. Noción.— 1624. a) Como instrumento privado.— 1625. b) Como acto jurídico.— 1626. Efectos respecto de las partes.— 1627. Efectos respecto de los terceros de buena fe.— 1628. Sustracción de la firma en blanco.— 1628 bis. Anteproyecto de 1954.— 1629. Extravío del documento.— 1630. Muerte del firmante 370

VII. DE LAS CARTAS MISIVAS: 1631. Noción.— 1632. Propiedad de las cartas.— 1633. Facultad del destinatario.— 1634. Derecho de prueba. A quién corresponde.— 1635. A quiénes se extiende el derecho anterior.— 1636. Naturaleza "sui generis" de las cartas misivas.— 1637. Valor probatorio de las cartas misivas..... 375

§ 3. *Instrumentos públicos: concepto. Enumeración del art. 979 del Código Civil. Fuerza probatoria entre las partes, sucesores y terceros* 379

I. DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS: 1638. Concepto.— 1639. Requisitos de validez.— 1640. a) Capacidad del oficial público.— 1641. Cesación de la capacidad.— 1642. Suspensión, destitución o reemplazo del oficial público.— 1643. Incapacidad de derecho del mismo.— 1644. b) Competencia del oficial público.— 1645. Competencia "ratione materiae".— 1646. Competencia "ratione loci".— 1647. c) Formalidades legales.— 1648. Firma.— 1649. Testigos.— 1650. Capacidad de los testigos.— 1651. Consecuencia de la falta o incapacidad de los testigos.— 1652. Sanción por inobservancia de los requisitos de validez.— 1653. Instrumentos nulos.— 1654. Instrumentos anulables.— 1655. Diferencia entre ambas categorías.— 1656. Conversión del instrumento público inválido 379

II. ENUMERACIÓN DEL ART. 979 DEL CÓDIGO CIVIL: 1657. La enumeración es ejemplificativa.— 1658-1667. Examen de los diversos incisos del art. 979	387
III. FUERZA PROBATORIA ENTRE LAS PARTES, SUCESORES Y TERCEROS: 1668. Distinción.— 1669. El instrumento en sí mismo.— 1670. Contenido del instrumento.— 1671-1672. Hechos pasados ante el oficial público.— 1673. Declaración de los testigos y oficial público.— 1674. Cuándo cesa la fe del instrumento.— 1675. Cláusulas dispositivas.— 1676. Cláusulas enunciativas.— 1677. Cláusulas enunciativas directas e indirectas.— 1678. Personas a quienes afecta el valor probatorio.....	390
§ 4. <i>Escrituras públicas. El protocolo. Escrituras matrices. Partes que las constituyen. Copias y segundas copias. Procuraciones y documentos habilitantes. Concepto de la protocolización. Los escribanos públicos. La ley 12.990: organización del notariado.</i> 1679. Concepto de escritura pública.— 1680. Requisitos de validez de las escrituras públicas.— 1681. Protocolo.— 1682. Idioma nacional.— 1683. Lugar y fecha. Datos personales.— 1684-1685. Desarrollo del acto.— 1686. Quid de la unidad del acto.— 1687. Firma de las partes y del escribano.— 1687 bis. Testigos facultativos.— 1688. Exigencias especiales.— 1689. Minutas.— 1690. Cantidades.— 1691-1692. Procuraciones y documentos habilitantes.— 1693-1695. Sanción por inobservancia de los requisitos legales.— 1696. Supuestos de falta de firma del autorizante.— 1697. Escrituras matrices: partes que las constituyen.— 1698. Copias y segundas copias.— 1699-1701. Protocolización.— 1702-1709. Escribanos públicos. Ley 12.990. Organización del notariado	397

Capítulo XV

VICIOS DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS

§ 1. <i>Vicios de los actos voluntarios. Teoría de los vicios del consentimiento; su crítica.</i> — 1710-1711. Vicios de los actos jurídicos.— 1711 bis. Defectos varios del acto jurídico: falta de requisitos.— 1712-1714. Teoría de los vicios del consentimiento: su crítica.— 1715. Opinión crítica de Borda.— 1715 bis. El vicio de lesión subjetiva: remisión.....	411
§ 2. <i>Ignorancia y error. La teoría del error: a) error de hecho: error esencial y accidental. Error sobre la naturaleza, el objeto, la causa, la sustancia, las personas; b) error de derecho: concepto; régimen legal (arts. 20 y 923). Excepciones: pago de lo indebido (art. 784). Otros casos. Tendencias modernas.</i> 1716. Noción.— 1717. Especies de error	416
I. ERROR DE HECHO: 1718. Diversas clases de error de hecho.— 1719. Clasificación del Código: error esencial y accidental.— 1720. A) Error exclu-	

yente de la voluntad.— 1721. B) Error esencial.— 1722-1724. Error sobre la persona.— 1725-1727. Error sobre la sustancia.— 1728-1729. La cuestión en nuestro derecho.— 1730-1733. Error sobre la causa principal.— 1734. C) Error accidental o indiferente.— 1735. Las supuestas excepciones del art. 928.— 1736. Excusabilidad del error esencial.— 1737. Qué debe entenderse por error excusable.— 1738. El requisito de la excusabilidad en el error excluyente de la voluntad.— 1739. Exención de responsabilidad por error 416

II. ERROR DE DERECHO: 1740. Régimen del Código.— 1741-1742. Las excepciones al art. 923.— 1743. Interpretación de Bibiloni.— 1744. Tendencias modernas.— 1745. Los proyectos de reformas..... 432

§ 3. *Dolo. Concepto del dolo como vicio de los actos jurídicos y como elemento intencional del delito civil y del incumplimiento de las obligaciones. Condiciones para que determine la anulación de un acto. Dolo principal e incidental. Dolo recíproco. Dolo de un tercero.* 1746-1752: Diversas significaciones del vocablo dolo.— 1753. El dolo como vicio de la voluntad.— 1754-1758. Clasificación del dolo.— 1759-1763. Condiciones para que el dolo determine la anulación del acto.— 1764-1770. Sanciones a que da lugar el dolo.— 1771. Fundamento de la nulidad.— 1772-1773. Dolo de un tercero.— 1774. Prueba del dolo 436

§ 4. *Fuerza e intimidación. Violencia ejercida por un tercero. Temor reverencial. Estado de necesidad.* 1775. Nociones generales.— 1776. Antecedentes.— 1777. El llamado vicio de fuerza.— 1778-1783. El vicio de violencia.— 1784. Amenaza a un extraño.— 1785-1787. Sanciones a que da lugar la violencia.— 1788. Temor reverencial.— 1789. Violencia ejercida por un tercero.— 1790-1793. Estado de necesidad.— 1794. La cuestión en nuestro derecho.— 1794 bis. Explotación del estado de necesidad: Ley 17.711.— 1795. Prueba de la violencia.— 1795 bis. El vicio de lesión subjetiva: remisión..... 444

§ 5. *Simulación: concepto; simulación lícita e ilícita; absoluta y relativa. Acción de simulación, diversos casos: a) Ejercicio de la acción por una parte contra la otra. El problema de la necesidad del contradocumento. Doctrina y jurisprudencia. b) Ejercicio de la acción por los terceros contra las partes. Prueba necesaria. Oponibilidad del acto simulado con relación a terceros. Requisitos: art. 996.* 1796. Advertencia.— 1797. Concepto de simulación.— 1798. Requisitos del acto simulado.— 1799-1803. Naturaleza jurídica del acto simulado.— 1804. Clases de simulación.— 1805. Simulación absoluta y relativa.— 1806. Simulación lícita e ilícita.— 1807. Acción de simulación 456

I. ACCIÓN DEDUCIDA POR LAS PARTES: 1808. Procedencia de la acción.— 1809-1811. Cuestión acerca de la simulación ilícita.— 1811 bis. Ley 17.711.— 1812. Consecuencias de la declaración de simulación.— 1813. Prue-

ba de la simulación: el contradocumento.— 1814. Discusión.— 1815. Casos en que el contradocumento no es exigido.— 1815 bis. La ley 17.711 y el contradocumento.— 1816. Prescripción de la acción.— 1817. Teoría de la imprescriptibilidad.— 1818. Teoría de la prescripción bienal.— 1818 bis. Prescripción decenal.— 1818 ter. La ley 17.711 y la prescripción de la acción de simulación..	461
II. ACCIÓN EJERCIDA POR TERCEROS: 1819-1820. Procedencia de la acción.— 1821. Contra quién se entabla la simulación.— 1822. Carácter de acción patrimonial.— 1823-1825. Consecuencias de la declaración de simulación.— 1826. Prueba.— 1827-1830. Prescripción de la acción en este supuesto	471
III. INOPONIBILIDAD A TERCEROS: 1831. Planteo de la cuestión.— 1832-1835. Discusión.— 1836. Cuestiones conexas.— 1837. Inoponibilidad de la simulación a los acreedores del adquirente aparente y a los acreedores de los sucesivos subadquirentes.— 1838. Conflicto entre acreedores y sucesores singulares.— 1839-1843. Conflicto entre acreedores de las partes.....	478
IV. SIMULACIÓN EN EL MATRIMONIO: 1843 bis. Planteo del asunto.— 1843 ter. Nuestra opinión	481
§ 6. <i>Fraude: concepto. Requisitos para el ejercicio de la acción pauliana o revocatoria. Comparación con la subrogación y la simulación. Efectos de la revocación del acto. Inoponibilidad del mismo al acreedor que ejerce la acción.</i> 1844. Noción del fraude. Advertencia.— 1845. Naturaleza de la acción revocatoria.— 1846. Requisitos de la acción revocatoria.— 1847. Requisitos generales: a) Insolvencia actual del deudor.— 1848. b) Incidencia del acto en la insolvencia del deudor.— 1849-1850. c) Fecha del crédito anterior al acto.— 1851. Fecha cierta.— 1852. Supuesto de acto a título oneroso.— 1853. Supuesto de acto a título gratuito.— 1854. Supuesto de subadquisición de los bienes.— 1855. Titular de la acción.— 1856. Actos inobjetables por vía de esta acción.— 1857-1862. Consecuencias de la admisión de la acción.— 1863-1864. Comparación de las acciones revocatoria y subrogatoria.— 1865-1867. Comparación de las acciones revocatoria y de simulación	483

Capítulo XVI

NULIDAD Y ANULACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

§ 1. <i>Sanciones en derecho civil: a) La indemnización (actos ilícitos). b) La nulidad (actos jurídicos). c) La caducidad de derechos o potestades. Estudio en particular de la teoría de las nulidades: concepto; caracteres; el problema de las nulidades implícitas</i>	495
---	-----

I. DE LAS SANCIONES EN GENERAL: 1868. Noción.— 1869. Clasificación.— 1870. Caracteres diferenciales.— 1871. Cuadro general de sanciones.— 1872. Advertencia	495
II. DE LA SANCIÓN DE NULIDAD: 1873-1876. Nulidad de los actos jurídicos. Concepto. Caracteres.— 1876 bis. Opiniones que niegan a la nulidad el carácter de sanción.— 1876 ter. Comparación de la nulidad con otras sanciones civiles (indemnizaciones, etc.).— 1877. Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos.— 1878. Nulidad e inoponibilidad.— 1879. Nulidad y esterilidad de los actos jurídicos.— 1880-1883. La cuestión de las nulidades implícitas	499
§ 2. <i>Clasificación de las nulidades. Sistemas diversos; régimen del Código. Teoría del acto inexistente.</i> 1884. Cuadro general.— 1885-1886. Clasificaciones no aceptadas.— 1887. Nulidades manifiestas y no manifiestas.— 1888. II) Nulidades de derecho (actos nulos) y nulidades dependientes de apreciación judicial (actos anulables).— 1889. Significación de esta clasificación.— 1890-1893. III) Nulidades absolutas y relativas.— 1894. IV) Nulidad total o parcial.— 1895. V) Nulidades expresas y virtuales.— 1896. Sistemas diversos.— 1897. Derecho romano.— 1898-1902. Derecho francés.— 1903-1907. Derecho alemán.— 1908. Derecho italiano.— 1909-1911. Teoría del acto jurídico inexistente.— 1912-1919. Alcance práctico de la distinción de nulidad e inexistencia	504
§ 3. <i>Actos nulos y anulables: enumeración legal; criterio de la distinción; consecuencias.</i> 1920. Enumeración legal	519
I. ACTOS NULOS: 1921. Incidencia de la falla.— 1922. A) Actos nulos por falla relativa al sujeto.— 1923-1925. I) Carencia de capacidad de hecho.— 1926-1929. II) Capacidad de hecho restringida. Representación necesaria insuficiente.— 1930-1931. III) Incapacidad de derecho.— 1932. B) Actos nulos por fallas concernientes al objeto del acto.— 1933-1935. I) Simulación o fraude presumido por la ley.— 1936-1938. II) Objeto prohibido.— 1939. C) Actos nulos por fallas concernientes a la forma del acto.— 1940. I) Omisión de la forma legal exclusiva.— 1941-1942. II) Nulidad refleja.— 1943. III) Nulidad de los instrumentos	519
II. ACTOS ANULABLES: 1944. Plan a seguir.— 1945. A) Actos anulables por fallas concernientes al sujeto.— 1946-1949. I) Incapacidad natural o accidental.— 1950-1951. II) Incapacidad de derecho desconocida.— 1952-1954. III) Vicios de la voluntad.— 1955-1956. B) Actos anulables por fallas concernientes al objeto.— 1957-1958. C) Actos anulables por anulabilidad de los instrumentos en que constan	527
III. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN: 1959. Exposición.— 1960-1961. Primera opinión.— 1962-1963. Segunda opinión.— 1964. Tercera opinión.— 1965-1969. Cuarta opinión.— 1970. Consecuencias.— 1970 bis. Consecuen-	

cias de la distinción de los actos nulos y anulables después de la ley 17.711: remisión	533
§ 4. <i>Nulidad absoluta y relativa; criterio de la distinción; consecuencias.</i> 1971. Nulidad absoluta y relativa. Criterio de la distinción.— 1972. Consecuencias.— 1973-1979. Consecuencias de la nulidad absoluta.— 1979 bis. Imprescriptibilidad de la nulidad absoluta.— 1980-1991. Consecuencias de la nulidad relativa.— 1991 bis-1994. Prescriptibilidad de la nulidad propiamente dicha.— 1994 bis-1996. Actos obrados sin la autorización competente.— 1996 bis. Plazo genérico de prescripción de la acción de nulidad.— 1997-2002. Casos de nulidad absoluta y relativa	538
§ 5. <i>Alcance de la nulidad: a) Completa o parcial; criterio del art. 1039; aplicaciones en caso de obligaciones accesorias, condición, cargo, etc. b) Defectos que dan lugar a nulidad o reajuste del acto: art. 954 reformado.</i> — 2002 bis. Nulidad completa o parcial: remisión.— 2002 ter. Aplicaciones en caso de obligaciones accesorias, condición, cargo, etc.— 2002 quater. Defectos que dan lugar a nulidad o reajuste: remisión.....	551
§ 6. <i>Efectos de la nulidad. Consecuencias entre las partes y con relación a terceros.</i> 2003. Efectos de la nulidad	551
I. ACTOS NULOS: 2004. Principio.— 2005-2010. Discusión.— 2011. Consecuencias.— 2012. A) Situación de las partes del acto.— 2013. I) Acto no ejecutado. Excepción de nulidad.— 2013 bis. Excepción de nulidad.— 2014. II) Acto ejecutado.— 2015. I) Restituciones.— 2016. 2) Frutos.— 2017. 3) Intereses.— 2018. Privilegio de los incapaces. 2019. Fundamento de este privilegio.— 220. Extremos de la aplicabilidad del privilegio.— 2021. Prueba.— 2022. B) Situación de los terceros.— 2022 bis. La ley 17.711 y los terceros adquirentes de derechos derivados de un título nulo	552
II. ACTOS ANULABLES: 2023. Distinción.— 2023 bis. A) Situación de las partes del acto.— 2023 ter. I) Acto no ejecutado. Excepción de nulidad.— 2024. II) Acto ejecutado.— 2025. Restituciones.— 2026. Cosas consumibles.— 2026 bis. Frutos.— 2027-2037 bis. a) Contratos bilaterales con ambas obligaciones fructíferas.— 2028. b) Contratos bilaterales con una sola prestación fructífera.— 2029. c) Contratos unilaterales.— 2030. Productos.— 2031. Gastos y mejoras.— 2032. Inaplicabilidad del privilegio de los incapaces en el régimen de la anulabilidad.— 2033. B) Situación de los terceros.— 2034. I) Anulación anterior a la adquisición del tercero.— 2034 bis. Innovación de la ley 17.711.— 2035-2045 bis. II) Anulación del acto antecedente posterior a la adquisición efectuada por el tercero.— 2046. Jurisprudencia.....	562
III. RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS: 2047. Es sanción independiente.— 2048. Carácter sustitutivo o complementario del resarcimiento.— 2049. La reparación de perjuicios como sucedáneo de la nulidad.....	572

§ 7. <i>Confirmación de los actos jurídicos: concepto. Actos susceptibles de confirmación. Naturaleza de la confirmación. Especies; forma y prueba. Ratificación. Efectos de la confirmación entre partes y con relación a terceros</i> 2050-2051. Confirmación: concepto.— 2052-2055. Comparación con la ratificación, el reconocimiento y la novación.— 2056. Actos susceptibles de confirmación.— 2057. Forma. Especies de confirmación.— 2058-2059. Confirmación expresa.— 2060-2061. Confirmación tácita.— 2062. Prueba de la confirmación.— 2063. Requisitos de fondo.— 2064. Naturaleza de la confirmación.— 2065-2068. Efectos de la confirmación entre las partes y con relación a terceros	574
--	-----

Capítulo XVII

EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

§ 1. <i>Extinción de las relaciones jurídicas; métodos del Código; tendencias modernas. Hechos y actos jurídicos extintivos. Resolución, revocación y rescisión; conceptos, diferencias y efectos.</i> 2069. Extinción de las relaciones jurídicas.— 2070. Método del Código.— 2071-2072. Tendencia moderna.— 2073-2079. Hechos y actos jurídicos extintivos.— 2080. Actos jurídicos extintivos.— 2081-2083. Resolución: concepto.— 2083 bis-2085. Cláusula resolutoria implícita.— 2086. Revocación: concepto.— 2087-2088. Rescisión: concepto.— 2089-2095. Diferencias y efectos.— 2096. Renuncia	579
§ 2. <i>Prescripción: concepto. Prescripción adquisitiva y extintiva. Suspensión e interrupción. Caducidad; comparación con la prescripción; ejemplos.</i> 2098-2100. Prescripción: concepto.— 2101. Articulación de la prescripción.— 2102. Prescripción adquisitiva y extintiva.— 2103-2110. Acciones imprescriptibles.— 2111. Términos de prescripción.— 2111 bis-2112. Término general de prescripción.— 2113. Cómputo del término.— 2114. Suspensión e interrupción de la prescripción.— 2115. Suspensión.— 2116. 1) Minoridad.— 2117. Excepciones.— 2118. Legislación extranjera.— 2119. Proyecto de reforma del Código Civil.— 2120-2121. 2) Sujeción bajo tutela.— 2121 bis. Curso de la prescripción contra incapaces.— 2122-2123. 3) Matrimonio.— 2124-2125. Supuesto de divorcio vincular.— 2126. 4) La imposibilidad de obrar reconocida por la ley.— 2127-2128. a) Heredero beneficiario.— 2129. b) Tutores y curadores.— 2130. 5) Imposibilidad proveniente de fuerza mayor.— 2130 bis. La ley 17.711 y la imposibilidad proveniente de fuerza mayor.— 2130 ter-2130 quater. Dos nuevos supuestos de suspensión de la prescripción.— 2131-2132. Relatividad de la suspensión.— 2133. Interrupción.— 2134-2136. 1) Demanda judicial.— 2137-2142. Desaparición del efecto interruptivo de la demanda.—	

2143. 2) Compromiso arbitral.— 2144. 3) Reconocimiento expreso o tácito de la obligación.— 2145-2147. Relatividad de la interrupción.— 2148. Caducidad.— 2149. Comparación con la prescripción.— 2150. Clasificación de los términos de caducidad. Ejemplos.....	591
--	-----

ÍNDICE DE ARTÍCULOS CITADOS

CONSTITUCIÓN NACIONAL

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
2	404, 1092.	21	478.
3	54, 876.	24	343/4.
4	84.	31	85.
5	1100.	64	243/4.
7	557.	67	*55, 79, 154, 216, 739, 1102, 1104, 1178, 1328.
14	311, 383, 465, 471, 899, 946, 1201, 1233, 1254, 1302	68	48.
15	404.	70	56.
16	321, 404, 561, 594.	73	48.
17	15, 158, 176, 1201, 1302.	76	578.
18	166, 468, 939.	86	54, 63, 1102.
19	70, 383, 592	100	933.
20	311, 465, 471.	104	55.
		108	1328.

CÓDIGO CIVIL

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1	*137, 465, 946.	7	*142, 143, 572, 151, 858.
2	56, *57, 1740.	8	141, 572.
3	*152, *154, 156, 178, 194, 1415.	9	141, 142, 572, 600.
4	*168, 170, 183.	10	141, 145, 572, 1318.
5	*175, 176, 178, 194.	12	141, *147, 539.
6	*142, 143, 572, 583, 151, 858.	13	*150, 815.
		14	1137, *138, 139, 198, 1465.

* NOTA Las cifras mencionadas a continuación del artículo remiten al número de párrafo. El asterisco indica el párrafo donde el artículo es considerado especialmente.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
15	479.		1157, 1162, 1081, *1158
16	117, 188, 126, 113, 1150.		bis, *1158 ter, 1257.
17	70, 71, 275, 674.	44	876.
18	51, 52, 604, 1871, 1881.	45	1081, 1104, 1106, 1174, 1175, 1178, 1180, 1181, 1189, 1185, 1091, *1179 bis, *1191 bis, 1248 bis.
19	197, 551, 1228, 892, 2097.		
20	1740, 1743.	46	1249, *1255, 1089 bis, 1109, 1158 bis, *1253, 1254 bis.
21	*196, 198, 378, 561, 1228, 1465.	47	1241, 1180, 1181.
22	60, 217.	48	1200, 1201, 1247, 1180, 1193, *1194, 1198, 1198 bis, 1199, 1214, 1196, 1197, 1081, 1200 bis.
23	204.	49	1201, 1193, 1108, 1199.
24	259, 205.	50	*1203, 1205, 1207, 1100.
25	206, 209, 259.	51	*320, 321, 1053.
26	207, 209.	52	561, 1129.
27	208, 210.	53	*342, 344, 561, 525, 825, 1129.
28	211.	54	330, 525, 575, 582, 858, 589, 637, 646, 766, 784, 792, 794, 795, 703, 718, 1376.
29	*203.	55	476, 575, 588, 589, 632, 648, 649, 822, 925, 833, 834.
30	314.	56	609, 612, 825.
31	*319, 321, 1053, *1086, 1089 bis.	57	335, 383, 476, *612, 613, 626, 638, 766, 777, 795, 794, 825, 833, 836, 1485, 2120, 834.
32	1081, 1088, 1089, 1053, 1089 bis, 1250 bis.	58	609, *632, 633, 795, 825, 835.
33	1087, 1092, 1094, 1095, 1099, 1100, 1102, 1109, 1110, 1215, 1165, 1166 bis, 1168, 1353, 1465, 1106, 1095, 1099, 1109, 1158 bis, 1165, 1168, 1250 bis.	59	*617, 619, 621, 623, 626, 628, 913, 825, 353.
34	*1209, 1210.	60	60, 625, 626, 743, 825, 836.
35	1223, 1159, *1130, 1129.	61	825.
36	1223, *1143, 1169.		
37	1223, 1143, 1169.		
38	*1126, 1198.		
39	1122, 1125.		
40	*1227.		
41	1136, 1149, 590.		
42	590, 1138, 1150, 1151, 1152, 1155, 1149.		
43	*1149, 1150, 1151, 1152, 1153, 1154, 1155,		

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
62	*615, 787 ter, 825.	102	933.
63	*324, 325, 636.	103	948, 959.
64	*331, 332, 334, 344.	104	252, 531, 644.
65	*352, 53, 356.	105	532, 534.
66	353, 624.	106	534, 644.
67	216, *355, *357.	107	534, 644.
68	*355.	108	252.
69	*640.	109	954, 955.
70	*324, *343, *367.	112	583.
71	*364.	113	*503, 978, 979, 980, 824.
72	*367.	114	583.
73	*366.	118	1002.
74	*329, 343, 363.	119	10006.
75	*349.	121	1009.
76	*365, 366.	122	1019.
77	*349.	123	1023, 922.
78	*357, 258, *360.	124	1028, 1835, 2042.
79	396, 526, 660.	126	641.
80	259, 278, 507, 526, 527.	127	*645.
81	528.	128	260, 649, 835, 839, *657, 658, 667.
82	529.	129	*606, 839, 779.
83	529.	130	664, *660.
84	530.	131	*662, 663, 665, 835, 839, 940, 844.
85	521, 525.	132	684, 688, 690.
87	524.	133	667, *683, 686, 840, 844, 1927, 1125, 649.
88	*368.	134	649, 667, *668, 682, 840, 844, 677/8.
89	894, 898, 901.	135	610, 649, 667, 672, 677/8, 834, 1447, 1452, 1608, 340, 1927, 673, 674, 676, 841, 682, 842, 643, 644, 670.
90	479, 1127 ter, 882, 887, 889, 892, 893, 894, 914, 915, 945, 952, 854, 866, 867, 868, 869, 875, 876, 877, 878, 879, 885.	136	*681, 840, 841, 479.
91	*897.	140	*705, 741.
92	902.	141	473, 703, *710, 713.
93	901.	142	705, 741, 742.
94	901.	143	705, *706 bis, 743.
95	584, 879, 902.	144	625, *744, 745, 746, 747, 748, 749, 741, 750, 755, 824, 825.
96	584, 896.		
97	899, 902, 906.		
98	896, 906, 907, 878.		
99	902, 905.		
101	918.		

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
145	*718.	252	411, 484.
146	613, *719.	253	1396.
147	*752, 795.	254	2150.
148	753.	257	961.
149	419.	258	961, 2150.
150	*772.	259	484, 961, 2104.
151	*780.	261	961.
152	780, *781.	262	480, 2104.
152 bis	1929.	263	495, 526.
153	*784.	264	197, 259, 649, 1440.
154	*785, 795.	265	1871.
155	*787.	266	473.
156	*787 bis.	267	1871.
157	613.	269	647.
158	613, 789.	272	625.
167	278.	274	260, 649.
177	665.	275	610, 647, 650.
179	502, 637.	278	1871.
180	502.	283	650.
182	502.	286	616, 650, 1608.
183	502.	287	665.
185	825, 828.	293	649.
186	823, 825.	297	611.
188	823, 825.	298	611.
189	823, 825.	301	473.
191	824, 825, 839.	306	259, 662, 667, 840, 962, 1014.
192	825.	307	729, 811, 1871.
193	822, 825.	308	629.
194	822, 825.	309	629, 811, 1014.
206	824, 825.	310	629.
210	826, 840.	312	146, 986.
223	992.	313	896, 143.
231	840.	314	143.
240	481.	315	143.
241	348.	322	335.
242	348.	325	256, 335, 474, 484, 497, 961.
245	353, 1017.	332	526.
246	348, 484, 1017.	327	259.
247	357, 383, 360.	335	526.
249	*357, 358, 360, 1396.	339	259.
250	484.		
251	848, 1017.		

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
335	526.	486	639.
339	259.	487	639.
344	259.	488	639, 753, 804.
367	336, 378, 1871.	489	639.
368	378.	490	753.
374	1340.	491	353, 481, 621, 623, 624.
377	648, 1440.	492	481, 619, 621, 623.
387	1940.	493	619, *621, *623, 481.
390	368, 630, 1389.	494	353, 481, 619, 621, 628.
391	630.	499	610.
392	1389.	509	2130 ter.
394	1940.	504	334, 340, 1871
395	1081.	512	*1433.
397	1014.	513	610.
398	474, 600, 603, 669, 804, 817, 826, 830, 831, 2119.	514	610, 1365.
400	945.	515	650, 654, 1578, 2079, 2099, 2108.
403	882, 946.	516	2079, 2099.
404	776.	518	2079, 2099.
405	776, 884.	522	19, 1466.
411	649, 777.	523	1449.
413	750.	525	1449, 1459.
432	844.	526	1549.
443	611, 811, 1452.	527	1735.
450	597, 668, 911.	528	1513, 1515.
455	677, 840, 962, 1015.	529	1514.
458	753.	530	383, 384, 899, *1524, 1462.
460	753.	532	1521.
465	1931.	542	1518.
468	705, 716, *1440.	543	1180, 1525.
469	639, 705, 784.	544	1527.
472	737, *730, 770, *1949.	545	1517.
474	728, *731, 734, 735.	546	1526.
475	479, 669, 708, 753, 766, 776, 777, 804, 811, 826, 830, 831, 860, 884, 962, 1015, 1931, 2119.	548	1528.
476	891.	553	1517.
478	613.	554	363.
480	811, 813.	557	1529.
481	639, 775.	558	1542, 1546.
482	639, *766.	562	1548.
		564	193, 1465, 1549.
		566	1535.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
567	1535, 1536.	836	2094.
568	1536.	837	2093, 2039.
570	1538.	840	2092.
571	1540.	845	474, 480, 2091.
572	1205, 1541.	847	474.
575	1540.	850	2094.
577	1318, 1492, 1818.	857	2095.
578	1331, 1879.	858	1741, 2095.
579	1331.	859	2095.
584	1331, 1879.	860	2095.
592	1300, 1318, 1465.	862	2075.
594	1463.	867	2075.
595	1463.	868	2097.
599	1300.	872	480, 2087, 2097.
616	1336.	873	2097.
620	1537.	874	2097.
621	19, 1466.	875	2097.
625	1871.	878	1395.
629	1390.	889	2077.
633	1871.	896	*1360.
656	1466.	897	*1367, 1401, 1715, 1748, 1794, 1949.
667	1335.	900	1424 bis.
710	2077.	901	*1409, 1424 534.
711	2077.	902	1407.
724	1365.	903	1410, 1424 ter.
727	1862.	904	*1411, 1412, 1424 ter.
729	1830.	905	*1412, 1415 bis, 1419.
732	1303, 2042.	906	1412, 1415, *1416 bis, 1415 bis, 1419.
738	2026.	907	*1421, *1424 bis, 1424 ter.
747	862.	908	1422.
748	862.	909	1374.
752	1537.	910	51, 383, *1390, 1786.
753	1541.	911	383, *1391, 1786.
754	1541.	913	*1352, 1569.
757	793.	915	*1352.
768	1860.	916	*1353.
784	1741.	917	*1354, 1582.
786	1860.	919	391, *1356, 1608.
788	2017, 1028, 2029.	900	*1420, 1401, 726, 769.
792	198, 1456, 1871.		
828	644.		
833	2092.		

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
912	*1380.	952	1445, 2066.
918	*1354.	953	51, 198, 383, 1130, 1300, 1455, *1456 y ss., 1463, 1465/7, 1473, 1479, 1511, 1520, 1748, 1939, 1999.
921	763, 769, *1373, 174, 1376, 1378, 1715.	954	1713, 1766, 1953, 1475 bis, 1713, 1794, 1943.
922	51, 1384, 1386, 1420, 1713, 1715, 1777.	955	*1797, 1781.
923	1740, 1743, 1748.	956	1801, *1805.
924	1715, 1719, 1720, 1733.	957	*1806.
925	1715, 1719, 1722 y ss., 1751.	958	1805, 1829.
926	1401, 1715, 1719, 1727, 1728 y ss., 733.	959	1808, *1809, *1811 bis.
927	1715, 1719, 1720, 1733, 1751.	960	1809/10, 1813/4, 2042, 1815 bis.
928	1719, 1727, 1734, *1735, 1771.	961	1306, 1855, 1871.
929	1402, 1715, *1736, 1737.	962	473, 1846, 1837 y ss.
930	1739.	963	*1850.
931	1383, 1753.	965	1859.
932	1715, 1758, 1765, 1769, 1794, 1871.	966	1860.
933	1758, 1772.	967	1628, 1833, 1853, 2045.
934	51, 1761, 1797, 1769.	968	1846, 1852, 2042, 2045.
935	1772.	969	473, 1852.
936	1775, *1777.	970	1628, 1835, 1854, 2042, 2045.
937	1715, 1775, 1778 y ss., 1783/85, 1787, 1794.	972	1855.
938	*1780, 1788, 1794.	975	*1570, 1651.
939	1779, 1794.	974	1576/7*, 1582.
940	1788.	975	1576.
941	51, 1777, 1789.	976	1576.
942	51, 1386, 1772, 1789.	977	1576.
943	1386, 1472, 1772.	978	1580, 1588.
944	1364, *1436, 1772.	979	507, 1638/9, 1649, 1658 y ss.
945	1441, 1443.	980	1453, 1646, 1943.
946	1441, 1444.	981	1646, 1943.
947	1441, 145.	982	1540.
948	572.	983	1642, 1643.
949	142, 149, 572.	984	1700.
950	70, *147, 539.	985	476, 481, *1643, 1931, 1943.
951	1445, 2066.	986	1645, 1649.
		987	*1656.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
988	1648.	1026	1610, *1612 y ss.
989	1654, 1685, 1963, 1968, 510, 511.	1027	1608.
990	476, 481, 600, 605, 871, 826, 830/1, *1650.	1028	*1607.
991	1651.	1029	*1615.
992	*1673.	1030	*1616.
993	*1671 y ss., 1678, 1941.	1031	934, 1396, *1608.
994	*1675, 1678, 1941.	1032	1609.
995	1677, 1678.	1033	934, *1609.
996	1402, 1813, 1914, *1833, 1838, 1842.	1034	*1618.
998	259, *1681, 1695.	1035	1618 y ss.*
999	*1682.	1036	1631, *1637.
1000	1689.	1037	268, 1871, 1880 y ss.*
1001	259, 1683/4*, 1687, 1690.	1038	1888, 1960, 991, 2004, 2006, 2008, 2014, 2036, 737, 933, 2022 bis.
1002	1649, 1685.	1039	*1894.
1003	1691, 1698, 258.	1040	473, 570, 654, 737, 767, 1024, 1376, *1454, *1922, 2144.
1004	510, 1685, 1687, 1689, 1694, *1695, 1943.	1041	649, 654, 737, 767, 1376, 1894, *1942, 1967.
1005	1695.	1042	649, 654, 682, 1004, 1894, *1925 y ss., 1963, 1967, 2007.
1006	1698.	1044	1439, 1458, 1465, 1598, 1800, 1894, 1928, 1933, 1955, 1967, 1999, 2020, 2059.
1007	1698.	1045	51, 726, 763, 769, 1439, 1654, 1715, 1786, 1800, 1893, 1945, 1946 y ss.*, 1949, 1963, 1967/68, 1999, 2001.
1008	1698.	1046	511, 933, 1889, 1918, 2024, 2034, *2036 y ss., 2041/2, 2045, 2079, 1913, 1915/6, 1972, 1973 y ss., *2056, 1892, 1915, 1972, 1981 y ss.
1009	1698.	1047	1439, 1465, 1871, 1892.
1010	1698.	1049	570, 728, 816, 1766, 1786, 1893.
1011	1698.		
1012	605, 1513, 1581, 1585, 1587/8, 1881.		
1013	1596.		
1014	1586.		
1015	1583.		
1016	*1624.		
1017	*1626.		
1018	*1626/7.		
1019	*1628/9.		
1020	*1582.		
1021	*1590, 1596.		
1022	*594.		
1023	1592, *1597.		
1024	1602.		
1025	1603.		

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1050	689, 1917, 2005, 2008/10, *2024, 2036.	1085	378.
1051	2005, 2010, 2022, *2034, 2038, 2041, 2022 bis.*, 2034 bis, 2045 bis, 2046.	1086	380.
1052	689, 2055, 2010, 2024, 2025.	1087	383.
1053	1812, 1917, 2005, 2010, 2027 y ss.	1088	385.
1054	2005, 2010, *2028.	1089	383.
1055	1917, 2005, 2010, 2026.	1090	385.
1056	1386, 1402, 1738, 2047.	1097	1395.
1057	*2049.	1099	968.
1058	268, 1892, *2056.	1107	2077.
1058 bis	2013 bis.	1109	1412.
1059	*2051.	1109	1412, 1736, 1738, 337, 380, 385, 1152, 1153, 1157, 1871.
1060	1420, 1602, 2063.	1112	1153, 1157.
1061	*2057/8.	1113	1152, 1153, 1154, 1157, 1257, 1422, 1424 ter.
1062	*2058/9.	1114	1422.
1063	1602, 1987, 2060.	1117	1422.
1064	2064.	1124	1154.
1065	2966/68.	1133	1153/4.
2066	51, 1137, 1402, 1425, 1427, 2047.	1137	1130.
1067	51, 1402, 1425, 1428, 1430, 1433, 1786, 1152, 2047.	1143	1130.
1068	1428/9, 1431.	1147	793.
1069	1428.	1149	1917.
1070	473, 714, *725, 763/4, 780, 1376, *1378.	1158	1420, 1766, 1786, 1984.
1071	19, 1277, 1280, 1279 bis.	1159	1766, 1893.
1072	*1433, 1152.	1160	479, *596, 599, 600, *602, 1318, 1582.
1075	288.	1161	1143, 1183, 1627, 1030, 1241.
1077	1825, 1871, 1152, 385.	1164	570, 728, 1893.
1078	385, 1232, 1431, 1434, 1871.	1165	634, 2018 y ss.*
1079	337, 385.	1169	1336.
1081	1825.	1177	598.
1082	1871.	1184	1318, 1578, 1940, 2059, 157.
1084	337, 378, 379.	1185	1578.
		1190	1440, 1578.
		1191	116, 1813.
		1192	1600, 1626, 1677, 1813, 1815.
		1193	1394, 1587, 1626.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1194	1440.	1290	824, 825.
1195	931, 1582, 1494 y ss.*, 1496, 1498, 1548, 1678.	1291	1115.
1196	1871.	1294	824, 825.
1197	19, *196, 1115, 1300, 1401.	1297	1934.
1198	1401, 552.	1299	1115.
1199	1498, 1678.	1306	824, 825.
1200	2087, 2089.	1307	824, 825, 1011.
1202	2085.	1308	1011.
1203	*2083, 2084.	1309	1011.
1204	72, 2083, 2083 bis, 2084.	1323	1336.
1205	149.	1327	31, 1457.
1206	1465, 198.	1329	1344, 1458.
1209	149.	1358	476.
1210	149.	1361	564, 567, 598, 1818, 986 2001.
1211	1701.	1366	1449.
1212	862.	1368	968.
1217	668, 824, 840, 1449.	1381	2150.
1218	597.	1388	597.
1222	668.	1396	249, 968.
1223	1658, 1679.	1413	2083.
1249	827.	1424	70.
1242	827.	1432	72.
1253	824, 825.	1440	768, 1527, 1540.
1257	827.	1441	476, 597.
1258	1115.	1449	1313, 1344, 1937.
1259	1115.	1453	1344.
1261	1011, 1115.	1454	1577, 1588, 1605.
1262	1115.	1459	1492.
1263	1115, 1010.	1487	2040.
1270	2075.	1490	476, 597.
1271	1010, 1115.	1491	1457.
1272	1115.	1492	671.
1275	1115.	1493	1336.
1276	1115.	1501	198, 1465.
1277	823, 825, 1488.	1503	198, 1465.
1278	1452.	1504	70, 259.
1280	1115.	1507	259.
1281	1115.	1509	259.
1284	1115.	1519	2083.
1289	1115.	1520	2083.
		1524	2083, 1871.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1556	70.	1739	1277.
1561	473.	1747	1255.
1564	2083.	1758	2079, 2087.
1565	2083.	1759	2087.
1566	2083.	1761	968.
1567	2083.	1767	2087.
1575	1935.	1771	2087.
1579	2083.	1777	1204.
1583	259.	1789	332.
1602	2087.	1795	1240.
1604	52, 259, 2087.	1799	1457.
1610	259.	1803	1000.
1620	1277.	1806	1181, 1183, 1254, 1255.
1622	1395.	1807	476, 668, 648, 1447.
1626	198, 1465.	1808	823, 825.
1627	70.	1810	1658, 1679.
1632	70.	1830	1243.
1638	1277, 2983.	1831	1243.
1640	967.	1849	1548, 1871
1641	967.	1850	1548.
1643	2083.	1858	419, 1522, 1871.
1644	1277, 2083.	1864	419.
1648	1250.	1868	2086.
1650	1250.	1869	609.
1652	1250.	1870	1223, 1486, 1030.
1659	1871.	1871	1223.
1663	1253.	1880	1145.
1664	1253.	1881	674.
1670	968.	1889	1486, 1587.
1671	1229.	1890	1487.
1673	1229.	1891	198, 1465, 371.
1674	1229.	1897	647.
1675	1229.	1898	647.
1678	1229.	1904	1626.
1680	1229.	1918	1818, 1931, 1996.
1691	1255.	1931	1627, 1030
1700	1253.	1933	1143.
1702	1229.	1934	1626/7.
1712	1229.	1936	1143.
1716	1255.	1946	1030, 1253.
1720	1257.	1947	1253.
1735	2083.	1963	968, 1629, 2078.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1967	2042.	2328	*1338, 149.
1969	750.	2329	1340.
1978	1277.	2330	1340.
1980	1629.	2331	*1338.
1993	2075.	2332	*1338.
2011	599, 600, 668.	2333	1339.
2063	1871.	2334	1339.
2070	1336.	2335	1316, 1339.
2073	833.	2336	1316, *1343, 1457.
2083	1535, 2078.	2337	1313, 134, *1344.
2089	1628.	2338	1316, 145.
2091	1862.	2340	1301, *1348.
2106	1862.	2341	1304, 1349.
2128	1509.	2342	1206, 1304, 1351.
2130	109, 2042.	2343	1357.
2145	1628, 2045.	2344	1353.
2184	1725.	2345	*1354.
2192	833.	2346	*1355.
2261	193, 1465.	2347	*1356.
2268	70.	2348	1356.
2288	833, 1871.	2350	1356.
2310	1510, 1628, 1835, 2042, 2045.	2356	51, 1033.
2311	381, *1315, 1315 bis.	2359	1529, 2016/7.
2312	155, 1290, 1293, 1302, 1315 bis.	2360	1135.
2313	1316, 1326.	2362	2028.
2314	1320.	2392	590.
2315	211.	2393	647, 1135.
2316	1322.	2400	1135.
2317	1324, 1329.	2412	117, 1931, 1300, 1318, 1326, 1503, 1918, 2045.
2318	1326.	2416	1036, 1500.
2319	*1329.	2422	1917, 2016, 2027, 2030.
2320	1322.	2423	1529, 2016, 2031.
1321	1322.	2427	1035, 2023.
2322	1321.	2430	1035, 2033.
2323	1316.	2433	2016.
2324	1316, 1329.	2438	2031.
2325	1316, *1332.	2440	2033.
2326	1316, 1335, *1893, 1335 bis.	2441	2033.
2327	1316, *1337, 1449.	2444	1034, 2032.
		2468	1871.
		2470	1871.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
2487	1318.	2808	1333.
2488	1318.	2811	333.
2500	1871.	2831	671.
2503	1300.	2846	793.
2505	1318.	2866	1034, 2030.
2506	1303, 1347, 1352.	2871	1333.
2508	1300.	2873	2030.
2510	1052, 2106.	2878	2030.
2513	1006, 1482, 1633.	2879	2030.
2514	1277.	2920	968, 1132, 1496.
2515	1025.	2928	2075.
2516	1633.	2929	1132.
2524	1357.	2949	671.
2525	1357, 1632.	2969	968, 1132, 1496.
2527	1357.	2972	1132.
2567	1339.	2977	647.
2571	1351.	2979	671.
2587	1338, 1351.	3004	1132.
2614	1344.	3020	70.
2617	259.	3057	1075.
2618	1277.	3058	2076.
2619	1277.	3108	1310, 1318, 1459, 1458.
2631	70.	3135	1504, 2042.
2661	969, 973, 1007.	3137	250.
2662	969.	3181	2075.
2663	1025.	3196	1628, 1835, 2045.
2668	1007.	3203	793.
2672	1026.	3204	13418, 1458.
2677	1116.	3313	833.
2678	1116, 1254.	3239	1318.
2692	1254.	3241	671.
2693	1116, 1254.	3263	1491.
2710	1254.	3265	1492.
2756	1871.	3266	1500.
2758	1871.	3267	1501.
2767	1628, 1835.	3268	1037, 1501.
2777	2042.	3270	1318, *1502 y ss., 1899, 2022, 2040, 2042.
2778	1628, 1835, 2042, 2045.	3371	1318, 1503, 2040.
2792	2025.	3277	2040.
2795	1871.	3279	964, 998.
2800	1871.	3282	1492, 998.
2807	1333.		

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
3283	859 bis, *144.	3617	784.
3284	860.	3621	1135.
3290	332, 999.	3630	1894.
3291	817, 1781.	3632	1940.
3294	817.	3639	1585.
3295	481, 2119.	3651	605.
3333	679.	3655	1658, 1679.
3344	998.	3656	605.
3363	2150.	3665	605.
3393	1318.	3672	479, 1659.
3415	947, 964, 998, 1495.	3673	1659.
3420	998.	3679	1659.
3422	1506.	3708	1654.
3428	1050, 1740.	3712	428.
3430	1048, 1506, *1628, 1835, 2042, 2054.	3715	1894.
3442	2108.	3730	1894.
3443	2108.	3733	332, *333.
3454	823, 825.	3734	1135, 1254.
3456	676.	3735	1133, 1254, 1181, 1183.
3463	793.	3739	479, 567.
3474	1306.	3740	479.
3503	1009.	3741	1934.
3549	999.	3766	164, 1492.
3565	355.	3774	1871.
3567	355.	3842	1871.
3568	355.	3875	1309.
3569	355.	3879	1309.
3570	355.	3880	1309, 479.
3571	355.	3892	1309.
3572	274.	3922	1306.
3576	259.	3931	1309.
3577	355.	3942	2120.
3585	355.	3947	3099.
3601	1243.	3949	2102.
3602	1243.	3951	1135, 2101.
3604	1934.	3953	2213.
3605	1243.	3954	2113.
3608	198, 1465.	3955	2113.
3614	1616.	3956	*2113.
3615	735.	3957	2113.
3616	730, 735, 736/8.	3960	2113.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
3962/5	2101.	3993	2146.
3966	634, 1982, 1944/5, 2115, *2116 y ss., 2120/1, 2129, 1995, 2121 bis*.	3994	2147.
3967/8	2117, 2121.	3995	2146.
3969	1994, 2115, *2123, 2124.	3996	210, 2147.
3970	1994, 2115, 2125.	3997	2147.
3972	2115, 2127.	3998	2133.
3973	2115, 2129.	3999	1052, 1318, 1818, 2111.
3974	2128.	4012	1655.
3980	2115, 2130, 1995, 2130 bis*.	4015	1052, 1318, 1818, 2302.
3981	2131.	4016	1052.
3982	2132.	4016 bis	1318, 2102.
3982 bis	2130 ter.	4019	474, 480, 2104/8.
3983	2115, 2130.	4020	1475 bis.
3986	2134, 2136, 2130 ter, 2130 quater.	4023	1996, 2111/2, 729, 793, 1979 bis, 1991 bis, 1996 bis, 2111 bis*.
3987	2131/38, 2140.	4027	71, 1475 bis.
3988	2143.	4030	1768, 1786, 1818, 1820/30, 1867, 1892, 1993, 1475 bis, 1818 ter, 1827.
3989	2144.	4031	729, 1892/3, 2994/5, 1475 bis.
3900	2145.	4033	1829, 1867.
3991	2141, 2145.	4037	1768, 1786, 2048.
3992	2146.	4044	*158.

ANTEPROYECTO BIBILONI

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
2	59.	50	398.
3	181.	56	956.
30	317.	57	525.
31	327.	103	533.
34	361.	112	659.
37	367.	122	856, 872, 875, 893.
39	351.	125	901.
43	590.	134	796, 801.
44	590.	135	797.
52	398, 426.	137	802.
49	426.	142	975.
53	398.	143	976/8.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
156	1051.	473	1627.
157	1040.	476	1591.
160	703, 718.	486	1616.
164	148.	535	493.
165	720.	536	493.
173	782.	537	493.
180	1096.	596	493.
188	1214.	634	426.
204	1214.	647	995.
218	1246.	740	497.
219	1214.	786	493.
263	1404.	820	601.
277	1729, 1745.	1041	1844.
283	1753.	1332	2083.
319	1512.	1385	1418.
332	1530.	2289	1348.
333/4	1907.	2292	1357.
341	1907.	2463	1327.
350	1538.	3105	382.
354	1488.	3389	2104.
387	1954.	3296	2101.
411	1267.	3400	2119.
435	493.	3412	2142.
439	1650.	3425	2107/9.
442	1674.	3426	2112.

PROYECTO DE 1936

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1	59.	32	875, 901.
3	182.	35	856.
5	182.	39	533.
14	327.	40	956.
15	351.	39	533.
19	361.	40	956.
20	361.	42	659.
26	398.	43	698 bis.
27	298.	46	703.
28	298.	47	748.
29	398.	48	720.
30	875.	59	796, 799, 801.
31	872, 875, 893.	60	797.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
72	803.	324	2112.
65	975, 976, 977.	365	847.
66	978.	384	426.
72	1040, 1051.	393	493.
74	1096.	457	493.
89	1228.	468	497.
90	1215.	495	604.
97	1246.	512	601.
98	1191.	525	601, 817.
118	1348.	560	698 bis.
119	1348.	561	698 bis.
120	1357.	587	1844.
140 y ss.	383.	831/2	2083.
155	1357, 1474.	866	1418.
150 y ss.	383.	1359	1327.
156	1469, 1474.	1537	1327.
157	1404.	1974	382.
163	1815 bis.	1979	382.
165	1512.	2	59.
169/70	1530.	3	1745.
183	1538.	4	183.
186	1488.	5	71, 127.
203	1997.	22	327.
204	1954.	24	367.
216	2072.	26	351.
218	2072, 1091.	29	361.
244	1650.	31	590.
246	1674.	34	398.
265	1591.	35	398.
267	1627.	36	398.
273	1616.	37	398.
276	1589.	38	398, 426.
301	493.	39	398.
302	493.	40	865, 901.
307	2101.	45	856.
310	2119.	42/44	865.
318	2142.	49	534.
323	2104, 2107/9.	53	796, 709.
		53/59	792.

ANTEPROYECTO DE 1954

Art.	Núm.	Art.	Núm.
53/69	973.	126/8	140.
54	801.	140	1424 bis.
55	800.	143	1729, 1745.
56	802.	156	1404.
57	803.	157	1457, 1479.
58	804.	158	1479.
59	806.	159	1469, 1475.
60	975.	160	1469, 1475, 1815 bis.
61	976/7.	169	1842.
62	978.	171	1512, 1530.
63	986.	183	1538.
66	1002/3.	188	1488.
68	1019, 1024.	209	1947, 1954.
69	1040, 1051.	210	1977, 2002.
73	659.	211	2002.
74	65 bis, 718.	220	2071/2, 2088.
76	654 bis.	221	2071.
77	658.	226/7	2071.
79	698 ter.	229/32	2071.
82	673, 674.	234	207.
83	698 ter, 849.	235	1284, 1279 bis.
84	698 ter.	241	388.
86	698 ter.	256	1650.
87	703, 748.	258	1674.
90	723.	268	1687.
91	758.	273	1591, 1598.
92	723, 754.	276	1628.
94	580, 584, 492, 593, 791.	277	1619/20.
96	791.	288	1589.
97	584.	300	1589.
99/103	1026, 1095.	303	493.
106	1096.	304	493.
113	1228.	306	2104.
114	1240.	308	2101.
117	1244, 1246, 1248.	311	2113.
118	1248.	314	2119.
119	1244.	317	2135.
118/9	191.	318	2142.
120/3	1260.	322	2105/8, 2110.
125	1260.	329	504.
126/8	1260.	327	2110.

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
408	504.	623	797.
439	992, 994, 995.	730	158.
446	493.	741	*382.
425	848.	878	1844.
453	848.	1028	2083.
515	493.	1075	1415 bis.
534	497.	1538	1327.
589	601.	1540	1327.

ANTEPROYECTO DE GÁSPERI DE CÓDIGO CIVIL DE 1964

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
507	1415 bis.	553	2140.
3570	2101.		

CÓDIGO DE COMERCIO

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
2	600.	318	1179.
5	479.	370	1198 bis.
10	650, *700, *199 bis.	369	1198 bis.
11	650, *700, *199 bis.	371	1198 bis.
22	601.	493	1336.
44	602.	528	1211.
132/4	602.	800	1336.
218	1550, 1554, 1555, 1560,	927	528.
	1561.	1283	1351.
283	1336.	1301	1351.
291	1336.		

CÓDIGO PENAL

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
12	575, 589, 807, 811, 812,	75	962.
	814, 817, 2120.	79	378, 1137.
19	817.	80	378, 483, 1137.
31	1156.	81	378, 1137.
34	1948.	82	378, 1137.
59	962.	83	378, 1137.
61	815.	84	378, 1137.
65	815.	85	824, 378, 1137.
68	815.	86	378, 1137.

87	378, 1137.	117	1136.
88	378, 1137.	118	385.
89	380.	164	117.
109	385.	185	483.
110	385.		

CÓD. PROC. CIV. Y COM. DE LA NACIÓN (LEY 17.454)

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
5	1318.	219	1314.
395	1671.	544	2023 ter.

CÓDIGO CANÓNICO

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
100	1175.	572 y ss.	60.
488	60, 1104, 1650.		

LEY 1565 (REG. CIVIL)

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
27	527.	88	516.

LEY 2393 (MATR. CIVIL)

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
2	481.	76	726, 676.
3	143.	81	143, 962, 992.
7	143.	83	992.
9	385, 604, 817.	84	484, 605, 624.
10	610, *666, 789.	87	691.
13	665.	88	690, 6191.
14	683.	96	*538.
16	996.	97	484, 540.
21	624.	98	484, 540.
27	474.	101	474.
40	474.	104	143, 912.
42	474.	109	385.
51	828, 885.	113	505, 541.
68	888.	114	495.
72	884, 887.	116	581.
73	686.		

LEY 3954

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1	340.	2	340.

LEY 9527

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
6	260, 650.		

LEY 10.903

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
12	811.		

LEY 11.357

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1	368, 647, 830/1, 834.	13	378.
3	368, 831, 832, 833, 834, 841.	14	378.
6	1012, 834.	15	378.
7	680, 812, 834, 841, 843/4, 849.	17	604.

LEY 11.723 (PROP. INTEL.)

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
31	386, 387, 388.		

LEY 12.331

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
13	604.		

LEY 13.252 (ADOPCIÓN)

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
8	414.	18	416, 552.
12	415, 416, 880.	20	416, 552.
13	412, 415, 477.	21	552.

LEY 13.252

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
8	1117.	11	1117.
9	1117.	12	1117.
10	1117.	16	1117.

LEY 14.354

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1	529.		

LEY 13.398

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
4	478.	6	478.
5	478.		

LEY 13.944

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1	483.	2	483.

LEY 14.394

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
14	158, 590, 604, 663, 718.	27	988, 989, 990.
15	587, 613, 792, 896, 800, 805, 973, 1032.	28	997, 999, 1000/2.
16	587, 613, 801, 850, 945, 984.	29	1011, 1031, 1033, 1049, 1050.
17	587, 800, 980, 1032.	30	1006, 1014, 1012, 1018, 1020, 1023/4.
18	587, 802, 804, 986.	31	979, 992, 993, 995, 423.
19	587, 613, 803, 982.	32	973, 1036, 1037, 1040/42, 1049, 1051.
20	587, 804.	34	41.
21	587, 806, 792, 985.	50	41.
22	975/6, 985, 988.	51	41.
23	976/7.	55	41.
24	860, 945, 978, 982, 984, 985.	57	423.
25	986.	85	663.
26	982, 985, 986, 987		

LEY 14.586

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
11	510.	64	555.
12	510.	65	552.
36	526.	66	552.
40	396, 408, 415.	66	438, 512, 514, 515, 517,
41	396, 409.		860.
42	396, 402, 410.	67	450, 517.
43	396, 403.	68	519.
51	987.	69	512, 513.
52	555.	70	512.
58	533, 554.	71	513.
59	554.	79	450.

DECRETO-LEY 1285/58

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
24	1107.	28	74.
27	72, 74, 77.	33	1179 bis.

DECRETO-LEY 5286/57

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
3	630, 631.		

DECRETO-LEY 11.609/43

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
403	1, 2, 3, 4, 5.		

DECRETO-LEY 14.862/46

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
12	260.		

DECRETO-LEY 32.347/42

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
37	650, 677.		

LEY 17.671

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1	542.	12	542.
2	542.	35	542.
7	542.	36	542.
11	542.	37	542.

LEY 18.248 (Nombre)

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1	399, 419.	13	448.
2	401, 402.	14	416.
3	403.	15	438, 451 bis, 513.
4	408.	16	438, 515.
5	409.	17	450, 463.
6	410.	18	451 bis.
8	414, 418.	19	438.
9	420, 422.	20	458.
10	414, 419.	21	459, 460, 462, 463 bis.
11	425.	22	461.
12	414, 454.		

LEY 19.134 (ADOPCIÓN)

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
14	412 bis, 416.	23	415 bis, 454.
17	412 bis, 414, 415.	28	416.
20	416.	30	416.

LEY 19.550 (SOCIEDADES)

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
2	1250 quater.	163	1250 quater.
3	1242.	167	1198 ter.
109	1207.	169	1198 ter.
118	1211.	211	1665.
125	1250 quater.	214	1229.
133	1250 quater.	303	1198 ter.
140	1250 quater.	307	1250 quater.
141	1250 quater.	308	1250 quater.
145	1250 quater.	314	1250 quater.
146	1250 quater.	315	1250 quater.
162	1250 quater.	329	1250 quater.

LEY 19.551 (CONCURSOS)

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
3	913.	270	1309.
264	1309.	122	1935.

LEY 19.836 (FUNDACIONES)

<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>	<i>Art.</i>	<i>Núm.</i>
1	1238.	29	1191 ter.
5	1240.	30	1203.
6	1242.	34	1191 ter, 1245.
8	1241.	35	1245.
10	1244.	36	1191 ter, 1248 bis.
14	1244.	37	1191 ter.
20	1244.		