

TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL

Tomo I

Borda, Guillermo A.

Abeledo-Perrot
1999

ÍNDICE

PRIMERA PARTE - LA LEY

CAPÍTULO I - EL DERECHO

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Moral y derecho

A.- NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS MORALES

B.- VINCULACIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

C.- EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

1.- Buena fe-lealtad

2.- Buena fe-creencia

D.- TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

§ 3.- Clasificación del derecho positivo

§ 4.- Los derechos subjetivos

E.- TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

CAPÍTULO II - FUENTES DEL DERECHO CIVIL

§ 1.- La ley

A.- CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES

B.- LEYES DE ORDEN PÚBLICO

§ 2.- La costumbre

§ 3.- La jurisprudencia

EL COMMON LAW

§ 4.- La doctrina

§ 5.- Otras fuentes

CAPÍTULO III - EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

A.- EL MOVIMIENTO UNIVERSAL DE CODIFICACIÓN

B.- LEGISLACIÓN NACIONAL ANTES DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

C.- ANTECEDENTES DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

D.- PERSONALIDAD DEL CODIFICADOR

E.- LAS DISTINTAS EDICIONES Y LA LEY DE FE DE ERRATAS

F.- LAS FUENTES

G.- EL MÉTODO

H.- JUICIO CRÍTICO

1.- LAS REFORMAS

CAPÍTULO IV - EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO

§ 1.- Fecha de entrada en vigencia

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

A.- EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

B.- LA REFORMA DE LA LEY 17711

1.- La regla legal

2.- Jurisprudencia de la Corte Suprema

C.- INTENTOS DOCTRINARIOS POR FORMULAR UN DERECHO TRANSITORIO O INTERTEMPORAL

D.- IMPOSIBILIDAD DE FORMULAR UN DERECHO TRANSITORIO

E.- REGLAS INTERPRETATIVAS ADMISIBLES

F.- EL PROBLEMA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

§ 3.- Del modo de contar los intervalos del Derecho

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

CAPÍTULO V - INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

§ 1.- Métodos de interpretación

A.- LOS MÉTODOS TRADICIONALES

B.- LOS MÉTODOS MODERNOS

§ 2.- Reglas prácticas de interpretación

§ 3.- Reglas de interpretación de ciertas leyes especiales

SEGUNDA PARTE - EL SUJETO

CAPÍTULO VI - PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA

I. PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA

A.- DESDE QUÉ MOMENTO SE REPUTA EXISTENTE LA PERSONA

B.- CONCEPCIÓN Y EMBARAZO

C.- EL NACIMIENTO

II. FIN DE LA EXISTENCIA

§ 1.- Muerte comprobada

§ 2.- Muerte presunta (ausencia con presunción de fallecimiento)

A.- PERÍODO ANTERIOR A LA DECLARACIÓN DE PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

B.- DECLARACIÓN DE AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

1.- El juicio de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento

2.- Período de la prenotación

3.- Entrega definitiva de los bienes

4.- Otros efectos de la presunción del fallecimiento

CAPÍTULO VII - ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

A.- DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA

II. NOMBRE

§ 1.- Naturaleza y caracteres

§ 2.- El apellido

§ 3.- El nombre propio o de pila

§ 4.- El seudónimo

§ 5.- Cambio o adición de nombre

§ 6.- Protección del nombre

III. DOMICILIO

§ 1.- Concepto y clasificación

§ 2.- Domicilio general u ordinario

A.- DOMICILIO REAL

B.- DOMICILIO LEGAL

C.- NECESIDAD Y UNIDAD DEL DOMICILIO GENERAL

D.- EFECTOS DEL DOMICILIO GENERAL

§ 3.- Domicilio especial

A.- DOMICILIO DE ELECCIÓN

B.- DOMICILIO AD-LITEM

C.- DOMICILIO LEGAL-ESPECIAL

IV. ESTADO Y CAPACIDAD

§ 1.- El estado

§ 2.- Prueba del estado: el Registro Civil

A.- ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO

B.- LAS PARTIDAS O INSCRIPCIONES

C.- PRUEBA SUPLETORIA

D.- PRUEBA DE NACIMIENTOS Y DEFUNCIONES OCURRIDOS EN EL
EXTRANJERO

§ 3.- Capacidad

A.- CAPACIDAD DE DERECHO

B.- CAPACIDAD DE HECHO

C.- PROTECCIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES

1.- La representación legal de los incapaces

2.- El Ministerio de Menores

3.- Actos personalísimos

4.- Asistencia

CAPÍTULO VIII - LOS INCAPACES

I. PERSONAS POR NACER

II. MENORES

§ 1.- Alcance y límites de la incapacidad de los menores

§ 2.- Cesación de la incapacidad

A.- MAYORÍA DE EDAD

B.- EMANCIPACIÓN

1.- Sistema del Código Civil y de la ley 17711

2.- Emancipación por matrimonio

3.- Emancipación por habilitación de edad

4.- Efectos

III. DEMENTES

§ 1.- Concepto jurídico de demencia

§ 2.- El juicio de insania

§ 3.- Efectos de la declaración de insania

A.- INTERDICCIÓN

B.- INTERNACIÓN

§ 4.- Cesación de la incapacidad

§ 5.- Dementes no declarados

IV. SORDOMUDOS

§ 1.- Concepto jurídico

§ 2.- Interdicción

§ 3.- Sordomudos no interdictos

§ 4.- Incapacidades derivadas de otras enfermedades

V. PENADOS

§ 1.- Carácter de la incapacidad

§ 2.- Interdicción

VI. INHABILITADOS

§ 1.- Quiénes pueden ser inhabilitados

A.- EBRIOS CONSUECUDINARIOS Y TOXICÓMANOS

B.- PERSONAS DISMINUIDAS EN SUS FACULTADES

C.- PRÓDIGOS

§ 2.- Régimen legal de la inhabilitación

VII. SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA

VIII. SITUACIÓN DE LOS RELIGIOSOS PROFESOS Y DE LOS DEUDORES CONCURSADOS O FALLIDOS

A.- RELIGIOSOS PROFESOS

B.- DEUDORES CONCURSADOS O FALLIDOS

CAPÍTULO IX - PERSONAS JURÍDICAS

§ 1.- Naturaleza jurídica

A.- TEORÍA DE LA FICCIÓN

B.- TEORÍAS NEGATORIAS

C.- TEORÍAS DE LA REALIDAD

§ 2.- Clasificación

A.- PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO

B.- PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

C.- PERSONAS JURÍDICAS CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

§ 3.- Asociaciones

A.- CONCEPTO E IMPORTANCIA

B.- ÓRGANOS DE GOBIERNO

C.- DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS

D.- PODER DISCIPLINARIO

E.- CONTRALOR JUDICIAL

§ 4.- Fundaciones

§ 5.- Principio de la existencia de las personas jurídicas

A.- LA AUTORIZACIÓN

B.- EFECTOS DE LA AUTORIZACIÓN

§ 6.- Los estatutos

§ 7.- Nombre y domicilio

§ 8.- La persona jurídica y sus miembros

§ 9.- Capacidad

§ 10.- Modo de actuación y responsabilidad contractual

A.- MODO DE ACTUACIÓN

B.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

§ 11.- Responsabilidad civil por hechos ilícitos

§ 12.- Responsabilidad penal .

§ 13.- Fin de las personas jurídicas

A.- CAUSALES DE EXTINCIÓN

B.- PODER QUE INTERVIENE EN EL RETIRO DE LA PERSONERÍA JURÍDICA

C.- EFECTOS DEL RETIRO DE LA PERSONERÍA

1117/10000

PRIMERA PARTE - LA LEY

1117/10010

CAPÍTULO I - EL DERECHO

1117/10020

§ 1.— Nociones generales

1117/1

1. CONCEPTO (ver nota 1).— La convivencia de los hombres en sociedad exige inexcusablemente la vigencia de normas a las cuales deben ajustar su conducta; de lo contrario reinaría el caos y la vida en común sería imposible.

En las sociedades primitivas estas normas de conducta presentan un aspecto amorfo: las normas jurídicas, religiosas y morales, y hasta los simples usos y costumbres sociales, aparecen indiferenciados y entremezclados. La confusión entre las normas jurídicas y las religiosas, es particularmente notable en las sociedades fuertemente teocráticas. Es así como en el imperio incaico, por ejemplo, religión y derecho formaban un todo inseparable. El Inca era, a la vez, Dios y Príncipe; el orden impuesto por éste tenía carácter sagrado; de

ahí la dureza con que se penaba la más pequeña violación. Aun en nuestros días, el derecho musulmán está impreso de un poderoso sello religioso.

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

Al estudiar las relaciones entre Moral y Derecho, hemos de ir ahondando y precisando este concepto.

1117/10030

§ 2.— Moral y derecho

1117/10040

A.— NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS MORALES

1117/2

2. PARALELO (ver nota 2).— El problema de la distinción entre Moral y Derecho es una de las más delicadas cuestiones que se presentan a la Filosofía del Derecho y ha dado lugar a una de las grandes controversias del pensamiento contemporáneo, sobre la que hemos de volver más adelante, al hablar del Derecho Natural (nº 8). La dificultad consiste en que no se trata de conceptos perfectamente independientes, separados entre sí por una línea definida. Por nuestra parte, pensamos que el Derecho integra el orden moral, lo que no significa, sin embargo, que no se pueda establecer una distinción entre la norma jurídica y la puramente moral.

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

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

“La Moral valora las acciones del individuo en vista a su fin supremo y último”; en cambio, “el Derecho no se propone llevar a los hombres al cumplimiento de su supremo destino, no se propone hacerlos radicalmente buenos, sino tan sólo armonizar el tejido de sus relaciones externas, en vista de la coexistencia y cooperación”. “En suma, la Moral nos pide que seamos fieles a nosotros mismos, que respondamos auténticamente a nuestra misión en la vida. En cambio, el Derecho sólo nos pide una fidelidad externa, una adecuación exterior a un orden establecido” (ver nota 3).

No ha de creerse, sin embargo, que la Moral se ocupa únicamente del individuo, de la intimidad de su conciencia y, a la inversa, que el Derecho desdeña todo lo que no sea el campo de las relaciones sociales. La Moral no opone el individuo a la sociedad; por el contrario, reputa al hombre como un ser eminentemente sociable y lo valora como tal; en buena medida, los actos humanos se juzgan moralmente según su alcance exterior, su valor social: el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. La Moral gobierna la conducta social del hombre mediante dos virtudes: la caridad y la justicia (ver nota 4). Y, por su parte, el Derecho coopera de manera esencial al logro del fin último de la vida humana, en cuanto es la regla que encausa la coexistencia y determina imperativamente el efectivo concurso de todos los miembros de una sociedad al bien común (ver nota 5). No extraña, por tanto, que, con frecuencia, el Derecho penetre al fondo de las conciencias y juzgue las intenciones.

Pero es indiscutible que la Moral se dirige más hacia lo íntimo de la conducta humana, en tanto que el Derecho mira preponderantemente hacia el aspecto externo de esa conducta. Aludiendo a la interioridad de la Moral, dice RADBRUCH: “El proceso moral se desarrolla, no entre los hombres, sino en el seno del hombre individual, en una silenciosa polémica entre los apetitos y la conciencia, entre la parte grosera y corrompida y la parte mejor o ideal de nosotros mismos, entre la criatura y el Creador, en el fondo de nuestro propio pecho. En la Moral se halla el hombre —como Cristo en el Desierto— en sublime soledad consigo mismo, sometido únicamente a la ley y al tribunal de la propia conciencia” (ver nota 6).

En suma, la Moral tiende al bien individual, el Derecho aspira al bien común.

b) La Moral es autónoma, es decir, se la impone el individuo a sí mismo, surge de la convicción propia, exige una íntima adhesión a la norma que cumple. No importa que las normas hayan sido establecidas por un proceso racional íntimo, o que deriven de una fuente externa (revelación religiosa, tradición, mandato paterno, etc.), porque en estos últimos casos, aunque el contenido de las normas morales no haya sido hallado por el sujeto, éste estima que es bueno y obligatorio cumplir con ellas. Aun en tales casos, la Moral tiene que descansar en una convicción del sujeto (ver nota 7).

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

c) Del carácter diferencial aludido en el párrafo anterior, surge este otro: la Moral supone y requiere libertad en su cumplimiento, pues para que una conducta pueda ser objeto de un juicio moral, es preciso que el sujeto la realice por sí mismo, que responda a una posición de su propio querer. En cambio, la norma jurídica es obligatoria; los individuos no pueden negarse a cumplirla, pues, si lo hicieran, el Estado los obligaría a cumplirla coactivamente; y si el cumplimiento fuera ya imposible, aplicará, también coactivamente, una sanción.

Se ha sostenido, sin embargo, que la coactividad no es una nota esencial de lo jurídico, como lo prueba la circunstancia de que el Derecho se respeta, en la mayoría de los casos, sin necesidad de ninguna intervención del Estado (ver nota 8). En efecto, en la vida jurídica, la ley se respeta, los contratos se cumplen, sin que, por lo general, sea necesaria ninguna coacción. Pero lo importante es que la fuerza del Estado está siempre respaldando los preceptos jurídicos y que, si se los viola, se hace presente para restablecer el orden jurídico alterado. A nuestro entender, es indiscutible que la coacción es de la esencia de lo jurídico, a tal punto que no puede concebirse la existencia de un determinado derecho positivo, sin la fuerza estatal que lo apoye.

Debe recordarse, sin embargo, el hecho anómalo de ciertas leyes, llamadas imperfectas, que carecen de sanción en caso de incumplimiento. Es verdad que son excepcionales, pero existen. A nuestro entender, esas leyes no merecen el nombre de tales, y si se las ha llamado así, es porque han sido enunciadas por el legislador, generalmente mezcladas en un cuerpo de leyes propiamente dichas. Se trata más bien de consejos, de reglas de conducta que pueden o no respetarse y que, precisamente, por ello no son leyes (ver nota 9).

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

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

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

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

1117/3

3. LAS SIMPLES NORMAS DE TRATO SOCIAL; PARALELO CON LAS NORMAS MORALES Y LAS JURÍDICAS.— La conducta humana no sólo está reglada por la Moral y el Derecho, sino también por normas de trato social, llamadas, asimismo, simples usos o reglas de decoro. Se trata de un conjunto numerosísimo y abigarrado de normas que atañen a los buenos modales, la cortesía, el tacto social, e inclusive, a la moda en los vestidos y en el trato.

1117/4

4. a) Diferencia con las normas morales.— Muchas veces estas reglas tienden a confundirse con las morales: CICERÓN decía que la diferencia entre honestidad y decoro es más fácil

de entender que de explicar (ver nota 10). Sin embargo, no es difícil precisar la distinción entre unas y otras.

Las reglas de simple trato social se refieren “a la etapa superficial del hombre, a los planos externos de la conducta, es decir, a aquellos en que se verifica el contacto con las demás gentes, a lo que podríamos llamar piel social. La profundidad de la vida, la intimidad, la esfera de las intenciones originarias, en suma, la auténtica individualidad, es lo afectado por la moral y es lo no alcanzado jamás por las reglas del trato. Y así puede ocurrir que un sujeto perfectamente moral esté en déficit respecto de las reglas del trato, cual le ocurría a San Francisco de Asís, que encarnó una ejemplaridad de conducta moral y que, en cambio, era un inadapto para las reglas del trato ... Y, por otra parte, todos conocemos personas muy correctas en el cumplimiento de las normas del trato social, que tienen el alma encanallada por dentro” (ver nota 11).

Además, según ya lo hemos dicho, la moral es autónoma, es una imposición de la propia conciencia. Por el contrario, las reglas de trato social son heterónomas, le son impuestas al individuo por el medio social en que actúa. Las primeras requieren una adhesión íntima; las segundas, en cambio, sólo procuran una adhesión externa, cualquiera que sea la opinión del individuo sujeto a ellas. Una persona puede pensar, por ejemplo, que la costumbre de usar saco en verano es absurda y que mucho más lógico sería llevar camisa de manga corta, como se estila en las ciudades balnearias; a la sociedad no le interesa en lo más mínimo que ése sea su modo de pensar, siempre que siga usando saco en Buenos Aires. En cambio, quien no roba sólo por temor a la cárcel, pero que lo haría de no mediar esa sanción, es una persona moralmente reprobable, porque la moral no se conforma con el cumplimiento externo de la norma, sino que requiere una adhesión íntima.

1117/5

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

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

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: RIVERA, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, t. 1; BUNGE, C.O., El Derecho, Buenos Aires, 1907; SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol. 1, ps. 91 y s.; LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, n° 1 y s.; COSSIO, C., La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad, Buenos Aires, 1944; CASARES, T.D., La justicia y el derecho, 2ª ed., Buenos Aires, 1945; ZORRAQUÍN BECÚ, R., El derecho y la justicia, Rev. Fac. Der. Buenos Aires, julio-agosto 1950, ps. 873 y s.; RECÁSENS SICHES, L., Vida Humana, Sociedad y Derecho, México, 1945; CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español, 7ª ed., Madrid, 1949, t. 1, ps. 19 y s.; íd., La noción del Derecho a través de los sistemas filosófico-jurídicos tradicionales y modernos, Madrid, 1947; CASTRO Y BRAVO, Derecho Civil de España, 2ª ed., t. I, ROUBIER, P., Theorie générale du droit, París, 1946; CAPITANT, H., Introduction a l'étude du droit civil, París, 1912, 3ª ed., ps. 1 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., París, t. I, ps. 1 y s.; KORKOUNOV, Theorie générale du droit, París, 1914; DUGUIT, L., L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Tratado de Derecho Civil, t. I, vol. I, ps. 111 y s.; CATHREIN, V., Filosofía del Derecho, Madrid, 1926; Kelsen, H., La teoría pura del derecho, Buenos Aires, 1946; COVIELLO, N., Doctrina General del Derecho Civil, México, ps. 1 y s.; RADBRUCH, Introducción a la ciencia del Derecho, Madrid, 1930; STAMMLER, R., Filosofía del Derecho, Madrid, 1930; VERDROSS, Contribución al esclarecimiento del concepto del Derecho. J.A., 1950-III, sec. doct., p. 28.

(nota 2) En este título hemos seguido muy de cerca la magistral exposición de RECÁSENS SICHES, L., Vida Humana, Sociedad y Derecho, México, 1945, ps. 148 y s., de quien nos separa, sin embargo, una honda diferencia conceptual.

(nota 3) RECÁSENS SICHES, L., Vida Humana, Sociedad y Derecho, p. 155.

(nota 4) RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, R., El derecho y la justicia, Rev. Fac. Der. Buenos Aires, julio-agosto 1950, p. 881.

(nota 5) RUIZ GIMÉNEZ, Derecho y Vida Humana, Madrid, 1957.

(nota 6) RADBRUCH, Introducción a la ciencia del Derecho, Madrid, 1957.

(nota 7) RECÁSENS SICHES, L., Vida Humana, Sociedad y Derecho, p. 163.

(nota 8) En este sentido, véase, SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. I, vol. I, ps. 105 y 106, nota 6 y ps. 109 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Tratado de Derecho Civil, t. I,

vol. I, p. 119; CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español, 7ª ed., t. I, p. 21; KORKOUNOV, *Theorie générale du droit*, 2ª ed., ps. 104 y s.; JAHRREIS, *Das Recht*, trad. francesa en *Recueil en l'honneur de F. Gèny*, t. I, ps. 171 y s.

(nota 9) De acuerdo: BUNGE, *El Derecho*, 2ª ed., p. 293.

(nota 10) RECÁSENS SICHES, L., *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, p. 188.

(nota 11) RECÁSENS SICHES, L., *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, p. 188.

§ 14.- Simples, asociaciones sin personería jurídica

A la memoria venerada de mis padres

1117/10050

B.— VINCULACIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO (ver nota 1)

1117/6

6.— En las páginas precedentes hemos procurado establecer con claridad la distinción entre las normas puramente morales y las jurídicas. Al propio tiempo, dejamos expresada nuestra opinión de que el Derecho integra el orden moral. No es ésta, sin embargo, una idea aceptada pacíficamente en la doctrina. Precisamente en torno a esta cuestión se ha trabado una de las más trascendentales polémicas del pensamiento contemporáneo. Hemos de analizar, seguidamente, las dos posiciones encontradas, sostenida la una por el positivismo y la otra por la escuela del derecho natural.

1117/7

7. LA ESCUELA POSITIVISTA.— El positivismo jurídico ha sido llevado a su plenitud y ha alcanzado un renovado vigor a partir de las enseñanzas de Hans Kelsen. Según el maestro vienés, por Derecho sólo debe entenderse el derecho positivo, es decir el conjunto de normas dictadas por el soberano. La moral, la política, son conceptos metajurídicos, no forman parte de la norma jurídica. Ello no significa negar su influencia en el Derecho; por

el contrario, el legislador suele generalmente inspirarse, al dictar la ley, en ideas de orden moral o político. Pero el Derecho es tal por el solo hecho de haber sido sancionado por el legislador y estar respaldado por la fuerza pública; no importa que se adecue o no a la moral vigente en esa sociedad; mejor si ello ocurre; pero si no es así, lo mismo es Derecho (ver nota 2).

Es necesario reconocer que la teoría pura del Derecho ha sido expuesta con un rigor lógico imponente, lo que explica su vasta repercusión en el pensamiento jurídico moderno.

Pero hay que admitir también que está muy lejos de satisfacer graves inquietudes del espíritu humano. No es posible aceptar esta separación total entre Derecho y Moral, ni que tanto merezca el nombre de Derecho la norma justa como el mandato arbitrario, por el solo hecho de provenir del legislador. El llamado derecho injusto es un contrasentido: si es injusto, no es Derecho. “Los hombres —dice ROUBIER— tienen una fe ardiente en la existencia de la justicia y no se resignarán jamás a un divorcio entre lo que es justo y lo que es jurídico” (ver nota 3).

De lo contrario, habría que convenir en que también es Derecho el orden establecido en los estados corsarios y piratas, que prosperaron durante siglos en América y perduraron en la costa de África hasta entrado el siglo XIX (ver nota 4).

1117/8

8. EL DERECHO NATURAL (ver nota 5).— Frente a la postura crudamente realistas del positivismo, la escuela del derecho natural afirma que la justicia es un elemento necesario del Derecho. En verdad, éste es un ordenamiento de la vida social que intenta, de manera inmediata, el ajuste y enderezamiento de la conducta externa de los hombres, pero que también tiene una meta suprema o mediata, que es el ideal moral (ver nota 6).

Al ordenar las costumbres y las acciones de los hombres, coopera al logro del fin último, que es el bien común. Se ve claro, pues, que el Derecho está inserto en un orden más vasto, el moral, fuera del cual carece de sentido. Desde el momento que una ley contradice el bien común o la justicia, deja de ser Derecho en sentido propio; en otras palabras, esta concepción implica negar categoría jurídica a las leyes injustas, lo que lleva implícito el derecho a negar obediencia a tales normas. Se comprende así toda la gravedad que encierra esta cuestión y, por ende, la importancia del siguiente interrogante: ¿cuál es el criterio que dentro de las complejíssimas cuestiones jurídicas, ha de permitimos distinguir lo justo de lo injusto?

Ese criterio no es otro que el derecho natural. Si la ley es conforme a él, es justa; si es incompatible con él, es injusta. Entiéndese por derecho natural aquel que surge de la naturaleza humana y que es revelado al hombre por la razón. Por esa circunstancia de provenir de la naturaleza misma del hombre, es inmutable y universal. Este concepto fue muy bien expresado por CÍCERÓN, en su Tratado de República: “Hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero ya sea que ordene o prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de impresionar a los malos. No se puede alterarla por otras leyes, ni derogar algunos de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden liberarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos. El universo está sometido a un solo amo, a un solo rey supremo, al Dios todopoderoso que ha concebido, meditado y sancionado esta ley: desconocerla es huirse a sí mismo, renegar de su naturaleza y, por ello mismo, padecer los castigos más crueles, aunque se escapara a los suplicios impuestos por los hombres” (ver nota 7).

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

1117/9

9.— Es necesario, además, distinguir entre lo justo por naturaleza y lo justo legal. Lo primero es lo que se adecua de una manera perfecta al derecho natural, lo que no puede ser sino como es: por ejemplo, las leyes que aseguran la libertad del hombre. Lo segundo podría ser con justicia de otro modo —como la dirección de la marcha del tránsito, que puede ser por la izquierda o la derecha—, pero una vez establecido, obliga como lo justo por naturaleza, porque, de lo contrario, el orden de la convivencia se hace imposible, con lo cual se hace imposible también el imperio de la justicia (ver nota 8).

1117/10

10.— De más está agregar que siendo la justicia una virtud moral, el planteo de la escuela del derecho natural implica que la Moral es un ingrediente necesario del Derecho. Si se quita el carácter moral del Derecho y de los deberes jurídicos —dice CATHREIN— se quita toda su dignidad y toda su nobleza al orden jurídico entero, rebajándolo a una suma de medidas coercitivas, a un sistema policíaco (ver nota 9).

Esta teoría del derecho natural, prestigiada por los grandes filósofos de la antigüedad, adquirió su máximo desarrollo y esplendor en la obra de SANTO TOMÁS DE AQUINO. Por la influencia del realismo jurídico, su prestigio sufrió largos eclipses, pero ha surgido con renovado vigor, cada vez que una gran crisis de la humanidad ponía en peligro la libertad y la dignidad humanas. Ha servido de bandera a todas las grandes batallas del espíritu, ha dado lugar a la creación de ramas nuevas del derecho, como el internacional público y el obrero. La profunda crisis que está viviendo el mundo contemporáneo, ha provocado un poderoso movimiento iusnaturalista, que en abierta lucha con el positivismo, combate por la dignidad del Derecho y por exaltar los valores eternos de la condición humana. “Buscando el derecho natural, el hombre obedece a un impulso muy serio: el hallazgo de un camino en esta indigencia espiritual de nuestra época. La resurrección de la idea del derecho natural está hoy indisolublemente ligada con el intento de una renovación espiritual de la vida” (ver nota 10).

1117/11

11.— Se ha hecho, contra esta teoría, la grave objeción de que no ha sido posible ponerse de acuerdo sobre las normas concretas que constituirían el llamado derecho natural. Sobre este punto, existen graves divergencias aun entre sus sostenedores; lo que para unos es conforme al derecho natural, para otros no lo es. En el fondo, lo que llamamos derecho natural no sería otra cosa que nuestro propio ideal confrontado con el derecho positivo (ver nota 11).

Sin duda, la observación es seria. No existe, desde luego, un código universalmente aceptado, que reúna las normas del derecho natural y conforme al cual podamos afirmar si una determinada ley positiva es justa o no. Pero también es cierto que si el acuerdo sobre los grandes principios no solamente no es imposible, sino que es simple. Debe aceptarse que el respeto por la libertad y, por ende, de la dignidad humana, es de derecho natural; del mismo modo lo es el imperio de la igualdad, entendiéndolo por tal la que se desprende de la naturaleza y destino del ser humano, lo que no implica negar las desigualdades accidentales propias de cada sujeto; son también de derecho natural, la familia, las asociaciones, la propiedad, y el Derecho debe garantizarlas y asegurar su normal desenvolvimiento. Todo ello forma la base del derecho natural y sobre tales materias existe acuerdo general.

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

1117/12

12.— La esencia moral del Derecho se percibe claramente en el aspecto relativo a su acatamiento por los ciudadanos. Es verdad que la fuerza del Estado está presente para evitar su violación; pero en la inmensa mayoría de los casos, si la ley se cumple es porque los individuos sienten el deber moral de hacerlo. Por eso, cuando la ley se vuelve excesiva o tiránica y los sujetos a ella empiezan a perderle respeto o, peor aún, a considerarla injusta, el aparato policíaco del Estado debe aumentar en forma imponente y acentuarse drásticamente la severidad de las penas; y aun así, las violaciones del orden jurídico, hechas con la complicidad tolerante de la sociedad entera, se vuelen infinitas.

1117/13

13. LOS JUECES COMO VEHÍCULO DE INFLUENCIA DE LA MORAL EN EL DERECHO.— Finalmente, cabe destacar un aspecto de gran importancia en este problema: la actuación de los jueces como vehículo de influencia de la Moral en el Derecho. Si la tesis de la teoría pura del Derecho fuera exacta, si la norma jurídica no fuera más que un simple juicio hipotético: dado A debe ser B, los jueces se convertirían en autómatas; su tarea se limitaría a un simple análisis lógico de las normas que corresponde aplicar; les sería totalmente vedado entrar en valoraciones sociales, políticas o morales. Por un camino bien singular, la teoría pura del derecho ha llegado a coincidir con los viejos exégetas, para quienes la interpretación de la ley era una cuestión de pura lógica: las consideraciones morales o políticas quedaban exclusivamente reservadas al legislador (ver nota 12).

Felizmente, dicha teoría está ya superada; el papel de los jueces es bien distinto. “El juez — dice RIPERT—, al escuchar las diversas voces que van a dictarle la sentencia, es sensible, ante todo, a la consideración de la ley moral. Tiene la convicción de que debe hacer reinar la justicia; es menos sensible a la utilidad común que a la equidad. Y aun frecuentemente, cuando el legislador haya olvidado o desconocido que la aplicación de la regla puede en ciertos casos conducir a la violación de la Moral, el juez impondrá el respeto de la ley moral contra la regla del Derecho. Colocado en medio de intereses opuestos y de pasiones rivales, se convierte en árbitro y debe tener en cuenta el valor de los litigantes. Ese juez escogido entre los mejores de la Nación, acostumbrado a respetar las reglas de la moral tradicional, aun cuando no las apruebe, ligado además por la disciplina del cuerpo y la jerarquía de las jurisdicciones, pronuncia sobre las acciones de los hombres el fallo que le dicta la regla moral. Esta regla, así consagrada por el juez, se convierte en regla de Derecho” (ver nota 13).

1117/14

14. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.— La adecuación de nuestro derecho positivo a los principios de la moral cristiana —en la que está inspirado todo el derecho de la civilización europea— es evidente (ver nota 14). La Constitución Nacional protege la libertad y la dignidad del hombre, la familia, la propiedad, toda legislación civil está encaminada a hacer efectivas esas garantías. Algunas veces, la referencia a la moral o a principios morales es expresa. Es así como el Preámbulo de la Constitución señala que uno de sus fines es “afianzar la justicia”. Esta disposición es verdaderamente capital y confiere un contenido moral a todo ordenamiento legal de nuestro país. Es, además, fecundísima en consecuencias prácticas, porque permite declarar la inconstitucionalidad de las leyes injustas (ver nota 15).

Por su parte el Código Civil contiene una disposición fundamental en el artículo 953 Ver Texto , que establece que el objeto de los actos jurídicos no podrá ser contrario a las buenas costumbres. Como buenas costumbres es sinónimo, en la terminología de nuestro codificador, de moral, esta norma implica dejar expresamente todo el régimen de los contratos bajo el imperio de esta disposición (véase núms. 857 y sigs.). Asimismo, el Código Civil menciona la moral en los artículos 14 Ver Texto , inciso 1º, 564 Ver Texto , 1047 Ver Texto , 1071 Ver Texto , 1501 Ver Texto y 1626 Ver Texto ; las buenas costumbres, en los artículos 14 Ver Texto , inciso 1º, 530 Ver Texto , 792 Ver Texto , 795 Ver Texto , 1071 Ver Texto , 1501 Ver Texto , 1503 Ver Texto , 2261 Ver Texto y 3608 Ver Texto .

Después de la reforma introducida por la ley 17711 , la influencia de la Moral en el derecho positivo se ha acentuado notoriamente con la incorporación de la teoría del abuso del derecho (art. 1071 Ver Texto), la lesión (art. 954 Ver Texto) y la reiterada aplicación del concepto de equidad, que no es sino una de las expresiones de la justicia (arts. 907 Ver Texto , 1069 Ver Texto , 1316 bis Ver Texto , 1638 Ver Texto , 3477 Ver Texto).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Consúltase la indicada sobre el concepto de Derecho. Puede encontrarse un buen resumen de las ideas filosóficas en torno al problema de la Estimativa Jurídica en RECÁSENS SICHES, L., Vida Humana, Sociedad y Derecho, México, 1940, ps. 371 y s., y en ROUBIER, P., *Theorie générale du droit*, ps. 87 y s. En este tratado sólo hemos querido hacer una breve síntesis de los argumentos sostenidos por las posturas extremas que mantienen con vehemencia la lucha ideológica y tomar partido en ella.

(nota 2) KELSEN, *La teoría pura del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 1946, ps. 37 y s.; íd., *La idea del derecho natural*, Buenos Aires, 1946, ps. 15 y s.

(nota 3) ROUBIER, P., *Theorie générale du droit*, p. 178.

(nota 4) VERDROSS, Contribución al esclarecimiento del concepto del Derecho, J.A., 1950-III, sec. doct., p. 28.

(nota 5) BIBLIOGRAFÍA: SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologicae*; RENARD, G., *El derecho, el orden y la razón*, Buenos Aires, 1947, ps. 94 y s.; CASARES, T.D., *La justicia y el Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 1945; HAESSLE, J., *El trabajo y la moral*, Buenos Aires, 1944; CATHREIN, V., *Filosofía del Derecho, el derecho natural y el positivo*, Madrid, 1926; RUIZ GIMÉNEZ, *Derecho y Vida Humana*, 2ª, Madrid, 1957; ZORRAQUÍN BECÚ, R., *El derecho y la justicia*, *Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires*, julio-agosto 1950, ps. 873-909; CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil en España*, 2ª ed., ps. 24 y s., n° 34 y s.; STAMMLER, R., *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1930, ps. 209 y s. En una postura singular, alejada de la idea del derecho natural, pero dentro de un orden cristiano, véase RIPERT, G., *La regla moral en las obligaciones civiles*, Bogotá, 1946, ps. 11 y s. Para una aguda exposición de la teoría egológica, que pretende haber superado la disyuntiva positivismo-iusnaturalismo, véase VILANOVA, J., *Idea y realidad del derecho natural*, *Rev. Facultad de Derecho de Buenos Aires*, noviembre-diciembre, 1951, ps. 1475 y s.

(nota 6) RUIZ GIMÉNEZ, *Derecho y Vida Humana*, p. 284.

(nota 7) Lib. III, XXII, cit. por ZORRAQUÍN BECÚ, R., *El derecho y la justicia*, *Revista de la Facultad de Dererecho de Buenos Aires*, julio-agosto 1950, p. 903.

(nota 8) CASARES, T.D., *La justicia y el derecho*, 2ª ed., p. 291.

(nota 9) CATHREIN, V., *Filosofía del Derecho*, p. 276.

(nota 10) PRIETO CASTRO, *El Derecho en peligro*, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, julio-septiembre, 1951, p. 877.

(nota 11) ROUBIER, P., *Theorie générale du droit*, p. 147.

(nota 12) ROUBIER, P., *Théorie générale du droit*, ps. 58 y 59; los discípulos de Kelsen en nuestro país, han superado, en este punto, la estrecha postura del maestro: véase COSSIO, C., *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, íd., *La valoración jurídica y la ciencia del Derecho*, Santa Fe, 1941.

(nota 13) RIPERT, G., La regla moral en las obligaciones civiles, nº 15 y 21. Véase también DE RUGGIERO, R., Instituciones de derecho civil, Madrid, 1945, ps. 20 y s.

(nota 14) Sobre este tema, véase el admirable libro de RIPERT, La regla moral en las obligaciones civiles, Bogotá, 1946.

(nota 15) CASARES, T.D., El orden de la justicia y el recurso de inconstitucionalidad, apéndice a La justicia y el derecho, 2ª ed., ps. 284 y s.

1117/10060

C.— EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE (ver nota 1)

14-1. EL PRINCIPIO.— Estrechamente vinculado con la idea moral en el derecho, nos encontramos con el principio de la buena fe. Aunque no enunciado de una manera general por la ley, tiene tantas aplicaciones en el derecho positivo que sin duda alguna, lo convierten en un principio general del derecho de la mayor importancia. Como dice DÍEZ PICAZO, el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe no sólo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonesta (v.gr., no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (v.gr., deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.) (ver nota 2).

La buena fe del agente puede atribuir al acto efectos que éste no tendría en otro caso y, viceversa, la mala fe quita al acto efectos que tendría de no ser así; el mismo acontecimiento produce efectos diversos según el agente tenga buena o mala fe (ver nota 3).

14-2. DISTINTAS ESPECIES JURÍDICAS DE LA BUENA FE.— Se distinguen en doctrina dos especies distintas de la buena fe: la buena fe-lealtad (también llamada objetiva) y la buena fe-creencia (también llamada subjetiva). De ambas nos ocuparemos en los números que siguen.

1117/10070

1.— Buena fe-lealtad

14-3. CONCEPTO Y PRINCIPALES APLICACIONES.— El principio de la buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente. La ley lo toma en cuenta para proteger la honestidad en la circulación de los bienes (ver nota 4).

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

a) Contratos.— El artículo 1198 Ver Texto establece que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

Buena fe en la celebración. Esto impone a las partes la obligación de hablar claro. Es por ello que los tribunales tienen decidido que las cláusulas oscuras no deben favorecer al autor de la declaración, principio especialmente importante en los contratos con cláusulas predispuestas o de adhesión. Tratamos este tema en los números 902 y 918.

Buena fe en la interpretación del acto. Esto significa que los hombres deben creer y confiar en que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. Sobre este tema remitimos a los números 896 y siguientes.

Finalmente, la norma que comentamos exige también buena fe en la ejecución del contrato. Es siempre el principio de que los contratantes deben obrar como personas honorables y correctas.

b) Abuso del derecho.— El artículo 1071 Ver Texto veda el ejercicio abusivo de los derechos, pues ese abuso es contrario a la buena fe con que se debe actuar en la vida social. Nos ocupamos del tema en los números 29 y siguientes.

c) Teoría de la imprevisión.— El artículo 1198 Ver Texto establece que en los contratos conmutativos bilaterales y en los unilaterales de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. Y es que la buena fe en la ejecución del contrato se opone a que pretenda hacérselo valer rígidamente cuando las circunstancias en las cuales se celebró han variado sustancialmente, tornándolo injusto. Tratamos este importante tema en el Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. I, números 131 y siguientes.

d) Teoría de los actos propios.— De acuerdo con esta teoría, nadie puede asumir en sus relaciones con otras personas, una conducta que contradiga otra suya anterior, cuando ésta haya despertado una legítima confianza en esas personas de que mantendrá una línea coherente con sus propios y anteriores actos. Es también una aplicación de la buena fe-lealtad. Tratamos el tema en los números 14-5 y siguientes.

1117/10080

2.— Buena fe-creencia

14-4. CONCEPTO Y PRINCIPALES APLICACIONES.— El derecho protege la legítima creencia de haber obrado conforme a derecho y en la razonable ignorancia de que no se daña el derecho de terceros. Como dice BETTI, la buena fe debe ser ignorancia pero legítima ignorancia, esto es, tal que con el uso de la normal diligencia no hubiera podido ser superada (ver nota 5).

Algunas de las principales aplicaciones de este concepto en nuestro derecho positivo, son las siguientes:

a) Teoría de la apariencia.— De acuerdo con un viejo principio de origen romano y receptado en nuestro derecho por el artículo 1051 Ver Texto , nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que se posee. Pero ocurre a veces que una persona es titular aparente de un derecho y que sobre la base de este título, lo transmita a un tercero de buena fe. La aplicación estricta del aquel principio conduciría a privar a este tercero de lo que ha adquirido de buena fe, lo que es injusto. La ley lo protege.

Veamos algunos casos. Ante todo, el del heredero aparente. Sucede a veces que una persona obtiene una declaratoria de herederos en su favor o que presenta un testamento en el cual es designado heredero. Enajena un bien del haber hereditario a un tercero de buena fe. Luego aparece otro heredero con mejor derecho (sea porque prueba un vínculo con el causante que desplaza al anterior, sea porque presenta un nuevo testamento que designa otro heredero). Es evidente que quien anteriormente fue declarado heredero, no tenía en realidad ese carácter, por lo cual no podía enajenar un bien de la sucesión. Pero sería injustísimo privar de su derecho a quien ha adquirido el bien confiado en el título que ostentaba el heredero aparente. Bien entendido que este adquirente para ser protegido por la ley, debe ser de buena fe, es decir, ignorar que existía otro heredero con mejor derecho que el del aparente. Tratamos este importante tema en el Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, números 485 y siguientes.

Lo mismo ocurre con los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud de un acto anulado. Supongamos que una persona ha adquirido un inmueble valiéndose de dolo para hacerse transmitir el dominio de su anterior propietario. El nuevo dueño inscribe su título en el Registro de la Propiedad. Pero luego, el enajenante promueve una acción de nulidad y se declara judicialmente nula dicha transmisión. Sin embargo, mientras el bien estaba a nombre del adquirente doloso, lo ha vendido a un tercero de buena fe y a título oneroso, que ha confiado en las constancias del Registro de la Propiedad. La ley lo protege, dejando a salvo su derecho contra la posible reivindicación del dueño (art. 1051 Ver Texto). Tratamos el tema en los números 1277 y siguientes.

Otro caso de apariencia es el del matrimonio que ha sido anulado; la anulación no afecta los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hubieran contratado con los cónyuges, ignorando que el matrimonio adolecía de un vicio de nulidad (art. 226 Ver Texto , Cód. Civil). Tratamos el tema en el Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, número 212.

El artículo 473 Ver Texto es otro supuesto interesante de los efectos de la apariencia; la nulidad de un acto otorgado por un demente, esté o no interdicto, no puede hacerse valer contra un contratante de buena fe, si la demencia no era notoria. Tratamos el tema en el número 544.

También se aplica la idea de la apariencia en el caso del mandatario cuyo mandato ha cesado por revocación, fallecimiento o incapacidad sobreviniente del mandante; si los terceros que han contratado con el mandatario ignoraban sin culpa la cesación del mandato, el contrato será válido respecto del mandante y de sus herederos (art. 1967 Ver Texto). Sobre el tema véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, número 1790.

Se declaró aplicable la teoría de la apariencia cuando las circunstancias del caso hacen razonable suponer la existencia de un mandato (como ocurre si el que contrató a nombre de otro, utiliza habitualmente sus oficinas, tiene acceso a su documentación y utiliza sus papeles), puesto que una razón de seguridad jurídica obliga a proteger al tercero de buena fe que creyó en la existencia del mandato (ver nota 6).

b) Matrimonio nulo o anulado.— Si el matrimonio nulo o anulado se contrajo de buena fe por ambos cónyuges, produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día que se declare la nulidad. Si hubo buena fe de uno solo de los cónyuges, el matrimonio producirá todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto del cónyuge de buena fe. El cónyuge de buena fe puede revocar las donaciones que por causa del matrimonio hizo al de mala fe. En cuanto a la partición de los bienes adquiridos durante el matrimonio, la ley le confiere al cónyuge de buena fe una triple opción: a) o bien puede optar por la conservación por cada uno de los cónyuges de los bienes por él adquiridos o producidos antes y después

del matrimonio; b) o bien puede liquidar la sociedad dividiendo por mitades los bienes gananciales sin consideración a quien los produjo y aunque el cónyuge de buena fe no hubiera producido ninguno; c) o bien puede dividir los bienes en proporción a los aportes que cada uno haya efectuado, como si se tratara de la liquidación de una sociedad de hecho (arts. 221 Ver Texto y 222, Cód. Civ.). Nos referimos al tema en el Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, números 217 y siguientes.

Y desde luego, si el matrimonio fuere contraído de mala fe por ambos cónyuges no producirá efecto civil alguno (art. 223 Ver Texto).

c) Aplicaciones en materia de derechos reales.— Las aplicaciones del principio de la buena fe en materia de derechos reales, son numerosísimas.

Por lo pronto, la posesión de buena fe de una cosa mueble crea en favor del que la posee la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiera sido robada o perdida (art. 2412 Ver Texto).

En materia de usucapión de bienes muebles, si el poseedor es de buena fe y a justo título, la adquisición del dominio se produce a los diez años (art. 3999 Ver Texto); en cambio, si es de mala fe, el plazo de la usucapión es de veinte años (art. 4015 Ver Texto).

En cuanto a los frutos percibidos como consecuencia de la posesión de una cosa, el poseedor de buena fe los hace suyos, en tanto que el de mala fe debe al dueño no sólo los frutos percibidos, sino también los que por su culpa dejó de percibir (arts. 2423 Ver Texto y 2438 Ver Texto).

El poseedor de buena fe tiene derecho a que se le paguen los gastos hechos en mejoras necesarias o útiles; el de mala fe tiene derecho a que se le paguen estas últimas sólo en la medida de que hayan aumentado el valor de la cosa (arts. 2427 Ver Texto y 2441 Ver Texto).

El poseedor de buena fe no responde de la destrucción total o parcial de la cosa ni por los deterioros de ella, aunque fueran causados por hechos suyos, sino hasta la concurrencia del provecho que hubiera obtenido y sólo está obligado a entregar la cosa en el estado en que se halla (art. 2431 Ver Texto). En cambio, el poseedor de mala fe responde por la ruina o deterioro de la cosa, aunque hubiere ocurrido por caso fortuito, si la cosa no hubiere perecido o deteriorado igualmente estando en poder del propietario (art. 2435 Ver Texto).

Sobre todos estos temas remitimos al Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, t. 1, números 141 y siguientes.

(nota 1) En esta materia es capital la obra de LOS MOZOS, El principio de la buena fe, Barcelona, 1965; véase también FUEYO LANERI, Instituciones de derecho civil moderno, Santiago de Chile, 1990, ps. 143 y s.

(nota 2) DÍEZ PICAZO, La doctrina de los actos propios, p. 139.

(nota 3) CARNELUTTI, Teoría general del derecho, ps. 348 y s.

(nota 4) VON TUHR, Teoría General del Derecho civil, t. II, vol. 1, p. 150, nota 63.

(nota 5) BETTI, Teoria generale delle obbligazioni, t. 1, p. 72.

(nota 6) C. Civ. Cap., Sala H, 22/11/1993, L.L., fallo n° 92.514.

1117/10090

D.— TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS (ver nota 1)

14-5. CONCEPTO Y CONDICIONES DE APLICACIÓN.— A nadie le es lícito volver sobre su conducta anterior, cuando esa conducta es jurídicamente relevante y puede suscitar en otra persona una legítima confianza de que se mantendrá aquella conducta (*venire contra factum proprium non valet*).

ENNECCERUS-NIPPERDEY precisan el concepto de la siguiente manera: “A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe” (ver nota 2).

Este principio tiene una vieja prosapia histórica, pero en su aplicación práctica ha sufrido algunos ocasos. En nuestro país, sólo en épocas relativamente recientes ha suscitado el interés de la doctrina y la jurisprudencia en su estudio y aplicación práctica.

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

14-6.— Las condiciones de aplicación son las siguientes: a) una conducta anterior relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de un comportamiento futuro; b) una pretensión o el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo contradictoria con aquella conducta; c) la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas (ver nota 3).

Por lo tanto, deben excluirse los actos que no tengan un valor vinculante, como pueden ser las meras opiniones o las expresiones de deseo; también deben ser excluidas las manifestaciones de una mera intención, porque una intención no puede obligar en la medida que no se asuma un compromiso (ver nota 4).

De igual modo, no obliga una conducta contra legem o inválida (ver nota 5).

14-7.— Está controvertida la cuestión de si el silencio puede o no constituir la conducta relevante que impida el ejercicio del derecho (ver nota 6). Nos inclinamos decididamente por la segunda solución. La cuestión resulta particularmente clara respecto de la prescripción. Supongamos que una persona ha tolerado que otra, sin título ninguno, haya realizado actos posesorios sobre un inmueble de su propiedad, durante dieciséis o diecisiete años, es decir, antes de cumplirse los veinte años establecidos por la ley para que se opere la prescripción adquisitiva. ¿Ese silencio, esa inactividad del propietario lo priva de ejercer la acción reivindicatoria? Con razón dice Alejandro BORDA que de admitirse que el propietario ha perdido su acción, se crearía una tremenda inseguridad jurídica, en razón de que en cualquier momento puede perderse el derecho o facultad que se tiene sin que sean respetados los plazos de prescripción establecidos por la ley (ver nota 7).

Nuestra posición tiene un sólido apoyo en el principio admitido generalmente, de que la regla *venire contra factum proprium* tiene carácter residual, es decir, se aplica sólo en caso de que la ley no disponga otra cosa, porque si entre las leyes debe darse preferencia a las especiales sobre las generales, con mayor razón debe suceder cuando existe oposición entre una ley especial y un principio general (ver nota 8).

Sin embargo, pueden darse situaciones límites, que es preciso analizar cuidadosamente. Supongamos un edificio dividido en propiedad horizontal, cuyo reglamento establece que los departamentos tendrán como uso exclusivo la vivienda y prohíba expresamente la

instalación de consultorios médicos, estudios de abogados, arquitectos u otros profesionales. Empero, durante quince o veinte años, el consorcio ha tolerado que funcione allí un consultorio médico y que, inclusive, se hayan hecho modificaciones en el departamento para adecuarlo a ese destino. ¿Es procedente una acción del consorcio para que el profesional cese en sus actividades? La respuesta negativa nos parece clara; pero no porque atribuyamos al prolongado silencio o inacción del consorcio el significado de conducta relevante que hace aplicable la teoría de los actos propios, sino porque después de tanto tiempo y en las condiciones dadas, el ejercicio del derecho de prohibir la actuación profesional, sería abusivo.

14-8.— No es indispensable —aunque es lo normal— que la pretensión contradictoria se efectúe durante el trámite en un juicio; es posible que la contradicción exista extraprocesalmente, pues de no ser así se negaría la posibilidad de aplicar la teoría cuando se demanda (ver nota 9).

14-9.— La conducta o actos del mandatario se reputan como hechos por el mandante, mientras actúe dentro de la órbita de sus poderes. De conformidad con este principio, se ha declarado que importa ir contra los propios actos sostener que los dichos efectuados con asistencia letrada o por intermedio de letrado apoderado, no le pertenecen y por eso resulta inadmisibles pretender no responsabilizarse por esas manifestaciones y afirmar que no le son atribuibles (ver nota 10).

14-10.— Existe opinión unánime en el sentido de que la doctrina de los propios actos puede ser aplicada no sólo a pedido de parte, sino también de oficio, pues ello no es sino una aplicación del principio *iura novit curia* (ver nota 11).

14-11. APLICACIONES JURISPRUDENCIALES.— Nuestros tribunales han tenido numerosas oportunidades de aplicar la teoría de los actos propios. Citaremos algunos casos a manera de ejemplos ilustrativos de cómo juega el principio. Se ha declarado que va contra sus propios actos la Dirección Provincial de Rentas que se desdice, sin fundamentos, de su conformidad con el avalúo de los bienes sucesorios para el pago del impuesto a la herencia (ver nota 12); el empleador que cuestiona la constitucionalidad de un convenio colectivo de trabajo no obstante reconocer haberlo aplicado anteriormente a sus trabajadores (ver nota 13); el vendedor que al rescindir la compra-venta devuelve el precio desvalorizado y reclama que el automóvil vendido le sea entregado reparado (ver nota 14); el vendedor que invoca la inflación para no cumplir con la compraventa y ofrece devolver la parte del precio recibido sin actualizar (ver nota 15); el que cuestiona una liquidación que consintió oportunamente (ver nota 16); el socio que impugna una decisión social que antes había consentido (ver nota 17); el apelante que se agravia de que el juez recogiera sus argumentos (ver nota 18); el contratista que cuestiona la rescisión del contrato de obra pública dispuesta por la Municipalidad a su pedido (ver nota 19); quien cuestiona las atribuciones del Instituto Nacional de Vitivinicultura, que antes había aceptado (ver nota 20).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BORDA, A., La teoría de los actos propios, Buenos Aires, 1987; DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, La doctrina de los propios actos, Barcelona, 1963; PUIG BRUTAU, La doctrina de los actos propios, Barcelona, 1951. Véase también: ALTERINI y LÓPEZ CABANA, La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino, L.L., 1984-A, p. 877; AMADEO, La doctrina de los propios actos en la jurisprudencia argentina y española, L.L., 1984-A, p. 519; BIANCHI e IRIBARNE, El principio general de la buena fe y la doctrina venire contra factum proprium non valet, E.D., t. 106, p. 851; COMPAGNUCCI DE CASO, La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad, L.L., 1985-A, p. 1000; MORELLO y STIGLITZ, La doctrina del acto propio, L.L., 1984-A, p. 865; CIFUENTES, Vélez Sarsfield y la teoría de los actos propios, Doctrina Judicial, 1987-I, p. 689.

(nota 2) ENNECCERUS-NIPPERDEY, Parte General, t. 1, vol. II, n° 208.

(nota 3) BORDA, A., La teoría de los actos propios, n° 76; Declaración de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(nota 4) BORDA, A., La teoría de los actos propios, n° 78.

(nota 5) BORDA, A., La teoría de los actos propios, n° 79; COMPAGNUCCI DE CASO, L.L., 1985-A, p. 1002.

(nota 6) En sentido afirmativo: BIANCHI e IRIBARNE, E.D., t. 106, p. 858; PUIG BRUTAU, La doctrina de los actos propios, p. 119. En sentido negativo: BORDA, A., La teoría de los actos propios, n° 105. Las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil asumieron una posición intermedia: declararon computable a los efectos de la aplicación de la teoría de los actos propios, el retraso desleal en el ejercicio de un derecho.

(nota 7) BORDA, A., La teoría de los actos propios, n° 105. En contra: BIANCHI e IRIBARNE, E.D., t. 106, p. 858; PUIG BRUTAU, La doctrina de los actos propios, 119.

(nota 8) ALTERINI y LÓPEZ CABANA, L.L., 1984-A, p. 878; Declaración de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(nota 9) BORDA, A., La teoría de los actos propios, p. 81; Declaración de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que sostuvieron que la teoría es invocable como defensa y

también para fundar en ella la existencia de un derecho. En contra: COMPAGNUCCI DE CASO, L.L., 1985-A, p. 1004.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala F, 27/8/1982, E.D., t. 103, p. 151; de acuerdo, BORDA, A., La teoría de los actos propios, n° 94.

(nota 11) BORDA, A., La teoría de los actos propios, n° 122; DÍEZ PICAZO, La doctrina de los actos propios, p. 251; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, L.L., 1984-A, p. 878; Declaración de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(nota 12) S.C. Salta, 2/9/1974, L.L., 1975-A, p. 776 (32.105-S).

(nota 13) C.S.N., 12/11/1974, J.A., 1975-25, p. 242.

(nota 14) C. Com. Cap., Sala B, 8/9/1976, “Ranelli, Adolfo c/ Grandío y López” Ver Texto .

(nota 15) C. Com. Cap., Sala B, 8/9/1976, “Azcurra de Soerensen c/ Diseño A.”.

(nota 16) C. Civ. Cap., Sala E, 7/6/1977, “Dasadie S.A. c/ Sociedad Militar Seguro de Vida”.

(nota 17) C. Com. Cap., Sala A, 20/2/1980, “Bellone, Próspero c/ Devoto S.A. Equipamiento Integral S.A.”.

(nota 18) C. Civ. Cap., Sala E, L.L., 19883-D, p. 523, con nota de MOISSET DE ESPANÉS.

(nota 19) Sup. Corte Buenos Aires, 4/11/1980, D.J.B.A., t. 120, p. 53.

(nota 20) C.S.N., 20/9/1983, Rev. L.L., suplemento diario del 15/11/1983, p. 15, n° 1209.

§ 3.— Clasificación del derecho positivo

1117/15

15. EL DERECHO POSITIVO: DISTINCIÓN EN DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO
(ver nota 1).— Se llama derecho positivo al conjunto de leyes vigentes en un país.

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

a) Según una primera opinión, el público sería un derecho de subordinación caracterizado por la desigualdad de los dos términos de la relación jurídica: el Estado por un lado, los individuos por otro. Al contrario, el derecho privado sería un derecho de coordinación, en el cual los sujetos están ubicados en un pie de igualdad. En el primero, la justicia tomaría la forma de justicia distributiva; en el segundo, de conmutativa (ver nota 2).

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

b) Conforme a una segunda opinión, prestigiada por algunos textos romanos (ver nota 3), la clave de la distinción debe hallarse en el interés; si lo que predomina en la norma jurídica es el interés general, colectivo, social, es derecho público; por el contrario, si lo que priva es el interés de los particulares, es derecho privado.

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

c) A nuestro entender, debe fincarse la distinción en el sujeto de la relación: si interviene el Estado como poder público, estamos en presencia de una norma de derecho público; si intervienen sólo los particulares, o el Estado en su carácter de simple persona jurídica, se trata de derecho privado (ver nota 4).

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

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

Al aceptar este criterio de distinción, no desdeñamos enteramente los anteriores; es indudable que la coincidencia con ellos contribuye a tipificar más rigurosamente el carácter público o privado de una relación jurídica.

No debe creerse, sin embargo, que estas dos grandes ramas del Derecho son algo así como compartimientos estancos, sin vinculación entre sí. Por el contrario, están estrechamente ligados: la violación de derechos privados trae como consecuencia la aplicación de normas de derecho público, por ejemplo, el hurto (lesión al derecho de propiedad) apareja la aplicación de una pena; a la inversa, la transgresión de deberes públicos puede dar lugar a la acción de daños y perjuicios del damnificado contra el Estado o el funcionario culpable; todas las acciones civiles tienden a poner al servicio del actor la fuerza pública del Estado para asegurarle el goce de sus derechos. Es que en realidad el Derecho es uno: el edificio jurídico es único, y coronado por la Constitución Nacional; ésta es el elemento aglutinante y, por decir así, la base sobre la que reposa todo el ordenamiento legal.

1117/16

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

Las ramas del derecho público, son las siguientes:

- a) El derecho constitucional, que organiza el Estado, determina las relaciones y facultades de los distintos poderes y establece las normas fundamentales de convivencia social.
- b) El derecho administrativo, que organiza el funcionamiento de la administración pública, ya sea nacional, provincial o municipal, y las relaciones entre ella y los administrados.

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

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

1117/17

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

Más difícil todavía es la ubicación del derecho procesal. Se ha sostenido que se trata de una rama del derecho público, puesto que su objeto es el funcionamiento de un servicio público, como es la administración de la justicia (ver nota 5). Esta opinión nos parece indiscutible en lo que se refiere al procedimiento penal y administrativo. En cambio, en lo que se refiere al procedimiento civil y comercial, y al laboral, preferimos adherir a la teoría tradicional, según la cual debe considerárselo integrante del derecho privado. El objeto de este procedimiento, es hacer efectivos los derechos que las leyes conceden a los particulares; sin las correspondientes acciones, tales derechos no tendrán vigencia práctica; aquéllas son, por lo tanto, la consecuencia necesaria de éstos y deben tener su misma naturaleza jurídica. Además, estas ramas del procedimiento reglan las controversias de los particulares entre sí; por consiguiente, forman parte del derecho privado.

1117/18

18. LAS RAMAS DEL DERECHO PRIVADO.— A su vez, el derecho privado cuenta con las siguientes ramas:

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

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

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

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

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

1117/19

19. CONCEPTO DE DERECHO CIVIL.— Para comprender cabalmente el concepto de derecho civil, es conveniente recordar la evolución histórica de su contenido.

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

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

A la caída de éste, la expresión *ius civile* designaba el derecho romano, público y privado. Poco a poco, sin embargo, aquellas palabras tomaron un sentido distinto, comenzaron a designar al derecho privado, por oposición al público. Esta desviación se explica de una manera muy simple al decir de RIPERT (ver nota 6). El *ius civile*, tal como los estudiosos lo encontraron recopilado en la codificación de JUSTINIANO, comprendía a la vez, normas de derecho público y privado; pero a la caída del Imperio, los textos sobre su organización estatal y su administración no tenían ninguna utilidad. Como consecuencia de ello, los jurisconsultos no acudían a las compilaciones de JUSTINIANO, sino para buscar las reglas de derecho privado; de ahí que, poco a poco, derecho civil vino a significar derecho privado.

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

1117/20

20.— Como se ve, el civil ha sido el derecho madre del cual se han ido disgregando las restantes ramas del derecho privado. Precisamente en razón de esta evolución histórica se lo ha definido como el derecho privado, exclusión hecha de las normas que atañen a problemas específicamente comerciales, procesales, rurales o laborales. Pero esta definición por resta o deducción, que sin duda tiene su parte de verdad, es insatisfactoria, porque da la idea de que el derecho civil es algo amorfo, que no puede vertebrarse alrededor de un concepto unitario. Y esa idea es falsa. El derecho civil ha conservado en su seno todo lo que es realmente fundamental del derecho privado; mantiene la posición eminente que siempre le ha correspondido; ha seguido siendo la fuente común a la cual es preciso remontarse ante el silencio de los textos de otras ramas del derecho privado; sigue siendo el derecho común, el Derecho por excelencia; constituye dice JOSSELAND, el almacén mismo y la base de la juridicidad (ver nota 7). Puede definírsele como el derecho que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades o profesiones peculiares; que regla sus relaciones con sus semejantes, y con el Estado, cuanto éste actúa en su carácter de simple persona jurídica y en tanto esas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humano.

El derecho civil se ocupa, por consiguiente, del sujeto del derecho, sea la persona natural o la jurídica, pero considerando esta última tan sólo en cuanto es una expresión del derecho de asociación sin fines de lucro, pues si los tiene está regida por el derecho comercial; se ocupa, asimismo, de la familia y establece los deberes y derechos que nacen del parentesco; del objeto de los derechos, o sea, de los bienes y las cosas; de los actos jurídicos; de los derechos patrimoniales y, en particular, de la propiedad; de las sucesiones, etcétera.

1117/21

21. RELACIONES DEL DERECHO CIVIL CON LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO PRIVADO.— Hemos visto ya que el derecho civil ha sido el tronco común del cual se han desprendido las restantes ramas del derecho privado. Pero esa separación no es total; aquellas ramas no poseen una completa autonomía ni pueden, por sí solas, resolver todos

los problemas jurídicos que se presentan a los comerciantes, obreros, labradores, etcétera. En otras palabras, carecen de integridad; y cuando sus normas no prevén un caso dado, es necesario recurrir al derecho civil. El artículo 1º del Título preliminar del Código de Comercio, dice expresamente que en los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.

Más aún: hoy existe una definida tendencia en la legislación comparada y en nuestros proyectos de reformas al Código Civil, a unificar las obligaciones civiles y comerciales, sin perjuicio de legislar por separado algunas instituciones de derecho comercial

Muy estrechos son también los vínculos que unen al derecho civil con la legislación rural y laboral, ramas estas segregadas mucho después del derecho comercial.

De distinto carácter, aunque estrechísima, es la relación que une al derecho civil con el procesal, cuyo objeto es hacer efectivos los derechos reconocidos por aquél. Se comprende así por qué en la solución de los problemas procesales, está siempre presente la naturaleza y carácter de los derechos que se pretende hacer valer; por ello también, algunas materias están legisladas frecuentemente en ambos códigos, como suele ocurrir con los medios de prueba y con ciertas acciones.

Por esta misión que cumple, de servir a manera de telón de fondo a todas las otras ramas del derecho privado, se lo llama también el derecho común; puesto que se ocupa del hombre como tal, es el Derecho por excelencia. A esa circunstancia, como también a su autoridad muchas veces secular y a su notable desarrollo alcanzado ya en la época del Imperio romano, se debe su prestigio, que a veces trasciende del campo del derecho privado e influye en el público. Es la más formativa de las materias jurídicas: el concepto del Derecho se aprende cabalmente con el estudio del derecho civil (ver nota 8).

1117/22

22. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.— A lo largo del siglo XIX, reinaba indiscutido el principio de la autonomía de la voluntad, que se expresaba de la siguiente manera: lo que es libremente querido es justo. Con ello se pretendía afirmar el valor seguridad: que nadie pretenda, luego de haber prestado su consentimiento, que lo querido no es justo.

Pero la realidad social ha demostrado los abusos derivados de este principio. Los hombres muy frecuentemente prestan su consentimiento impulsados por sus necesidades, su ignorancia respecto de todas las consecuencias de un negocio, su confianza (luego defraudada) en la otra parte. De todo ello resulta un contrato injusto, contrario a la equidad.

Ya no se cree que todo lo libremente querido sea justo, por la muy simple razón de que la libertad con que se presta el consentimiento suele ser muy relativa. Es frecuente que haya un fuerte y un débil contractual. El Estado debe intervenir para proteger al débil y para hacer reinar la justicia, que es el valor supremo del derecho.

Esa protección se manifiesta a través de leyes y reglamentos (particularmente en materia laboral o de los derechos del consumidor) o bien a través de los jueces. Aplicando las teorías del abuso del derecho, de la buena fe, la lesión, la equidad, intervienen en los contratos para impedir que la aplicación rigurosa del principio de la autonomía de la voluntad, permita consagrar injusticias derivadas de la desigualdad de las partes y que frecuentemente suele ser aprovechada por quien ostenta una situación de fuerza (ya sea por razones económicas, monopólicas y, a veces, simplemente psicológicas) para imponer condiciones gravosas al débil contractual.

No se trata de negar el principio de la autonomía de la voluntad. Nadie duda del poder jurígeno de la voluntad de los hombres. De lo que se trata es de poner justos límites a las injusticias que pueden derivar de la aplicación rígida de la letra de los contratos.

(nota 1) Una exposición sistemática y exhaustiva de este tema, se encontrará en CASTRO Y BRAVO, Derecho Civil de España, 2ª ed., ps. 66 y s.; muy útil resultará también ROUBIER, P., *Théorie générale du droit*, ps. 243 y s.

(nota 2) GURVITICH, G., *Une philosophie antinomique du droit*; RADBRUCH, G., *Archives de philosophie du droit et de soc. jur.*, 1932, 3-4, ps. 546 y s., cit. por ROUBIER, P., *Theorie générale du droit*, p. 247.

(nota 3) Digesto, I, 1, de just et jure, L. 1 y 2, ULPIANO; Digesto 2, 14, de pactis, 38, PAPINIANO; de acuerdo con este criterio, JOSSERAND, *Derecho civil*, t. I, nº 10, PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. I, nº 30 y la doctrina francesa en general.

(nota 4) De acuerdo: ARAUZ CASTEX, M., Necesidad de replantear la unidad y contenido del derecho civil, *Rev. Facultad de Derecho*, Buenos Aires, setiembre-diciembre, 1950, ps. 1217 y s.; DE RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil*, Madrid, t. I, ps. 43 y s.; COVIELLO, N., *Doctrina general del derecho civil*, ed. México, p. 12; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. I, vol. I, ps. 131 y s.

(nota 5) R. MORELL, *Traité élémentaire de procedure civile*, París, 1932, nº 9. En el mismo sentido, ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. I, vol. I, p. 134; DE RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil*, ps. 67 y s. Véase la opinión de ROUBIER, P., *Theorie*

générale du droit, p. 264, que cita al autor antes aludido y que prefiere, por su parte, hablar de un derecho mixto.

(nota 6) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. I, n° 31.

(nota 7) JOSSERAND, t. I, vol. I, n° 15.

(nota 8) BORDA, G.A., Espíritu y enseñanza del derecho público, Buenos Aires, 1947.

1117/10110

§ 4.— Los derechos subjetivos

1117/23

23. CONCEPTO (ver nota 1).— Según ya lo hemos dicho, la palabra Derecho designa el ordenamiento legal de un país, las normas jurídicas vigentes en él. Pero en su sentido subjetivo tiene un significado diferente: es la facultad de exigir de otro una determinada conducta. Se habla así del derecho a cobrar una deuda, del derecho de propiedad, de patria potestad, del derecho a la vida, al honor, etcétera.

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

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

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

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

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

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

1117/24

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

a) Según una primera opinión, derecho subjetivo sería un poder atribuido a una voluntad, por el ordenamiento jurídico (ver nota 2). Se ha objetado que, si la esencia de los derechos reside en la voluntad, no se explica que se lo reconozca a personas que carecen de ella, como los dementes, los menores impúberes o las personas por nacer. Esta objeción no nos parece decisiva; es verdad que en algunos casos, el titular de los derechos carece de voluntad, pero entonces la ley atribuye el poder a la voluntad del representante legal. Sin embargo, esta concepción resulta insuficiente e insatisfactoria, porque si se agotara el concepto de derecho en el poder atribuido a una voluntad, los derechos podrían ejercerse arbitrariamente, sin otra limitación que el capricho de su titular y sin ninguna sujeción a la moral y la justicia. Sobre este tema hemos de volver más adelante (núms. 29 y sigs.).

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

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

Puestos de relieve los dos elementos esenciales de los derechos subjetivos, podemos ya definirlos como el poder concedido por el ordenamiento jurídico, que sirve para la satisfacción de intereses humanos (ver nota 3).

1117/25

25. EL DEBER JURÍDICO.— Frente a los derechos subjetivos existe siempre a cargo de la contraparte, un deber jurídico.

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

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

De algunos poderes se dice que son a la vez derechos y deberes; tal ocurre con el voto, con la patria potestad, etcétera. No se trata, sin embargo, de que un mismo derecho y su correlativo deber, se confundan en una persona, pues entonces no habría un sujeto pretensor frente al obligado, sino instituciones jurídicas complejas, que incluyen derechos y deberes; pero los primeros suponen siempre la posibilidad de hacerlos valer frente a alguien, que es el obligado; y los segundos implican la obligación de cumplir frente a alguien, que es el acreedor. La patria potestad incluye el derecho de educar a los hijos, frente al cual éstos tienen la obligación de obedecer al padre; pero lleva también implícito el deber de alimentarlos y sostenerlos material y moralmente, y los hijos pueden exigir su cumplimiento.

1117/26

26.— Sostiene ENNECCERUS que no es exacta la afirmación de que a todo deber jurídico corresponde necesariamente un derecho subjetivo y que, en materia de derecho público, hay muchos deberes a cargo del Estado como, por ejemplo, vigilancia de la seguridad pública, conservación de los caminos, etcétera, frente a los cuales no se halla ningún sujeto de derecho determinado (ver nota 4). Creemos que se trata de un evidente error: la existencia de un deber jurídico, implica necesariamente la de un sujeto con poder de exigir su cumplimiento o, en su caso, imponer sanciones. En los ejemplos del maestro alemán, los funcionarios responsables del cumplimiento de aquellos deberes son susceptibles de recibir sanciones, como la suspensión, la cesantía, la exoneración y, en su caso, inclusive el juicio político, son contar con las sanciones de orden penal.

27. NEGACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.— La noción clásica de los derechos subjetivos ha sido objeto de vivos ataques desde dos campos distintos:

a) Se la ha negado, ante todo, con un sentido político y social: se quiere afirmar que el hombre y sus derechos nada cuentan frente a la sociedad. DUGUIT, que ha suministrado los mejores argumentos de esta teoría, sostiene que lo fundamental en el ordenamiento jurídico es la regla objetiva; los hombres no tienen sino que ubicarse dentro de ese ordenamiento objetivo y llenar los deberes que él les impone. No hay derechos subjetivos; sólo hay deberes que cumplir; cuanto más podrá hablarse de situaciones jurídicas subjetivas que permiten reclamar de otra persona el cumplimiento de las obligaciones que prescribe la regla social; de todas maneras, este poder de querer deriva siempre de la regla objetiva; existe en tanto sea conforme a ésta y, por consiguiente, se trata de un poder objetivo, no subjetivo. El individuo no es un fin, sino un medio, una rueda de la vasta máquina que constituye el cuerpo social, de modo que cada uno de nosotros no tiene razón de ser en el mundo más que por la labor que realiza en la obra social. El hombre se convierte así en un funcionario al servicio del Estado y de la sociedad (ver nota 5). Esta concepción recibió aplicación práctica en los países totalitarios fascistas o comunistas. En la Rusia soviética, el Código Civil reconocía los derechos civiles con el objeto de desarrollar las fuerzas productoras del país (art. 4°).

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

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

28.— Este concepto de los derecho subjetivos es coherente con toda la concepción positivista del derecho de Kelsen. Según ya lo hemos dicho, para este autor la noción de Derecho se agota en el positivo. Resulta posible, así, no ver en los derechos del hombre, nada más que un reflejo de la ley. Nosotros nos negamos enérgicamente a aceptar tal punto de vista. ¿O se quiere acaso sostener que el hombre viene al mundo completamente sin derechos y que su derecho a existir, al honor, al buen nombre lo recibe por primera vez por gracia del Estado? (ver nota 6).

Concebimos al hombre como criatura de Dios; como tal, tiene derechos que ningún legislador puede desconocer. Y por materialista que sea la concepción sociológica que se adopte, no podrá negarse que la ley (derecho positivo) existe para los hombres. La idea del derecho subjetivo es la traducción de esta realidad elemental: que la sociedad está formada por individuos, cuyo bien es el fin último del Derecho (ver nota 7).

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

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SPOTA, Tratado de derecho civil, t. 1, vol. I, ps. 127 y s.; LEÓN, P., La persona y los derechos subjetivos, Rev. Jurídica de Córdoba, año 1, n° 4; RECÁSENS SICHES, L., Vida Humana, Sociedad y Derecho, ps. 217 y s.; COVIELLO, N., Doctrina general del derecho civil, México, ps. 20 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, ps. 121 y s.; VON TUHR, Derecho civil, ed. Depalma, vol. I, ps. 71 y s.

(nota 2) VON TUHR, Derecho civil, ed. Depalma, vol. I, ps. 75 y s.

(nota 3) Es éste el concepto de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. I, vol. I, p. 291; en sentido concordante, véase SPOTA, Tratado de derecho civil, t. 1, vol. I, p. 148; COVIELLO, N., Doctrina general del derecho civil, ed. México, p. 20.

(nota 4) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. I, vol. I, p. 297.

(nota 5) DUGUIT, L., Las transformaciones del derecho privado, p. 177; véase, además, del mismo autor, Traité de Droit Constitutionnel, 3ª ed., t. 1, p. 266, y L'Etat, le droit objectif

et la loi positive, París, 1901, ps. 138 y s.; KOSCHEMBAR-LYSKOWSKY, Quelques dispositions générales d'un projet de Code Civil polonais, Revue Trimestrielle, 1928, ps. 252 y s.; GURVICH, L'idée du droit social, 1932, y L'expérience juridique et la philosophie du droit, 1935; KAOUTCHANSKY, Revue du droit public, 1925, p. 214.

(nota 6) CATHREIN, V., Filosofía del Derecho, p. 218.

(nota 7) DABIN, Le droit subjectif, p. 51.

1117/10120

E.— TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO (ver nota 1).

1117/29

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

1117/30

30.— La doctrina del abuso del derecho se ha abierto camino en el pensamiento contemporáneo, no sin vencer serias resistencias. Los juristas liberales la han mirado con indisimulada desconfianza. Para ellos, las libertades humanas fincan en el respeto incondicional de los textos legales. Sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre; mientras las personas actúen dentro de aquellos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros. De lo contrario, no habría derecho; todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad y la seguridad quedarían perdidas, el espíritu de iniciativa ahogado. Es necesario que los hombres tengan algo seguro como base para desenvolver sus actividades; que sepan, de una manera clara y definida, qué es lo que pueden y lo que no pueden hacer. Y la única manera de fijar de un modo cierto ese campo de acción es la ley. Esta es una defensa, algo así como una barrera, dentro de la cual el individuo puede desenvolver sus actividades sin recatos y sin temores. Si de ello resulta un perjuicio para terceros, tanto peor para ellos: dura sed lex. Estos perjuicios ocasionales deben reputarse un sacrificio en aras

del bien social que resulta de la afirmación absoluta de los derechos individuales. Inclusive se ha sostenido, con la altísima autoridad de PLANIOL, que la expresión “abuso del derecho” implica una logomaquía: de un derecho se puede usar, pero no abusar; el derecho cesa donde el abuso comienza, porque abuso e ilicitud deben considerarse sinónimos; en realidad, la expresión “abuso del derecho” no hace sino cubrir la condenación de actos cometidos más allá de los límites de un derecho (ver nota 2).

No obstante la fuerza lógica de estos argumentos, la teoría del abuso del derecho se ha abierto paso con pie firme. Podrá discutirse el acierto lógico y gramatical de la expresión abuso del derecho (que a pesar de los defectos puestos de relieve por PLANIOL, tiene fuerza expresiva y ha sido incorporada definitivamente al léxico jurídico) pero lo que no cabe discutir ya, es que no se puede permitir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe. Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido; “tienen una misión 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” (ver nota 3); es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El Derecho no puede amparar ese proceder inmoral.

No creemos justificados los temores de quienes piensan que esta facultad, en manos de los jueces pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a los hombres los derechos que las leyes les reconocen (ver nota 4). Aquéllos, por su formación en el culto del derecho, son naturalmente respetuosos de la ley; su sistema de designación y su carácter vitalicio, que los aleja de la política, los aparta también de la tentación demagógica que más de una vez impulsa al legislador a dictar leyes lesivas de los derechos individuales para halagar a su clientela política. Además, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y por la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrados y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución. Es muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado de este poder; es preciso dejar sentado que la experiencia práctica ha demostrado la inconsistencia de los temores manifestados por los adversarios de esta teoría, que hoy se baten en franca retirada.

1117/31

31. CUÁNDO DEBE REPUTARSE QUE UN DERECHO HA SIDO EJERCIDO ABUSIVAMENTE.— La aplicación de la teoría del abuso del derecho supone el ejercicio de un derecho dentro de los límites fijados por la ley que lo otorgó; porque si la ley hubiera fijado los límites y éstos se hubieran excedido, no habría abuso del derecho, simplemente porque no hay tampoco derecho. Si, por ejemplo, la ley estableciera un límite del 10% al

interés en el mutuo y un usurero pretendiera cobrar el 30% los tribunales no lo protegerían, porque no tiene derecho; la hipótesis del abuso del derecho se plantea si, como ocurre en nuestra legislación, no existe límite legal alguno a los intereses; en este caso los jueces niegan su amparo a quienes pretenden cobrar más allá de cierto prudente límite porque consideran que existe abuso del derecho.

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

a) De acuerdo con un primer criterio, habría abuso del derecho cuando ha sido ejercido sin interés alguno y con el solo propósito de perjudicar a terceros. Este fue el punto de partida desde el cual la teoría se abrió paso, tímidamente, en la jurisprudencia francesa. Se resolvió así que era ilegítimo el acto realizado por un propietario que, para perjudicar al vecino, perforó un pozo para cortar una corriente subterránea y la echó con bombas a un arroyo cercano, impidiendo que pasara al terreno lindero (ver nota 5).

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

Bien elocuente de la insuficiencia de este modo de caracterizar el abuso del derecho es un curioso caso ocurrido en Inglaterra. Un vecino por cuyo fundo atravesaba una corriente que abastecía a la localidad de Bradford, desvió sus aguas con el propósito de obligar a la municipalidad a que lo adquiriera a buen precio. Planteada la cuestión ante la Cámara de los Lores, ésta resolvió que, puesto que la intención del propietario no había sido dañar a los vecinos de Bradford, sino simplemente especular con la venta de su propiedad, su conducta era lícita (ver nota 6). Muy distinta fue la solución dada por los tribunales franceses a un caso similar. El vecino del dueño de un hangar y campo de aterrizaje levantó dos armazones de madera de 14 a 15 metros de altura, para perturbar el descenso de los dirigibles y sin ninguna otra utilidad. Llevado el caso ante la justicia, el vecino sostuvo, como en el caso Bradford, que lo había hecho para obligar al propietario del hangar a que le comprara su propiedad. Con muy buen criterio, los tribunales se pronunciaron de acuerdo en las tres instancias, condenándolo a demoler las construcciones sobreelevadas (ver nota 7).

b) Se ha sostenido, asimismo, que el abuso del derecho consistiría en la culpa grave del titular, de cuya conducta al ejercer el derecho han derivado perjuicios para terceros que podrían haberse evitado. Este criterio es asimismo insuficiente y sólo da solución a un aspecto parcial del problema, que no es ni con mucho, el más importante. En base a él no

hubiera podido limitarse la tasa del interés, ni declararse abusivo el pacto comisorio en ciertos casos a que nos hemos de referir más adelante (núm. 34). La teoría del abuso del derecho queda refundida en la de la culpa y en buena medida esterilizada (ver nota 8).

c) De acuerdo a un criterio más comprensivo y de técnica jurídica, más depurada, habría abuso del derecho cuando éste se ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se lo otorgó. Así, por ejemplo, el derecho de huelga se ha reconocido con el propósito de dar a los trabajadores un medio de lucha por su bienestar; será, por lo tanto, legítima la huelga que se declare con el objeto de conseguir un aumento de sueldos, un mejoramiento de las condiciones de trabajo, etcétera, pero si se declara con fines políticos, para desorganizar la producción o la economía del país, el derecho habrá sido ejercido abusivamente. Este enfoque, llamado finalista o funcional, es sostenido por prestigiosos tratadistas y ha sido incorporado a la legislación positiva de varios países (ver nota 9).

El Código soviético expresa en su artículo 1º que “los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que sean ejercidos en contradicción con sus fines económicos o sociales”. Lo mismo establecen los códigos polaco (art. 135) y libanés (art. 134), si bien aceptando también el criterio moral. En igual sentido, el Proyecto franco-italiano de las obligaciones (art. 74, inc. 2º).

d) Finalmente, habría abuso del derecho cuando se ha ejercido en contra de la moral y la buena fe. Sin negar la utilidad práctica del criterio finalista para orientar en numerosos casos la decisión justa de la cuestión, creemos que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema. Porque si la teoría del abuso del derecho se ha abierto camino, es por una razón de orden moral. Todos los argumentos de prestigiosos maestros del derecho en contra de su admisión, se han estrellado contra ese sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano y que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del Derecho. Si, pues, la moral ha sido el fundamento de esta institución, es evidente que ella debe dar la norma rectora que permita distinguir el uso del abuso en el ejercicio de un derecho (ver nota 10).

Ya veremos que la reforma introducida por la ley 17711 prescribe, con indudable acierto, tener en cuenta los dos últimos criterios para apreciar si existe ejercicio abusivo del derecho.

1117/32

32. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO.— En consonancia con el espíritu individualista que VÉLEZ imprimió a toda su obra legislativa, el artículo 1071 Ver Texto

disponía: El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto.

No obstante los términos categóricos en que esta norma estaba concebida y que implicaba un enérgico repudio de la teoría del abuso del derecho, ésta se fue abriendo paso en la jurisprudencia, bien que con suma lentitud y timidez. A pesar de dicho texto, no faltaba base legal para ello. Por lo pronto, el artículo 953 Ver Texto establece que los contratos no pueden tener un objeto que sea contrario a las buenas costumbres. Esta norma dio lugar a interesantes pronunciamientos, sobre todo en lo atinente al pacto comisorio, al cual se lo declaró inmoral y por lo tanto, nulo, si se lo pretendía hacer valer después que el comprador hubiera pagado una cantidad sustancial del precio del inmueble, lo que implica una aplicación típica del concepto del abuso del derecho. Hay, además, en el Código Civil, diversas normas que indican que VÉLEZ no aceptaba siempre el carácter absoluto de los derechos y que intuyó que el ejercicio de ellos debía estar limitado por razones de conveniencia social y de moral: en este sentido, tienen interés los artículos 1739 Ver Texto , 1978 Ver Texto y las disposiciones sobre restricciones y límites al dominio.

Apoyada en estos textos, la idea del abuso del derecho fue abriéndose paso poco a poco. El criterio de nuestros tribunales fue al principio sumamente restrictivo y se exigía el propósito de causar daño o malicia y la inexistencia de motivos legítimos (ver nota 11); más tarde, ese criterio se hizo más amplio: algunos fallos hablaban solamente del ejercicio, anormal, excesivo, abusivo. La Cámara Federal de Rosario, en un fallo importante, llegó a enfrentar directamente el principio del artículo 1071 Ver Texto , afirmando que todos los derechos tienen una misión social que cumplir, un destino del que no pueden ser desvirtuados y, por ese motivo, no pueden ser ejercidos arbitraria o discrecionalmente (ver nota 12).

Se ha considerado que existe abuso del derecho si se quiere hacer demoler ornamentos existentes a cierta altura del edificio que invadían en pocos centímetros el jardín de la actora (ver nota 13); si se pretende reivindicar una angosta franja de terreno, sobre la cual el vecino había edificado (ver nota 14); si se interrumpe, mediante el interdicto de obra nueva, la construcción de una obra y se ha entablado la acción con mala fe o error grosero e indisciplinable (ver nota 15); si se ha instalado una “casa de trato” con evidente lesión de los vecinos (ver nota 16); el embargo preventivo que se traba con intención de perjudicar o con negligencia, constituye abuso del derecho con obligación de reparar el daño (ver nota 17). Si el derecho de patria potestad se ejerce con evidente perjuicio de quien se pretende proteger, se incurre en ejercicio abusivo (ver nota 18). Si una compañía concesionaria de teléfonos autoriza a un usuario a tener el servicio telefónico de la hora, no puede negarlo arbitrariamente a otro (ver nota 19). Del mismo modo, es aplicación de esa teoría la limitación por los tribunales de la tasa de interés (ver nota 20), y la notable jurisprudencia ya aludida sobre el pacto comisorio.

Pero, no obstante estos pronunciamientos, que marcaban una interesante tendencia hacia la recepción del abuso del derecho, lo cierto es que el artículo 1071 Ver Texto fue siempre un obstáculo para que nuestros jueces formularan una jurisprudencia fecunda y orgánica. Este obstáculo fue removido en 1949, al reformarse la Constitución Nacional, pues el artículo 35 Ver Texto del nuevo texto declaró ilícito el abuso del derecho. Desde entonces se advirtió una aplicación más frecuente y menos tímida de esta institución. Y aunque dicha reforma fue ulteriormente derogada, la Corte Suprema declaró que el abuso del derecho tiene adecuado reconocimiento y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad de precepto alguno de jerarquía constitucional (ver nota 21).

Entre los fallos más destacados de esta nueva etapa de nuestra jurisprudencia, podemos citar los siguientes: es antifuncional y abusiva la conducta del acreedor, que sin interés serio y legítimo, solicita y obtiene medidas precautorias, eligiendo inútilmente la vía más gravosa para el ejecutado (ver nota 22); es abusiva la conducta del acreedor que apremia a la deudora por vías legales particularmente onerosas (iniciación conjunta de la sucesión del deudor y ejecución contra sus herederos, no obstante la voluntad explícitamente manifestada por ellos de pagarles) (ver nota 23); es abusiva la conducta del marido que luego de treinta años de separación, intima a su esposa el reintegro al hogar, para liberarse de la prestación de alimentos, tanto más cuanto que anteriormente se había rechazado una demanda de divorcio instaurada por él (ver nota 24); incurre en abuso el acreedor que elige para ser subastada la propiedad del deudor donde residen su mujer y sus hijos, si existe en trámite el juicio de divorcio y separación de bienes y aquélla indicó oportunamente otros bienes del deudor con cuya ejecución podía satisfacerse sobradamente la deuda, porque la venta de la propiedad embargada supone un perjuicio irreparable para la esposa y los menores, sin beneficio alguno para el acreedor (ver nota 25). Constituye abuso del derecho la pretensión de la esposa inocente del divorcio, que sólo convivió con su marido culpable veinte o treinta días y que estuvo separada de él treinta años que se presenta a su sucesión reclamando la mitad de los bienes adquiridos después de la separación, sin aporte suyo de ninguna clase (ver nota 26); es abusivo ampararse en el artículo 2628 Ver Texto si se prueba que el árbol plantado a menos de tres metros del linde, no ocasiona ninguna molestia al vecino (ver nota 27). La Cámara Civil de la Capital declaró, a nuestro juicio con razón, que incurre en abuso del derecho el inquilino condómino cuya copropiedad es menor que el décimo del total y pide la venta de la propiedad pretendiendo no sólo ejercer este derecho, sino también ampararse en la prórroga de las locaciones, puesto que al venderse aquélla ocupada por él es obvio que podrá adquirirla en condiciones muy desfavorables para sus condóminos; y que, por tanto, debe venderse libre de ocupantes (ver nota 28). La Corte Suprema, empero, juzgó que en el caso no había abuso (ver nota 29).

1117/33

33.— Esta jurisprudencia ha recibido plena consagración en la ley 17711 que ha modificado la redacción del artículo 1071 Ver Texto de la siguiente manera: El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Obsérvese que el primer párrafo reproduce el primitivo artículo 1071 Ver Texto , con un importante agregado, que es la palabra regular. Esto modifica sustancialmente el sentido de la norma: no siempre el ejercicio de un derecho está protegido por la ley; debe tratarse de un ejercicio regular, es decir, justo, legítimo, normal. La idea queda explicitada claramente en los dos últimos párrafos. Particular importancia tiene el tercero, en el que se sientan las pautas en base a las cuales debe apreciarse si un derecho ha sido ejercicio de modo abusivo. Se considera que hay abuso cuando el ejercicio contraríe los fines tenidos en cuenta por la ley al reconocer el derecho o cuando dicho ejercicio contraríe la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Se adoptan, como puede apreciarse, los criterios a que nos referimos en el número 31, apartados c y d.

1117/34

34.— Sin embargo, es necesario dejar sentado que no siempre el ejercicio, repudiable desde el punto de vista moral, de un derecho, debe considerarse abusivo. Puede ocurrir que un acreedor, al vencerse el plazo de la obligación, exija su pago sin dilación alguna, aunque no tenga ventaja en el cobro inmediato y con ello ocasiona al deudor graves perjuicios. O que un hermano provoque la división del condominio familiar en un momento en que esa medida resulte sensiblemente desventajosa para sus hermanos. Estas conductas podrán reprobarse moralmente, pero no hay abuso, porque el derecho se ha ejercido regularmente, conforme a las previsiones legales. El perjuicio de terceros no basta para admitir el abuso, porque casi siempre el ejercicio de un derecho, sobre todo en materia patrimonial, supone un perjuicio de la contraparte. Para que haya abuso debe existir un ejercicio anormal, intrínsecamente injusto del derecho. Es necesario que medie una injusticia notoria, una consecuencia no prevista por la ley y repugnante al sentimiento moral del juez, para que éste pueda negar su apoyo a quien esgrime en su favor una disposición legal. Es una noción elástica, de la que los jueces deben servirse con suma discreción, pero con firmeza.

1117/35

35.— En su resolución, el magistrado debe tener en cuenta si existe: 1) intención de dañar; 2) ausencia de interés; 3) si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros (ver nota 30); 4) si el perjuicio ocasionado es anormal y excesivo (ver nota 31); 5) la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres; 6) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca (ver nota 32).

36. DERECHOS QUE PUEDEN EJERCERSE DISCRECIONALMENTE (ver nota 33).— Hay empero, algunos derechos que pueden ejercerse arbitrariamente, sin que el sujeto deba rendir cuenta de su conducta o de los móviles justos o injustos que lo han guiado. Se trata de un pequeño número de derechos que escapan al concepto de abuso; como ejemplos, en los que hay acuerdo prácticamente general, podemos citar el de pedir la división del condominio o partición de la herencia, el de disponer por testamento de la porción que no corresponde a los herederos forzosos, el de desheredar a quien ha incurrido en alguna de las causas legales, etcétera. Se los ha llamado derechos incausados, abstractos, absolutos, soberanos, discrecionales.

¿Cómo se justifica que tales derechos, por excepcionales que sean, escapen al principio de que nadie puede ejercer abusivamente una facultad legal? Se ha intentado algunas justificaciones de carácter general; así por ejemplo, RIPERT sostiene que se trata de derechos en que el solo juez posible del deber que le incumbe al titular es éste mismo; para apreciar el abuso, es indispensable que el juez pueda juzgar el valor de los sentimientos que impulsan a una persona; pero hay motivos tan personales, que ninguna apreciación judicial sería posible (ver nota 34). A lo que se ha objetado que tal criterio no resuelve el problema, pues habría que definir el principio de discriminación que permitiera distinguir los móviles que no pueden ser apreciados por los jueces de aquellos que pueden serlo; de lo contrario, sería dable sostener que, en cualquier caso, el titular de un derecho es siempre el único juez de su deber, con lo cual se pone en cuestión el fundamento mismo de la teoría del abuso del derecho (ver nota 35).

Lo que ocurre es que en ocasiones y por motivos que varían según los casos, los jueces sienten la necesidad de acordar a ciertos derechos algo así como un privilegio de inmunidad, que permita su ejercicio con razón o sin ella; pues puede ocurrir que haya un interés superior, socialmente hablando, en asegurar la aplicación automática del derecho sin entrar a juzgar los móviles que inspiran a los hombres.

36 bis. SANCIÓN DEL EJERCICIO ABUSIVO.— El abuso del derecho es un acto ilícito (ver nota 36) y produce las consecuencias propias de tales actos:

a) En primer término el juez negará protección a quien pretende ejercer abusivamente su derecho y rechazará su demanda (ver nota 37); se ha declarado que en materia contractual, el abuso del derecho calificado por el ánimo de perjudicar, debe tener como sanción la

invalidez del acto; en cambio si no se da aquella torpe finalidad, pero se da una situación abusiva, la sanción debe concretarse de ser posible a limitar o morigerar el acto, sin destruirlo (ver nota 38).

¿Puede aplicarse de oficio, es decir, sin pedido de la parte agraviada, el principio que veda el ejercicio abusivo de los derechos? La cuestión ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios (ver nota 39). Por nuestra parte nos inclinamos a considerar que como principio, es necesario el pedido de parte, a menos que el abuso sea tan grosero que repugne a la conciencia del juez convalidarlo.

Desde luego, el abuso puede oponerse tanto por vía de acción como de excepción (ver nota 40).

b) Si la conducta abusiva hace sentir sus efectos extrajudicialmente, el juez debe intimar al culpable para que cese en ella (ver nota 41).

c) El culpable será responsable de los daños y perjuicios de la misma manera que el autor de cualquier hecho ilícito (ver nota 42); se responde por todos los daños, inclusive el moral (art. 1078 Ver Texto) y si los culpables son varios la responsabilidad es solidaria (art. 1109 Ver Texto). Y desde luego, la acción prescribe a los dos años (art. 4037 Ver Texto , ref. por ley 17711).

1117/37

37. **LEGISLACIÓN COMPARADA.**— El principio del abuso del derecho ha quedado incorporado al derecho positivo de Alemania (Cód. Civ., art. 1º), Suiza (Cód. Obligaciones, art. 2º), Rusia (Cód. Civ., art. 1º), Polonia (Cód. Civ., art. 160), Perú (Cód. Civ., art. II, Tít. Prel.), Paraguay (Cód. Civ., art. 372), Venezuela (Cód. Civ., art. 1185), Líbano (Cód. Civ., art. 124), Turquía (Cód. Civ., art. 2º).

En otros países, la legislación ha callado, pero la jurisprudencia ha incorporado el principio al derecho nacional, como en Francia, Bélgica, Chile, España. En este último país, los tribunales fueron muy reacios para aceptar la teoría hasta un importante fallo del Tribunal Supremo (ver nota 43). Inclusive los tribunales ingleses y estadounidenses, tan apegados a su individualismo, han empezado a hacer importantes concesiones a la idea del abuso (ver nota 44).

Como antecedente, es interesante reproducir el concepto del abuso del derecho del Proyecto de Código Popular alemán, formulado en los últimos tiempos del régimen nacional-

socialista. “El abuso del derecho no tiene amparo jurídico alguno. Obran en especial, de manera abusiva: quien se aferra al cumplimiento literal de una obligación que ha perdido su significado y su finalidad; quien reclama tan tardíamente que con ello se pone en contradicción inconciliable con su propia conducta anterior y quien procede con tal dureza en la ejecución, que contradice gravemente el sano sentimiento popular” (Regla 17).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Dentro de la abundantísima bibliografía sobre el tema, cabe recomendar las siguientes obras: FERNÁNDEZ SESSAREGO, El abuso del derecho, Buenos Aires, 1992; SPOTA, t. 1, vol. 2; FLEITAS, A., El abuso del derecho, Buenos Aires, 1944; SALVAT, R., Teoría del abuso del derecho, L.L., t. 6, sec. doct., p. 51; LEONFANTI, El abuso del derecho, Buenos Aires, 1942; CASTIGLIONI, El abuso del derecho, Buenos Aires, 1921; LEÓN, P., La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional, Rev. Universidad de Córdoba, julio-agosto, 1931, p. 29; BIBILONI, nota al art. 411 del Anteproyecto; ROCCA, Abuso del derecho, L.L., t. 104, p. 977; ALTERINI, ANTÚNEZ y ROSENDE, Ejercicio abusivo de los derechos, E.D., t. 62, p. 499; nota de jurisprudencia en E.D., t. 68, p. 683; CALVO SOTELLO, La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo, Madrid, 1917; MARTÍNEZ USEROS, E., La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo, Madrid, 1947; COLOMER MÁRQUEZ, C., El abuso de la ley, Rev., Jurídica de Cataluña, marzo-abril, 1951, p. 142; JOSSERAND, L., De l'esprit des droits et de leur relativité, París, 1927; *id.*, De l'abus des droits, París, 1905; RIPERT, G., La regla moral en las obligaciones civiles, Bogotá, 1946; *id.*, Le régime démocratique et le droit moderne, 2ª ed., n° 117 y s.; DABIN, Le droit subjectif, París, 1952; MARKOVITCH, La théorie de l'abus du droit en droit comparé, París, 1936; CHARMONT, L'abus du droit, Revue Trimestrielle, 1902, p. 113; SALEILLES, De l'abus du droit, Bull. Société d'Etudes Legislatives, 1905, p. 371; FLUMENE, L'uso illecito del diritto, Studi in onore di F. Ascoli, Mesina, 1936; ROTONDI, M., L'abuso del diritto, Riv. Diritto Civile, 1923, ps. 105, 209 y 417 y s.; PISTOLESE, Contributo alla teoria dell'abuso del diritto, Diritto e Giurisprudenza, 1927-1928, 1ª part, col. 426 y s.; MARTINS, P.B., O abuso do direito e o acto ilicito, Rio de Janeiro, 1935. Véase también nota de jurisprudencia en L.L., t. 142, p. 714 y en E.D., t. 68, p. 683.

(nota 2) PLANIOL, Traité Elementaire, t. 2, n° 871.

(nota 3) JOSSERAND, Derecho civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, n° 162. En el mismo sentido, C. Civil Cap., Sala A, 6/12/1960, L.L., t. 101, p. 635; Sala F, 20/3/1973, E.D., t. 51, p. 576.

(nota 4) Véase BIBILONI, nota al art. 411 del Anteproyecto; las obras de RIPERT citadas en nota 70; BAUDRY LACANTINERIE, Traité, 3ª ed., t. 15, n° 2855; RISOLÍA, M.A., Soberanía y crisis del contrato, n° 250.

(nota 5) C. de LYON, 18/4/1856, cit. por JOSSERAND, De l'esprit de droit, n° 24.

(nota 6) Cámara de los Lores, 20/7/1895, cit. por MARKOVITCH, La théorie de l'abus du droit, n° 261.

(nota 7) Ch. Rec., 3/8/1915, S. 1920, 1, 300.

(nota 8) En apoyo de este criterio, véase SALVAT, El abuso del derecho, L.L., t. 6, sec. doc., p. 51; FLEITAS, El abuso del derecho, ps. 263 y s.; MAZEAUD, H. y L., t. 1, n° 576 y s.

(nota 9) SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol. 2, n° 280 y s. y n° 288 y s.; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1273; JOSSERAND, De l'esprit des droits et le leur relativité.

(nota 10) De acuerdo: DABIN, Le droit subjectif, ps. 293 y s.; RIPERT, La regla moral, n° 89 y s.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 30/10/1935, L.L., t. 1, p. 597; íd., 4/10/1939, L.L., t. 16, p. 470; C. Civil 2ª Cap., 18/9/1939, L.L., t. 16, p. 199; íd., 12/7/1939, L.L., t. 15, p. 560; C. Com. Cap., 31/8/1938, L.L., t. 11, p. 1198; Cám. 1ª Apel. La Plata, 8/7/1947, L.L., t. 47, p. 589.

(nota 12) 27/5/1941, L.L., t. 23, p. 237.

(nota 13) C. Apel, Dolores, Bol. del Inst. de Enseñanza Práct. de Buenos Aires, 1936, n° 62.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala F, 16/5/1963, L.L., t. 111, p. 252 (que cita fallos de J.A., t. 72, p. 97; 1947-I, p. 117; y L.L., t. 45, p. 288); C. Civil 1ª Cap., 21/5/1928, J.A., t. 27, p. 751.

(nota 15) C. 1ª Apel. La Plata, 24/6/1932, J.A., t. 38, p. 897.

(nota 16) C. Civil 2ª Cap., 6/8/1940, J.A., t. 71, p. 678, con nota de ACDEEL ERNESTO SALAS.

(nota 17) C. Com. Cap., 31/9/1933, L.L., t. 11, p. 1198. Sobre la aplicación de la idea del abuso de derecho en materia procesal, véase SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol. 2, ps. 433 y s., n° 341 y s.

(nota 18) C. 2ª Apel. La Plata, 15/7/1949, t. 56, p. 602.

(nota 19) C. Apel. Rosario, 27/5/1941. L.L., t. 23, p. 237.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 20/10/1938, Bol. Inst. Ens. Práct. Buenos Aires, 1938, n° 20, párr. 184, L.L., t. 12, p. 896; íd., 17/9/1940, L.L., t. 20, p. 233 y J.A., t. 71, p. 874; íd., 3/7/1939, J.A., t. 69, p. 431; C. Civil 2ª Cap., 4/7/1940, L.L., t. 19, p. 819; C. Civil Cap., Sala C, 8/4/1953, J.A., 1953-II, p. 357 (en que se eleva la tasa lícita al 12%).

(nota 21) C.S.N., 18/4/1956, J.A., 1956-III, p. 366. De acuerdo con el criterio del Alto Tribunal: SPOTA, t. 1, vol. 2; SALVAT, Fuentes de las obligaciones, t. 3, n° 2743; LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 939; COLMO, Obligaciones, 2ª ed., p. 88; SALAS, J.A., t. 71, ps. 678 y s.; DÍAZ DE GUIJARRO, J.A., t. 50, p. 1018; ACUÑA ANZORENA, L.L., t. 16, p. 198; LEONFANTI, Abuso del derecho, ps. 67 y s. En contra: BIBILONI, nota al art. 411 del Anteproyecto. En contra: C. Civil Cap., Sala D, 5/3/1959, L.L., t. 94, p. 696, según la cual la teoría del abuso del derecho no ha sido acogida en nuestro ordenamiento positivo.

(nota 22) Sup. Corte Salta, 17/12/1953, J.A., 1954-I, p. 304, con nota de SPOTA. En sentido concordante, véase jurisprudencia citada en nota 99.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala A, 18/10/1957, L.L., t. 91, p. 531.

(nota 24) C. Apel. Bahía Blanca, 22/5/1954, J.A., 1954-IV, p. 344, con nota concordante de SPOTA.

(nota 25) C. Com. Cap., Sala A, 26/12/1958, L.L., t. 94, p. 272. La C. Civil Cap., Sala D, declaró abusiva la conducta del acreedor hipotecario en el siguiente caso: la escritura preveía la caducidad del plazo para el caso de demolición de la casa. El propietario obtuvo la desocupación de la casa por el inquilino que pagaba un alquiler congelado, la demolió e inició la construcción de un edificio de ocho plantas, todo lo cual valorizó la propiedad varias veces. Como el motivo de la prohibición de demoler era evitar la desvalorización del

inmueble, la pretensión del acreedor de hacer valer la caducidad del plazo fue juzgada por el tribunal como contraria a la buena fe y abusiva (18/11/1963, J.A., 1964-II, p. 450).

(nota 26) C. Civil Cap., Sala D, 30/11/1954, E.D., t. 18, p. 51.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala C, 13/12/1965, E.D., t. 15, p. 865, con nota aprobatoria de SPOTA.

(nota 28) C. Civil Cap., Sala A, 23/11/1953, L.L., t. 74, p. 392.

(nota 29) C.S.N, 18/4/1956, J.A., 1956-III, p. 366.

(nota 30) C. Civil Cap., 24/12/1963, E.D., t. 9, p. 221; Sala B, 7/12/1966, E.D., t. 17, p. 652; Sala C, 28/9/1964, E.D., t. 11, p. 376; C.C.C. Especial Cap., 25/3/1971; E.D., t. 42, p. 708.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala E, 8/7/76, E.D., t. 58, p. 253.

(nota 32) MARKOVITCH, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, París, 1936, nº 358; C. Civil Cap., Sala A, 18/10/1957, L.L., t. 91, p. 530.

(nota 33) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 68, véase ROUAST, Les droits discretionnaires et les droits contrôlée, Revue Trimestrielle, 1944, ps. 1 y s.

(nota 34) RIPERT, La regla moral, nº 100.

(nota 35) En este sentido, ROUAST, Les droits discretionnaires et les droits contrôlée, Revue Trimestrielle, 1944, p. 1, nº 3; DABIN, Le droit subjectif, p. 307.

(nota 36) CARRANZA, Abuso del derecho, J.A., 1969-III, p. 673, nº 7; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, nº 114, p. 333; MOLINA, Abuso del derecho, lesión e imprevisión, p. 29; DABIN, Le droit subjectif, p. 303; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 578; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 328.

(nota 37) C. Civil Cap., Sala C, 14/12/1978, E.D., t. 824, p. 628;; C. Civil Cap., Sala E, 3/3/1975, E.D., t. 61, p. 472.

(nota 38) C. Civil Cap., Sala E, 8/7/1976, E.D., t. 68, p. 253.

(nota 39) En el sentido de que puede aplicarse de oficio: C. Civil Cap., Sala C, 22/12/1981, E.D., t. 98, p. 313 (caso de interés abusivo reajustado de oficio por el Tribunal); Sala D, 21/5/1979, L.L., 1979-D, p. 90; C. Apel. 5ª Córdoba, 3/10/1986, E.D., t. 124, p. 740, con nota aprobatoria de GONZÁLEZ DE PRADA y WAYAR; C. Apel. Lomas de Zamora, J.A., 1980-III, p. 780, con nota aprobatoria de VENINI.
En contra: C.S.N., 1/4/1980, E.D., t. 88, p. 694; C. Civil Cap., Sala B, 29/4/1980, E.D., t. 88, p. 777.

(nota 40) S.C. Tucumán, 11/9/1995, L.L., fallo n° 94.022; la doctrina es unánime.

(nota 41) DABIN, PLANIOL-RIPERT-ESMEIN y COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, loc. cit en nota 105; C. Civil Cap., Sala C, 14/12/1978, E.D., t. 82, p. 628.

(nota 42) C. Civil Cap., Sala E, 8/7/76, E.D., t. 68, p. 253; íd., 3/3/1975, E.D., t. 61, p. 472; Sala D, 6/12/1960, L.L., t. 101, p. 635; C.C.C. Especial Cap., 28/6/1974, E.D., t. 58, p. 236; C. Apel. Rosario, 14/5/1948, L.L., t. 51, p. 503, C. Civil Cap., Sala C, 14/12/1978, E.D., t. 82, p. 628.

(nota 43) 14/12/1944, cit., por CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil Español, 7ª ed., t. 1, p. 312.

(nota 44) Véase SPOTA, Derecho Civil, t. 1, vol. 2, n° 498, y MARKOVITCH, La théorie de l'abus du droit en droit comparé, n° 245 y s.

1117/10130

CAPÍTULO II - FUENTES DEL DERECHO CIVIL (ver nota 1)

1117/38

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

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

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BUSO, Código Civil anotado, t. 1, coment. a los arts. 16 y s.; CASTRO y BRAVO, Derecho civil de España, 2ª ed., t. 1, ps. 327 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, 7ª ed., t. 1, ps. 116 y s.; DE DIEGO, Las fuentes del derecho civil común en general, Rev. Derecho Privado, Madrid, 1915, 2, p. 33; GÈNY, F., Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo, trad. esp., Madrid, 1925; ROUBIER, P., L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, en Études offerts à G. Ripert, París, 1950, t. 1, p. 9; Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gèny, París; GRAY, J., Fuentes del derecho público y privado, Bol. Instituto Derecho Civil de Córdoba, 1941, año 4º, nº 2 y 3, p. 453.

1117/10140

§ 1.— La ley

1117/39

39. CONCEPTO MATERIAL Y FORMAL DE LA LEY.— La ley es la fuente primera y fundamental del Derecho; su preponderancia sobre todas las demás es especialmente notable en el derecho civil.

Desde un punto de vista material o sustancial, ley es toda regla social obligatoria, emanada de autoridad competente. Por consiguiente, no sólo son leyes las que dicta el Poder

Legislativo, sino también la Constitución, los decretos, las ordenanzas municipales, los edictos policiales.

Desde un punto de vista formal, se llama ley a toda disposición sancionada por el Poder Legislativo, de acuerdo con el mecanismo constitucional. En este sentido, no sólo son leyes las normas de carácter general, obligatorias para todos los habitantes, sino también ciertos actos de autoridad, que carecen del requisito de la generalidad y que a veces se traducen en un privilegio en favor de determinada persona, como por ejemplo, una ley que otorga una pensión o la que da la concesión de un servicio público. Pertenecen también a esta categoría las llamadas leyes imperfectae, de las que nos ocuparemos más adelante (núm. 43).

1117/40

40. ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA.— Según lo ha hecho notar con acierto Kelsen, la estructura lógica de la norma jurídica es la de un juicio hipotético: dado A, debe ser B. En otras palabras: dadas ciertas premisas o condiciones fijadas en la ley, ésta impone determinadas consecuencias; así, por ejemplo, el artículo 18 Ver Texto del Código Civil dice: “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor”; dada la premisa acto prohibido por la ley, debe producirse la consecuencia, su nulidad.

En el fondo, la ley contiene siempre un mandato imperativo, condicionado a los supuestos fijados por ella.

Sin embargo, no siempre la ley condensa en una sola proposición gramatical todo aquel contenido lógico; frecuentemente la disposición completa aparece escindida en numerosas normas, a veces dispersas, que se complementan entre sí. En el primer caso, se trata de normas jurídicas autónomas o completas, porque en ellas aparece el mandato o la prohibición y la condición de su aplicación. En el segundo, de incompletas o no autónomas, que no tienen sentido sino en conexión con otras.

A estas normas incompletas o auxiliares pertenecen:

a) Las definiciones legales, como por ejemplo el artículo 944 Ver Texto , Código Civil, que fija el concepto de los actos jurídicos, el artículo 30 Ver Texto sobre personas, etcétera.

b) Las normas explicativas, como el artículo 24 Ver Texto , primera parte, que dice que “el día es el intervalo que corre de media noche a media noche”.

c) Las de remisión o reenvío, cuya aplicación está condicionada a otras normas, por ejemplo, el artículo 31 Ver Texto del Código Civil.

d) Las normas limitativas o modificatorias de otras, como por ejemplo, el artículo 848 Ver Texto del Código Civil, respecto del 846, el artículo 14 Ver Texto respecto de todos los que se refieren a la aplicación de la ley extranjera, etcétera.

1117/10150

A.— CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES

1117/41

41. a) POR SU ESTRUCTURA Y LA TÉCNICA DE SU APLICACIÓN.— Las leyes pueden ser rígidas o flexibles.

Las primeras son aquellas cuya disposición es precisa y concreta; al aplicarlas, el juez no hace sino comprobar la existencia de los presupuestos o condiciones legales e impone la única consecuencia posible, claramente fijada en la ley. Si por ejemplo, faltara la firma de los testigos, la escritura pública es nula; la mayor edad se cumple a los 21 años; etcétera.

Las segundas, por el contrario, son elásticas, se limitan a enunciar un concepto general, fluido; el juez, al aplicar la ley, tiene un cierto campo de acción, dentro del cual se puede mover libremente. Así, por ejemplo, el artículo 953 Ver Texto establece que los actos jurídicos no pueden tener un objeto contrario a las buenas costumbres. Es éste un concepto flexible, que depende no solamente de la sociedad, la época, la religión imperante, sino también de la propia conciencia individual del juez. Tiene características semejantes el concepto de buen padre de familia, tan fecundo para medir y juzgar las obligaciones y deberes que surgen de la relación familiar y que fuera utilizado en el derecho romano. Del mismo modo, nuestro Código habla de injustas amenazas, del deber de obrar con prudencia, de malos tratamientos, de equidad, de caso fortuito o fuerza mayor, del espíritu de la legislación, de principios generales del derecho, etcétera.

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

1117/42

42. STANDARDS JURÍDICOS (ver nota 1).— Dentro de este tipo de normas flexibles, han alcanzado particular relevancia, sobre todo en el derecho anglosajón, los llamados standards jurídicos, que pueden definirse como la medida media de conducta social correcta (ver nota 2). BIELSA encuentra los siguientes elementos: 1) Una valoración moral media de la conducta humana, que debe ser leal al pacto o a la norma y, además, consciente, razonable, prudente y diligente. 2) El predominio del sentido común y de la intuición de las cosas y un juicio basado en la propia experiencia, más que en los conocimientos jurídicos precisos y estrictamente aplicables. 3) Flexibilidad de contenido y aplicación de la ley, atendiendo a la época, lugar y circunstancias especiales (ver nota 3). Ejemplos típicos son el concepto de buen padre de familia, el deber de obrar con prudencia, etcétera.

1117/43

43. b) POR LA NATURALEZA DE LA SANCIÓN (ver nota 4).— Según una clasificación, cara a los antiguos jurisconsultos, las leyes pueden ser en orden a la sanción que contienen, *perfectae*, *plus quam perfectae*, *minus quam perfectae* e *imperfectae*.

1) Leyes *perfectae* son aquellas en que la sanción es la nulidad del acto; por ejemplo, son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria (art. 1041 Ver Texto , Cód. Civ.).

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

3) Leyes *minus quam perfectae* son aquellas en que la sanción no consiste en la nulidad del acto, sino en una pena que podemos llamar menos importante; por ejemplo, el que ha incurrido en dolo incidente debe pagar los daños ocasionados, pero el acto mantiene la validez (art. 934 Ver Texto , Cód. Civ.).

4) Leyes *imperfectae* son las que carecen de sanción; asumen la forma de consejo o indicación general, pero su violación no trae aparejada ninguna consecuencia legal. Estrictamente, estas leyes sólo lo son desde el punto de vista formal, puesto que han sido

sancionadas por el legislador; pero no lo son desde el punto de vista material o de fondo, ya que uno de los elementos esenciales de la norma jurídica es precisamente la sanción.

1117/44

44. c) POR SU VALIDEZ EN RELACIÓN A LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS.—
Las leyes pueden ser imperativas o supletorias.

a) Son leyes imperativas las que prevalecen sobre cualquier acuerdo de voluntad de las personas sujetas a ellas; debe cumplirse aun cuando ambas partes estimaran preferible otra regulación de sus relaciones jurídicas. En algunos casos asumen la forma de mandatos y en otros de prohibiciones; pero en cualquier caso, los particulares no pueden dejarlas sin efecto. Este concepto se vincula con la ley de orden público, que hemos de estudiar enseguida.

Dentro de estas leyes, hay una subcategoría, las leyes prescriptivas (ver nota 5), cuyas disposiciones no pueden ser alteradas o dejadas de lado por las convenciones particulares; pero una vez adquirido un derecho como consecuencia de dichas disposiciones, la parte favorecida puede renunciarlo. Así, por ejemplo, no puede renunciarse por anticipado a la prescripción o a la acción de nulidad por dolo o violencia. Pero el beneficiario puede no ejercer el derecho que la ley le brinda o renunciar expresamente a él, una vez operada la prescripción o producido el acto doloso o intimidatorio.

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

Finalmente, es necesario distinguir dentro de esta categoría de leyes que pueden ser dejadas sin efecto por las partes, las llamadas dispositivas. Las leyes supletorias propiamente dichas, se dictan teniendo en mira el interés particular de las partes, su utilidad exclusiva; se

proponen resolver los problemas que surgen de la falta de previsión de las partes. Si bien las soluciones aportadas por las leyes supletorias tienen siempre un sustento de equidad, lo cierto es que el legislador permanece neutral ante el problema; desde el punto de vista social, lo mismo da una solución que otra. La ley adopta una por razones de orden y como medio de evitar conflictos. En cambio, las leyes dispositivas no se proponen interpretar la voluntad presunta de las partes, sino más bien tienen en mira los intereses generales. Pero ese papel de bien común se satisface por la sola circunstancia de servir como regla general de las relaciones jurídicas (ver nota 6); de tal modo que su cumplimiento y respeto por las partes no es tan esencial como el de las leyes imperativas; de ahí que las partes puedan en sus contratos regular de otro modo sus relaciones jurídicas. Es conveniente ilustrar la idea con un ejemplo. La mora automática en las obligaciones a plazo es un sistema que tiene en mira la dinámica de los negocios en el mundo moderno, que satisface mejor las exigencias de la buena fe y del exacto cumplimiento de la palabra empeñada. Es un sistema que la ley establece teniendo en mira los intereses generales. Pero esos intereses se satisfacen por el solo hecho de la vigencia de la regla general; y de tal modo que nada se opone a que en sus contratos, las partes establezcan de modo expreso que al vencimiento del plazo, el acreedor deberá requerir al deudor el cumplimiento y que sin ese requerimiento no habrá mora. Es un ejemplo típico de ley dispositiva.

La precisa determinación de esta categoría de leyes tiene especial relevancia en materia de aplicación de la nueva ley (art. 3º; véase núm. 150).

1117/11730

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

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

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SPOTA, t. 1, vol. 1, n° 101 y s.; BIELSA, R., Las reglas de derecho en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia, a propósito del standard jurídico, L.L., t. 59, p. 867; POUND, R., The administrative application of legal standards; AL-SANHOURY, Le standard juridique, en Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 2, p. 144; STATI, M., Le standard juridique, París, 1927.

(nota 2) ROSCOE POUND, The administrative application of legal standards, p. 11.

(nota 3) BIELSA, R., Las reglas de derecho en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia, a propósito del standard jurídico, L.L., t. 59, p. 867.

(nota 4) BUNGE, C.O., El derecho, 2ª ed., ps. 292 y s.; BUSSO, E., t. 1, coment., art. 18, n° 4 y s.

(nota 5) También suelen llamarse dispositivas y así las designamos en nuestras primeras ediciones, pero la necesidad de evitar confusiones con la categoría de leyes dispositivas de que hablamos más adelante, nos induce a adherir a esta denominación.

(nota 6) Sobre esta distinción entre leyes meramente supletorias y leyes dispositivas, véase, MESSINEO, Manual, t. 1, 2, p. 48 y FARINA, Algunos problemas creados por el nuevo art. 1204, J.A., Doctrina, 1971, p. 254.

1117/10160

B.— LEYES DE ORDEN PÚBLICO (ver nota 1)

1117/45

45. CONCEPTO.— Una de las expresiones más frecuentemente usadas en la legislación y en la doctrina es la de ley de orden público. No obstante ello y a pesar de la importancia y número de los estudios que le han dedicado los más sabios juristas, han fracasado todos los esfuerzos para concretar la enunciación de un concepto que reúna el beneplácito general.

Es necesario dejar sentado que la cuestión tiene un enorme interés práctico, porque la doctrina tradicional atribuye a estas leyes los siguientes efectos: 1) Las partes no pueden derogarlas por acuerdo de voluntades. 2) Impiden la aplicación de la ley extranjera, no

obstante cualquier norma legal que así lo disponga. 3) Deben aplicarse retroactivamente: nadie puede invocar derechos adquiridos tratándose de leyes de orden público. 4) No puede alegarse válidamente el error de derecho, si éste ha recaído sobre una ley de este tipo.

1117/46

46.— Como se ve, los efectos atribuidos a las leyes de orden público son importantísimos; se justifica, pues, el empeño en elaborar un concepto claro y preciso. De acuerdo con el punto de vista clásico, que aún hoy es el generalmente aceptado, leyes de orden público serían aquellas en que están interesados, de una manera muy inmediata y directa, la paz y la seguridad sociales, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral; en otras palabras, las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el cual está estructurada la organización social.

La vaguedad de este concepto, resulta desconcertante a poco que se lo analice. ¿Dónde está el límite que permite distinguir las leyes que son fundamentales de las que no lo son? Todos los juristas que se han ocupado del tema, han confesado su fracaso y su impotencia ante este problema (ver nota 2). Pero JAPIOT es quien ha dicho las palabras definitivas: “El orden público debe, es preciso admitirlo, parte de su majestad, al misterio que lo rodea; prácticamente su superioridad se ha manifestado, sobre todo, por el hecho de que ha quedado siempre por encima de los esfuerzos intentados por los juristas para definirlo” (ver nota 3).

1117/47

47. NUESTRA OPINIÓN.— La noción clásica del orden público es fundamentalmente equívoca; como no ha sido posible establecer un concepto preciso de él, nunca ha servido eficazmente, para saber si una ley extranjera es aplicable o no, si una ley puede o no aplicarse retroactivamente, etcétera. Con el mismo concepto de orden público, ha querido encontrarse la solución de problemas de tan distinta naturaleza como son la autonomía de la voluntad, la aplicación de la ley extranjera, la retroactividad de la ley y el error de derecho. Se ha intentado definir el orden público teniendo en cuenta la utilidad que se pretendía extraer de él en tan diversas cuestiones jurídicas. Necesariamente, el fracaso debía acompañar estos esfuerzos.

Pero si se intenta precisar el concepto de ley de orden público, centrando la atención en él, y sólo en él, dejando para después de haberlo definido las posibles aplicaciones de la idea, creemos que la tarea no resulta insuperable, sino, por el contrario, sencilla.

Las palabras mismas están dando la solución: una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las que sólo juega un interés particular. Por eso, las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas; por el contrario, las de orden privado son renunciables, permisivas, confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras. De donde surge que toda ley imperativa es de orden público: porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento; en otras palabras, porque se trata de una ley de orden público. En conclusión, leyes imperativas y leyes de orden público, son conceptos sinónimos (ver nota 4). Esta tesis está abonada, en nuestro derecho positivo, por el artículo 21 Ver Texto del Código Civil, que dice así: Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

Para el Código, por consiguiente, existen dos tipos o categorías de normas en lo que atañe a este punto: las que pueden ser dejadas sin efecto por las partes —que son las llamadas supletorias, interpretativas o permisivas— y las que no pueden serlo, que el Código llama de orden público y que son precisamente las imperativas, puesto que lo que caracteriza y configura a éstas, es que las partes no pueden dejarlas sin efecto.

1117/48

48.— Estamos, por consiguiente, de acuerdo con la doctrina clásica en que las leyes de orden público impiden el libre juego de la autonomía de la voluntad. Pero nuestro acuerdo concluye allí. Para la citada doctrina, no todas las leyes imperativas son de orden público, sino que éstas formarían un pequeño grupo dentro del género que serían las leyes imperativas. La falsedad de este concepto ha quedado ya demostrada.

También diferimos de la doctrina clásica —y esta discrepancia es mucho más trascendental todavía— en lo que se refiere a la relación de la noción de orden público con los problemas de la aplicabilidad de la ley extranjera, de la retroactividad de la ley y del error de derecho. A la inversa de lo que se ha sostenido hasta el presente (ver nota 5), creemos que la noción de orden público no juega ningún papel ni tiene posibilidad de aplicación práctica en ninguno de aquellos problemas. En lo que atañe a la retroactividad de la ley y al error de derecho, nos remitimos a los números 147 y 1138 y siguientes, en los que procuraremos probar esta tesis, limitándonos ahora a demostrar la inaplicabilidad de la noción de orden público al problema de la extraterritorialidad de la ley.

1117/49

49. LA LEY DE ORDEN PÚBLICO Y LA CUESTIÓN DE LA INAPLICABILIDAD DE LA LEY EXTRANJERA.— Sostiene la doctrina clásica que los jueces nacionales deben abstenerse de aplicar la ley extranjera —aun cuando ello resultara de otras leyes o tratados— si su aplicación importa una violación de las leyes de orden público del país en que el caso se juzga.

Consideramos que el planteo de la cuestión, así formulado, es radicalmente falso: a) En primer término, la aplicación de la idea del orden público al problema de la extraterritorialidad de la ley ha fracasado en la práctica, porque los juristas no han podido ponerse de acuerdo sobre el punto capital: cuáles leyes son de orden público y cuáles no (ver nota 6). Como es natural, una noción confusa, incoherente, sobre la cual cada autor tiene su propio y diferente concepto, no puede servir de cartabón para saber cuándo corresponde o no la aplicación de la ley extranjera. Invocando el orden público, algunos autores y tribunales rechazan la aplicación de una ley extranjera, que otros autores y tribunales aceptan, invocando también el orden público (ver nota 7). En vista de la imposibilidad de precisar qué cosa es el orden público y para “evitar la incertidumbre a que conduce la arbitrariedad judicial y compromete por ello mismo el interés de los particulares” que resulta de la vaguedad de aquella noción, el Institut de Droit International aconsejó que cada legislación determine, con toda la precisión posible, aquellas de sus leyes que no podrán ser jamás descartadas por una ley extranjera (ver nota 8). b) En segundo término, si es exacto que el único concepto valedero de ley de orden público es aquel que la identifica con la imperativa, es evidente que la aplicación de la ley extranjera no podría ser detenida por cualquier ley imperativa o de orden público, porque entonces no habría posibilidad de aplicar aquella nunca o casi nunca. Pero hay todavía más: la norma que ordena la aplicación de la ley extranjera, por ser imperativa, es también de orden público. Si se impone la aplicación de aquella es, sin duda, porque se considera que hay un interés público, general, en otras palabras, una razón de orden público, comprometida en ello. De no ser así, de no mediar una muy poderosa razón de ese orden, no se dispondría la aplicación de la ley extranjera, lo que siempre importa una anomalía. Las leyes que imponen esa aplicación son, pues, de orden público. ¿Cómo puede, por consiguiente, invocarse el orden público para negar vigencia a una ley extranjera, cuando ésta se ha declarado aplicable justamente por una ley de orden público? Hay en todo ello una contradicción insoluble.

Consideramos que la razón fundamental por la cual los jueces deben abstenerse de aplicar una ley extranjera, si su aplicación procediera de acuerdo a las normas de derecho internacional privado, es porque aquella norma viola un precepto constitucional. Una sola hipótesis escapa a esta explicación: la de las leyes llamadas de emergencia, de las cuales nos ocuparemos más adelante.

1117/50

50.— La demostración de esta tesis, resulta muy sencilla en nuestro derecho positivo.

VÉLEZ SARSFIELD, con su agudo sentido práctico y esa sensatez tan propios de él, se abstuvo cuidadosamente de hablar de orden público en el artículo 14 Ver Texto , y siguiendo a FREITAS (Esboço, art. 5º), hizo una enumeración de los casos en que la ley extranjera no es aplicable. Dice así: Las leyes extranjeras no serán aplicables:

- 1) Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos o a la moral y a las buenas costumbres;
- 2) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código;
- 3) Cuando fueren de mero privilegio;
- 4) Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.

Esta enumeración es, a todas luces, susceptible de una simplificación. Ante todo, nada se perdería con eliminar el inciso 2º. El espíritu de la legislación de este Código es una idea vaga, imprecisa, que ninguna utilidad práctica puede tener ni la ha tenido. Hasta el mismo ejemplo que trae la nota puesta por VÉLEZ al pie de este inciso, demuestra su inutilidad, pues en ella se alude a la muerte civil. Tal institución no podría ser aplicada nunca por nuestros jueces, porque es contraria a nuestro derecho público y a la moral y buenas costumbres, y además porque el propio Código Civil establece que las incapacidades de derecho son simplemente territoriales (arts. 9º Ver Texto y 949 Ver Texto).

Del mismo modo, es evidente que cabe eliminar de la enumeración al derecho criminal, que queda comprendido dentro del concepto de derecho público; y a la religión del Estado, la tolerancia de cultos y las leyes de mero privilegio, pues todos éstos son problemas de derecho público y quedan por consiguiente, incluidos en él.

Por tanto, la enumeración del artículo 14 Ver Texto queda reducida a la siguiente: la ley extranjera no es aplicable: 1) Cuando se oponga al derecho público de la República; 2) Cuando fuere contraria a la moral y a las buenas costumbres; 3) Cuando las leyes nacionales, en colisión con las extranjeras, sean más favorables a la validez de los actos.

La última hipótesis no tiene, desde luego, nada que ver con el concepto clásico de orden público. Es una simple norma que integra el sistema de derecho internacional privado de nuestro Código; de acuerdo con él, las leyes extranjeras deben ser aplicadas por los jueces

siempre que se llenen ciertas condiciones. Así, por ejemplo, si se trata de una ley referente a la capacidad de hecho, es necesario: 1) que sea la ley del domicilio; 2) que la ley nacional no sea más favorable a la validez del acto; 3) que sea pedida y probada por la parte interesada. Estos son los requisitos previos y necesarios para que proceda en principio la aplicación de la ley extranjera. Cuando todos ellos están reunidos, todavía debe el juez analizar si aquella ley no se opone a ciertos principios de orden superior que, en nuestro caso, han quedado reducidos a dos: que no sea contraria a nuestro derecho público y que no sea repugnante a nuestro concepto de la moral y de las buenas costumbres.

Pero la noción de derecho público no es todo lo precisa que sería de desear; inclusive está en discusión el contenido mismo del derecho público y el privado (véase núm. 15). Decir que las leyes extranjeras se detienen ante las leyes nacionales de derecho público, significa dejar en pie numerosas y graves dificultades. El único criterio preciso y jurídico para resolver aquéllas, es referir la inaplicabilidad de la ley extranjera a la violación de un precepto constitucional. De esta manera quedan protegidas todas las leyes fundamentales de derecho público; y todo aquello que tan desacertadamente se pretendía salvaguardar con la noción clásica de orden público; porque si de acuerdo con BAUDRY-LACANTINERIE, orden público son “aquellas ideas sociales, políticas, religiosas a veces, a cuya observancia cree una sociedad ligada su existencia” (ver nota 9), es evidente que todo eso es precisamente lo que está resguardado por la Constitución de un país. En este cuerpo legal tiene su amparo todo aquello que una sociedad considera fundamental para su existencia como tal. No es concebible que haya un interés de orden social, realmente básico, fundamental, que no encuentre su amparo en la Carta Magna. Con lo cual no pretendemos decir, claro está, que sólo las normas constitucionales son de orden público, pues muchas leyes propiamente dichas, tienen ese carácter. Pero sí queremos decir que la aplicación de la ley extranjera sólo se detiene ante una ley de orden público constitucional. Inclusive resulta indispensable refundir el principio de la moral y de las buenas costumbres en el régimen constitucional. Es evidente que la aplicación de una ley contraria a la moral y a las buenas costumbres, haría resentir los fundamentos mismos del orden constitucional del país. Aquel principio se halla implícito en todo el sistema de la Constitución y particularmente en las normas que tienen un contenido ético, comenzando por el propio Preámbulo (ver nota 10).

Las dos causas de inaplicabilidad de la ley extranjera, en que se refunde toda la enumeración del artículo 14 Ver Texto del Código Civil —violación del derecho público o de la moral y buenas costumbres—, se resumen, pues, en una sola: violación de una norma constitucional.

1117/51

51.— El estudio de la jurisprudencia de los tribunales nacionales, corrobora el acierto de esta tesis. Un análisis exhaustivo de todos los casos en que aquéllos han declarado la inaplicabilidad de una ley extranjera fundados en que violaba el orden público nacional o en algunas de las normas del artículo 14 Ver Texto , nos ha permitido comprobar que

siempre, sin excepción alguna, estaba implicado un precepto de orden constitucional, considerando tal, repetimos, la protección de la moral y las buenas costumbres.

Con lo expuesto, está ya claro que la ley extranjera resulta inaplicable en nuestro país cuando ello importa violar un precepto constitucional. Vale decir que la inaplicabilidad de la ley extranjera obedece a idénticas razones que la inaplicabilidad de la ley nacional. Y es lógico que sea así, puesto que si una ley nacional establece que una determinada relación de derecho está regida por una ley extranjera, ésta viene a formar parte del derecho nacional, es decir, lo integra. Pero como las leyes nacionales, aunque sean de orden público, no son aplicables si violan un precepto constitucional, tampoco lo son las extranjeras por idéntica razón.

Así planteada la vieja cuestión de los límites a la aplicación de la ley extranjera, adquiere una total simplicidad y lógica y se concluye con una incertidumbre que parecía insuperable.

1117/11740

51 bis.— Hemos dicho ya que hay un caso que debe considerarse por separado: el de las llamadas leyes de emergencia. Se trata de leyes circunstanciales, dictadas por imposición de condiciones económicas o sociales pasajeras y con las cuales no se procura una regulación permanente de las relaciones jurídicas, sino una solución eminentemente transitoria, tan transitoria que la legislación de fondo no queda derogada sino suspendida temporariamente a la espera de la normalización de las circunstancias.

Puede ocurrir que del juego de las normas de derecho internacional privado resulte la aplicación de una ley extranjera que choque con una ley de emergencia. En tal caso, aquélla sería inaplicable, porque las mismas razones que han hecho necesaria la suspensión de la legislación normal y permanente nacional impiden, también temporalmente, la aplicación de la ley extranjera. En este caso, no es un precepto constitucional el que detiene la aplicación de ésta, sino una razón de emergencia nacional.

1117/52

52. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN LEGISLATIVA DE QUE LA LEY ES DE ORDEN PÚBLICO.— Con frecuencia cada vez mayor, las leyes suelen contener una disposición de orden general que les confiere el carácter de orden público. El alcance de tal declaración es dejar sentado que las normas de la ley son imperativas y que los otorgantes de un acto jurídico no pueden apartarse de ellas, bajo pena de nulidad.

Los jueces no pueden juzgar acerca de si tales leyes son o no de orden público, puesto que la potestad del Poder Legislativo de reducir el campo de la autonomía de la voluntad en materia contractual es indiscutible, salvo en cuanto puede afectar alguna garantía constitucional. Sin embargo, suele ocurrir que las leyes declaradas de orden público son extensas y complejas, conteniendo a veces disposiciones en cuyo cumplimiento es evidente que no hay un interés público comprometido. Si resulta claro que los fines de la ley no se perjudican en lo más mínimo con la derogación contractual de aquellas disposiciones, si es patente que lo que se ha querido asegurar es el carácter imperativo de otros preceptos, el juez no debe considerarse obligado por la declaración de que la ley es de orden público, y debe admitir, por consiguiente, la validez de los contratos que deroguen estas normas, evidentemente supletorias (ver nota 11).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BORDA, G.A., Retroactividad de la ley y derechos adquiridos, Buenos Aires, 1951; ARAUZ CASTEX, M., La ley de orden público, Buenos Aires, 1945; ZABALLA, P., Estudio sobre el orden público en el art. 21 del Código Civil Argentino, Buenos Aires, 1946; DE ROA, O., Del orden público en el derecho positivo, Buenos Aires, 1926; MARTÍNEZ PAZ, E., El concepto de orden público en el derecho privado positivo, Rev. Col. Abogados Buenos Aires, 1942, p. 666; CALANDRELLI, A., La noción de orden público, Rev. Facultad de Derecho de Buenos Aires, t. 20; ALFONSÍN, Q., El orden público; BUSSO, t. 1, coment. art. 21; LEGÓN, F., El cariz dictatorial de la ley en el sector de los derechos reales, Rev. Facultad de Derecho de Buenos Aires, sept.-dic., 1950, p. 1441; VAREILLES SOMMIERES, Des lois d'ordre public et de la derogation des lois, p. 115; ALGLAVE, Action du ministère public et theorie des droits d'ordre public en matière civile, París, 1874; GOUNOT, E., Le principe de l'autonomie de la volonté, Bruselas-París, 1878; MARMION, Des lois d'ordre public en droit civil interne, París, 1826; LIENHARD, Le rôle et la valeur de l'ordre public; LOUIS-LUCAS, Remarques sur l'ordre public, Revue de Droit International Privé, 1933, p. 397; BIRAUD, Contribution a l'étude de l'ordre public; SOLODOVNIKOFF, P., La notion de l'ordre public, París, 1936; HEALEY, T., Théorie générale de l'ordre public, Revue de la Academie de Droit International, 1925, t. 4.

(nota 2) Veamos, a manera de ejemplo, algunas opiniones elocuentes: BIBILONI, J.A.: "Los juriconsultos más famosos no saben qué es esto del orden público" (Reforma del Código Civil, Actas de la Comisión, Buenos Aires, t. 1, p. 130); FEDOZZI: "La noción de orden público es inaprensible" (Clunet, 1879, p. 72); SOLODOVNIKOFF: "La doctrina se ha confesado impotente para dar una explicación de la noción de orden público" (La notion de l'ordre public en droit international privé, p. 135); BARTIN: "El orden público es un enigma" (Etudes de droit international privé, p. 154), etc. En nuestro trabajo Concepto de ley de orden público, L.L., t. 58, p. 997, hemos acumulado una interesante documentación sobre esta perplejidad frente a la noción de orden público, que al decir de O. DE ROA, ha desesperado a los juristas (Del orden público en el derecho positivo, 1926, p. V del Prólogo).

(nota 3) JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, p. 302.

(nota 4) De acuerdo: ARAUZ CASTEX, M., La ley de orden público, n° 17 y s.; ZABALLA, P., Estudio sobre el orden público en el artículo 21 del Código Civil Argentino, ps. 323 y s.; DÍAZ DE GUIJARRO, El interés familiar como fórmula propia del orden público en materia de derecho de familia, J.A., 1952-II, p. 435, n° 2; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, p. 191, § 45, ap. IV; MARMION, Des lois d'ordre public en droit civile interne, París, p. 91; LIENHARD, W., Le rôle et la valeur de l'ordre public, p. 18. En sentido semejante, aunque no perfectamente coincidente: LOUIS-LUCAS, Remarques sur l'ordre public, Revue de droit international privé, 1933, p. 397.

(nota 5) Es necesario destacar, sin embargo, en completa oposición a las ideas clásicas, la tesis de ARAUZ CASTEX. Sostiene este autor que el planteo tradicional según el cual la noción del orden público sería necesaria para justificar la prevalencia de la ley sobre los principios de la autonomía de la voluntad, irretroactividad y extraterritorialidad de la ley, es inútil y falso. Para lograr igual resultado, basta afirmar el vigor imperativo de la ley, que es de su naturaleza y no necesita, por tanto, ser justificado, pero que se detiene en el campo de las garantías constitucionales, ensanchado por el legislador en homenaje a la voluntad individual o a la comunidad internacional. El planteo resultaría así, precisamente inverso al tradicional (op. cit., n° 17 y s.).

Diferimos de este punto de vista, en cuanto explica la detención de la ley imperativa ante el principio de la irretroactividad de la ley por razón de afectar garantías constitucionales. Cuando la Constitución protege un derecho, lo hace con carácter permanente, en tal forma que la ley será válida, no porque pretenda tener efectos retroactivos, sino porque pretende lesionar un derecho constitucionalmente protegido, sea que disponga para el pasado o sólo para el futuro. Sobre este punto hemos de volver con amplitud en los núms. 138 y s. Tampoco nos parece satisfactoria la explicación de que el legislador limita la aplicación de la ley imperativa o de orden público en homenaje a la comunidad internacional, no sólo porque de esta manera queda intacto el problema de cuándo corresponde y cuándo no, la aplicación de la ley extranjera, sino porque creemos más clara la solución que proponemos en el texto (núms. 49 y s.).

(nota 6) Sobre esta perplejidad de los tratadistas de derecho internacional privado, véase BORDA, G.A., Concepto de la ley de orden público, L.L., t. 58, p. 997, n° 12.

(nota 7) Como ejemplo de contradicciones bien notables, véanse los recordados por BUSSO, Código Civil Anotado, t. 1, comentario al art. 14, n° 59 y sus remisiones.

(nota 8) Cit. por HEALY, Théorie générale de l'ordre public, Academie de Droit International, 1925, t. IV, p. 473.

(nota 9) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Des persones*, t. 1, p. 239, n° 266.

(nota 10) CASARES, T.D., *La justicia y el derecho*, 2ª ed., Apéndice IV, p. 284.

(nota 11) Sólo con este alcance, es posible admitir la doctrina sentada por la C.S.N., 19/9/1947, L.L., t. 48, p. 330 y la C. Civil 2ª Cap., 24/12/1948, J.A., 1949-I, p. 603, que afirmaron que no basta que el legislador declare de orden público una ley, para que ésta tenga realmente ese carácter y que hay que examinar en cada caso si presenta una trascendencia tal que su violación altere gravemente los principios fundamentales en que se asienta la legislación del país.

1117/10170

§ 2.— La costumbre (ver nota 1)

1117/53

53. IMPORTANCIA COMO FUENTE DEL DERECHO.— La importancia de la costumbre como fuente de derechos y de obligaciones, ha variado fundamentalmente a través del tiempo. En las sociedades poco evolucionadas era la principal fuente del Derecho; pero a medida que las relaciones humanas se fueron haciendo más complejas y múltiples, fue necesario ir determinando con más precisión de lo que la costumbre permite, los derechos y las obligaciones de los hombres. Falta de precisión, de certeza y de unidad son los grandes defectos de la costumbre; por esta misma razón, la técnica legislativa fue perfeccionándose paulatinamente y, al mismo tiempo, el campo de la costumbre se fue estrechando. También contribuyeron a su decadencia las grandes revoluciones sociales, pues la implantación de un nuevo orden exigía a veces la abrogación en bloque de las antiguas costumbres (así ocurrió con la revolución francesa y con la rusa); por último, la influencia del racionalismo y el auge de la teoría de que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, hizo mirar con desconfianza esta fuente del derecho, que en el fondo importa una ley nacida espontáneamente del pueblo y no establecida por el Parlamento.

En el derecho contemporáneo, el papel de la costumbre es, sin duda, modesto, si se lo compara con la ley. Pero el realismo que caracteriza el sentimiento jurídico de nuestros días ha hecho reverdecer su prestigio como fuente del derecho. La idea de una abdicación completa, absoluta por parte de la colectividad y en favor de sus poderes constituidos, de su aptitud para crear el derecho, es quimérica y pueril, dice JOSSERAND; la canalización perfecta del derecho es ilusoria; hágase lo que se haga, la vida continúa y su curso nadie

puede detenerlo ni cristalizarlo en un momento dado y para siempre (ver nota 2). Las legislaciones más recientes le reconocen expresamente su papel de fuente y así lo ha hecho en nuestro país la ley 17711 al reformar el artículo 17 Ver Texto .

Por lo demás, la gran virtud de la ley, que es su claridad y precisión, se está perdiendo en nuestros días ante la manía legisferante de los poderes públicos. La legislación contemporánea es tan copiosa, a veces tan desordenada y hasta contradictoria, que su conocimiento resulta cada vez más difícil. Frente a estas normas, muchas veces desprestigiadas, una sólida, espontánea costumbre, adquiere un prestigio y, cosa singular, una claridad y justeza remarcables.

1117/54

54. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE.— Para que exista costumbre, en la acepción jurídica de la palabra, deben reunirse dos elementos: a) el material, que consiste en un serie de actos repetidos de manera constante y uniforme; no es indispensable el largo uso de que hablaban los antiguos juristas y en particular los canonistas, pues es evidente que hay costumbres de formación muy reciente y que, sin embargo, tienen fuerza obligatoria (ver nota 3), aunque sin duda un uso prolongado contribuye a hacerlas más venerables; en cambio, es necesario que el uso sea general, es decir, observado por la generalidad de las personas cuyas actividades están regidas por aquél, no bastando que sea la práctica de algunas pocas (ver nota 4); b) el psicológico, que consiste en la convicción común de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica; por consiguiente, los simples usos sociales, que en la opinión general no tienen relieve jurídico, no pueden considerarse costumbres en el sentido de fuente del derecho. Tal es el caso de los presentes de uso en ocasión del casamiento, del cumpleaños, de Navidad, que no generan derecho alguno.

1117/55

55.— Algunos autores señalan un elemento negativo: la costumbre no debe ser irracional (ver nota 5). Se entiende por tal la que es contraria al buen sentido o a ciertos principios superiores de orden moral o social. Entendemos que este problema no puede plantearse, por lo menos en nuestro derecho. Hemos dicho ya que uno de los elementos de la costumbre es la convicción general de que se trata de una práctica jurídica. Un uso irracional no puede generar esa convicción. Por lo demás, si fuese contraria a la moral y a las buenas costumbres, si atentara contra algún principio superior de orden jurídico, social (todo lo cual está protegido por la Constitución Nacional, pues no hay ningún principio realmente básico para nuestra organización social que no tenga cabida en ella), estaríamos en una costumbre contra legem y, por ende, inválida.

1117/56

56. RÉGIMEN LEGAL.— El artículo 17 Ver Texto del Código Civil disponía: Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes. El uso, la costumbre o la práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos.

Como puede advertirse, el artículo 17 Ver Texto no sólo proscribía la costumbre contra legem —lo que es natural— sino también la que colma un vacío de la ley. Esta solución era propia del pensamiento racionalista. Puesto que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes (art. 22 Ver Texto , Const. Nac.) y que ningún habitante puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ello no prohíbe (art. 19 Ver Texto , Const. Nac.), la conclusión parece clara: la costumbre no puede ser fuente de derecho a menos que la misma ley la convalide.

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

1117/57

57.— Todo ello explica que, no obstante lo dispuesto en el artículo 17 Ver Texto , Código Civil, los tribunales reconocieran en ciertos casos excepcionales fuerza obligatoria a costumbres imperantes en materias en que la legislación civil había guardado silencio. Ejemplo típico es el nombre. Mucho antes de que se dictara la actual legislación sobre nombre, todo su régimen jurídico estaba basado en la costumbre, a la que los jueces reconocían y reconocen fuerza obligatoria. Otro ejemplo interesante es el relativo a los sepulcros, a cuya enajenación se han opuesto los jueces, salvo conformidad de todos los condóminos, invocando las costumbres del país (ver nota 6); por la misma razón, los han excluido de la prenda común de los acreedores (ver nota 7).

1117/58

58.— La ley 17711 acogió el principio de que la costumbre es fuente de derecho ante el silencio de la ley. El nuevo artículo 17 Ver Texto dice así: Los usos y costumbres no

pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

Esta norma significa un importante avance de la costumbre como fuente del derecho. Los jueces, liberados de la prohibición que surgía del antiguo artículo 17 Ver Texto , podrán hacer una amplia aplicación de la costumbre ante el silencio de la ley, lo que, sin duda, contribuirá a enriquecer el derecho positivo con el aporte silencioso pero constante de la comunidad. La formación espontánea del derecho, tan alabado por SAVIGNY, adquirirá renovado vigor.

1117/59

59.— Pero hay un punto en el que el nuevo artículo 17 Ver Texto coincide con el anterior: la costumbre contra legem carece de valor jurídico. Este principio es elemental en todo derecho positivo; de lo contrario se fomentaría la desobediencia, pues bastaría que la comunidad se opusiera al cumplimiento de una ley para que ésta cayera en desuso y perdiera su fuerza obligatoria.

Es necesario, pues, afirmarlo: la costumbre no puede derogar ni sustituir una ley. Pero si este principio, como tal es indiscutible, también es verdad que en ocasiones ha habido que admitir que no puede aplicarse a algunas situaciones singulares. En efecto, la vida del derecho es tan vigorosa, que más de una vez los tribunales se han visto forzados a admitir la derogación de la ley por la costumbre y a reconocer el predominio de ésta sobre aquélla (ver nota 8).

Nuestra jurisprudencia registra algunos casos interesantes.

Se ha decidido que el artículo 116 Ver Texto del Código de Comercio, que dispone que ningún rematador podrá admitir posturas por signo ni anunciar puja alguna sin que el mayor postor la haya expresado en voz clara e inteligible, ha quedado derogado por la práctica, que admite posturas por señas; por consiguiente, el postor que lo ha hecho de esta manera no puede invocar aquella disposición legal para pretender que no está obligado a comprar (ver nota 9). Se ha resuelto que el desuso de ciertos reglamentos de tránsito provoca su caducidad (ver nota 10).

Naturalmente, estas decisiones son excepcionales y sólo pueden darse en hipótesis extraordinarias (ver nota 11); pero creemos que las características propias de la legislación contemporánea obligarán a los jueces a no aplicar ciegamente el principio de que las leyes sólo pueden ser derogadas por otras leyes y a admitir con relativa frecuencia que el desuso hace caducar ciertas disposiciones legales. Hemos dicho ya (núm. 22) que la legislación

moderna es copiosísima y que los decretos, reglamentos, ordenanzas, resoluciones ministeriales, etcétera, se multiplican en forma extraordinaria, derogando con frecuencia reglamentaciones anteriores y aun haciendo revivir disposiciones que habían quedado derogadas. En este desorden legislativo, no pocas veces algunas normas caen en desuso sin haber sido derogadas expresamente, pero con el consentimiento tácito de las propias autoridades encargadas de ponerlas en vigencia y aplicarlas. Con frecuencia, la ley ha sido dictada en mira de acontecimientos pasajeros (guerras, crisis, etc.) pasados los cuales dejan de aplicarse. Forzoso será que en tales casos los jueces se pronuncien por la caducidad de la norma, como ya se ha hecho con algunas reglamentaciones de tránsito. El desuso sería en tales casos “el poder invisible por el cual, sin violencia y sin conmoción, los pueblos se hacen justicia de las malas leyes que parecen proteger a la sociedad contra las sorpresas causadas al legislador y aun al legislador contra sí mismo (ver nota 12).

1117/60

60. LA CUESTIÓN EN MATERIA COMERCIAL.— El papel de la costumbre es mucho más amplio en materia comercial que en civil, porque las características peculiares de las actividades regidas por aquella rama del derecho así lo exigen. El comercio se desenvuelve en buena medida de acuerdo a usos y prácticas cuyo valor jurídico debe ser reconocido, so pena de dañar la confianza y buena fe que deben presidir las actividades mercantiles.

No sólo las referencias de la legislación comercial a la costumbre son más numerosas e importantes que las que contiene la civil, sino que el Código de Comercio establece, en su título preliminar, disposiciones que tienen una significación especial: de acuerdo con los artículos II y V, las costumbres mercantiles, deben tenerse en cuenta para fijar los efectos y la interpretación de los contratos.

1117/61

61.— No obstante ello, es preciso recordar que, por imperio de lo dispuesto en el artículo I de ese mismo Título, el Código Civil debe aplicarse supletoriamente en las materias no legisladas por el Código de Comercio. No encontramos, por consiguiente, ningún asidero legal a la opinión según la cual la costumbre mercantil vendría a tener un lugar preferente al mismo Código Civil en caso de omisión de la ley comercial (ver nota 13).

1117/62

62. PRUEBA DE LA COSTUMBRE.— Se ha discutido si la costumbre debe ser o no probada por la parte que la alega. Se aduce en favor de la exigencia de la prueba, que se trata de hechos y que, como tales, deben probarse.

Por nuestra parte, pensamos que tal punto de vista es erróneo, La costumbre importa una norma jurídica y por consiguiente el juez puede y debe aplicarla, si tiene conocimiento de ella, sin necesidad de prueba alguna. Pero ocurre con frecuencia que aquél no conoce personalmente la costumbre; en ese caso, es natural que deba exigir la prueba (ver nota 14). Así lo han resuelto en numerosos casos nuestros tribunales (ver nota 15). De lo dicho se desprende que esa prueba puede ser ordenada de oficio por el juez (ver nota 16).

1117/63

63.— En cuanto a los medios de prueba, debe aceptarse cualquiera que, a criterio del magistrado, ofrezca la seriedad necesaria (ver nota 17). Por ello, algunas veces se ha considerado insuficiente la prueba de testigos, exigiéndose informes de instituciones mercantiles (ver nota 18) y muy particularmente, de la Bolsa de Comercio (ver nota 19).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBÍAS, t. 1, n° 64 y s.; BUSO, Código Civil Anotado, t. 1, coment. al art. 17; MOSSET ITURRASPE, Meditaciones sobre la costumbre como fuente de derecho, E.D., t. 85, ps. 871 y 873; LEBRUN, La coùtume, ses sources, son autorité en droit privé, Caen, 1932; GÈNY, F., Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo, Madrid, 1925, ps. 309 y s., n° 109 y s.; JOSSERAND, Derecho Civil, Buenos Aires, t. 1, vol. 1, ps. 99 y s., n° 96 y s.; ALTAMIRA, R., Le droit coùtumier espagnol moderne, en Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 2, p. 269, con una prolija bibliografía española sobre el tema; HEINRICH, W., Recherches sur la problematique du droit coùtumier, en Recueil en l'honneur de F. Gèny, t.2, p. 277; GRAY, J., The nature and sources of law, New York, 1938, ps. 282 y s.

(nota 2) JOSSERAND, t. 1, vol. 1, n° 101.

(nota 3) De acuerdo: BUSO, t. 1, coment. art. 17, n° 45; DE RUGGIERO, R., Instituciones de derecho civil, Madrid, 1945, p. 81. Comp.: SALVAT, Parte General, 4ª ed., p. 14, n° 29; y GÈNY, Método de interpretación, p. 347, n° 119.

(nota 4) COVIELLO, Doctrina general del derecho civil, ed. México, p. 52; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 154; GÈNY, Método de interpretación, ed. Madrid, ps. 367 y s., n° 122.

(nota 5) GÈNY, op. cit., en nota anterior, ps. 363 y s., n° 121.

(nota 6) C. Civil, 1ª Cap., 29/4/1935, J.A., t. 50, p. 121; C. Civil 2ª Cap., 28/10/1937, J.A., t. 50, p. 185; C. Com. Cap., 23/4/1931; J.A., t. 35, p. 739 y notas en J.A., t. 28, p. 95 y t. 35, p. 739.

(nota 7) C. Civil 2ª, La Plata, 4/4/1939, J.A., t. 66, p. 349.

(nota 8) Sobre este punto, véase SPOTA, t. 1, vol. 1, ps. 409 y s., n° 139 y s.; íd., ¿Hay caducidad de los reglamentos de tránsito por desuso de los mismos?, L.L., t. 25, ps. 198 y s.; LLAMBÍAS, Parte General, t. 1, n° 70; ARAUZ CASTEX, Parte General, n° 59; CRUET, J., *La vie du droit et l'impuissance des lois*, París; JOSSERAND, Derecho Civil, t. 1, vol. 1, p. 106, n° 101.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 19/2/1936, J.A., t. 53, p. 326.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 29/10/1941, J.A., t. 25, p. 198, con nota de SPOTA.

(nota 11) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 149.

(nota 12) Discurso Preliminar del Código Napoleón, cit. por JOSSERAND, Derecho Civil, t. 1, vol. 1, p. 106, n° 101, quien agrega por su parte: “En realidad el tiempo acaba con todo, hasta con lo ridículo: ‘Hasta los dioses mueren’ y lo mismo ocurre con las leyes; se gastan a la larga por el uso y se hunden en el olvido, lo mismo que las instituciones y las palabras”. En sentido coincidente MOSSET ITURRASPE, *Meditaciones sobre la costumbre como fuente del derecho*, E.D., t. 85, p. 871. Recordemos también la expresión de CRUET: “Sí, es cierto que el desuso mata las leyes, pero es preferible no decirlo” (*La vie du droit*, p. 258).

(nota 13) SPOTA, t. 1, vol. 1, n° 134; CASTILLO, R.A., *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires, 1939, t. 1, n° 16 y s.; CERMESONI, F., *Contratos comerciales*, Buenos Aires, 1922, ps. 226 y s. y 414 y s.

(nota 14) De acuerdo, SALVAT, Parte General, 4ª ed., n° 30; GÈNY, *Método de interpretación*, p. 346, n° 118; DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 87; COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, ed. México, ps. 54 y s.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala B, 23/2/1955, L.L., t. 81, p. 503; C. Com. Cap., 21/4/1937, L.L., t. 6, p. 454; Sup. Corte Buenos Aires, 25/2/1938, L.L., t. 9, p. 738.

(nota 16) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 157. in fine y 158.

(nota 17) C. Com. Cap., 19/8/1926, J.A., t. 55, p. 589 y L.L., t. 3, p. 583; C. Apel. Rosario, 5/8/1939, L.L. t. 11, p. 931.

(nota 18) C. Com. Cap., 3/8/1926, J.A., t. 25, p. 1046.

(nota 19) SALVAT, Parte General, 4ª ed., nº 31; BUSSO , t. 1, coment. art. 17, nº 90.

1117/10180

§ 3.— La jurisprudencia (ver nota 1)

1117/64

64. CONCEPTO.— Desde el punto de vista etimológico, jurisprudencia significa conocimiento del derecho; por ello, el Diccionario de la Real Academia define la jurisprudencia como la “ciencia del Derecho”.

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

1117/65

65. SU VALOR COMO FUENTE.— Se discute en doctrina si la jurisprudencia debe o no ser considerada como una fuente del Derecho. Desde el punto de la lógica estricta, la razón parece estar de parte de quienes le niegan categoría de fuente sustantiva, formal e independiente, puesto que los tribunales no hacen (o mejor dicho, no dicen hacer) otra cosa

que aplicar la ley: siempre es la ley la que decide el caso y es a nombre de ella que los jueces fallan.

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

a) El Poder Judicial es la autoridad final en lo referente a la interpretación de la Constitución y las leyes. Dentro de las numerosas interpretaciones o versiones a que siempre se presta un texto legal, la única válida, la única a cuyo servicio está el imperium del Estado, es aquella adoptada por los tribunales. Con razón se ha dicho que la ley es lo que los jueces dicen que es (ver nota 2). Por ello, en los puntos que abarcan, los fallos judiciales se convierten en la ley del país (ver nota 3).

b) Una misma ley suele ser interpretada de modo distinto por los tribunales de la Capital y de las distintas provincias. De donde ha resultado la siguiente consecuencia: que siendo la ley idéntica, la regla jurídica realmente vigente suele ser distinta en la Capital y cada una de las provincias.

c) La ley no es una norma constante y fija aplicada ciegamente por el juez a los hechos del litigio que debe decidir. Por el contrario, tiene una naturaleza flexible, adaptable a las circunstancias del caso. Los jueces restringen su aplicación o la amplían. modifican muchas veces la regla atribuyéndole un significado distinto al que anteriormente se le atribuía; cuando esto ocurre se dice que hay un cambio de jurisprudencia. La norma hasta entonces imperante, es sustituida en la realidad de la vida jurídica por una nueva. Esta nueva interpretación no es en el fondo sino una manera distinta de regular las relaciones jurídicas (ver nota 4).

d) Las leyes, por lo común, sólo establecen principios generales; aun las más minuciosas y detallistas, sólo prevén un pequeño número de casos en relación a la variedad infinita que ofrece la vida del derecho. Es éste el famoso problema de las lagunas del derecho: en muchos casos la ley nada dice, nada prevé y, sin embargo, el juez está obligado a fallar (art. 15 Ver Texto , Cód. Civ.) como una condición inexcusable del orden social; y puesto que la ley no ha contemplado el caso, la solución dada por los jueces, su jurisprudencia, será eminentemente creadora.

66.— Se ha negado la existencia de las llamadas lagunas del derecho (ver nota 5). Se afirma que si no existe una norma particular y concreta para el caso, éste caerá de todos modos dentro de los llamados principios generales del derecho, lo que significa que siempre hay una norma jurídica aplicable. Aun admitiendo que ello fuera exacto, hay que notar que estos principios generales del derecho —la equidad, la justicia, la moral y las buenas costumbres, etc.— son tan amplios, que dentro de ellos los jueces pueden moverse cómodamente, imponiendo muy variadas y distintas soluciones. Pero la que escojan será la ley. Su pronunciamiento será, por consiguiente, creador de derechos y obligaciones. Por lo demás, es indiscutible que, en la práctica, existen verdaderas lagunas legislativas: casos que no fueron previstos o que no pudo prever el legislador. Así, por ejemplo, los problemas jurídicos originados en inventos que han revolucionado la técnica y la economía, como la electricidad, la aviación, etcétera, no pudieron ser considerados sino a posteriori; pero mucho antes de que el legislador los reglara, los tribunales habían debido resolver multitud de juicios llevados ante sus estrados. La jurisprudencia ha organizado espontáneamente las relaciones de la vida social en los casos de deficiencia del orden jurídico formal.

Esto no significa, sin embargo, que no sea lícito y verdadero hablar de la plenitud hermética del orden jurídico, pero a condición de incluir al juez dentro de él. Si el orden jurídico es perfecto y hermético, si no puede darse un caso sin solución legal, ello se debe a que el propio juez lo integra y debe pronunciar su fallo en todos los casos, sin poder negarse bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (art. 15 Ver Texto , Cód. Civ.). Pero para el juez, que está dentro y no fuera del derecho, la ley presenta lagunas que él llena con su actividad creadora (ver nota 6).

1117/67

67.— Nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional ha dictado un fallo de capital importancia, que otorga a la jurisprudencia un valor similar al de la ley, como fuente del Derecho. El caso era el siguiente: de acuerdo a una primera jurisprudencia del Alto Tribunal, los beneficios otorgados por las leyes 11729 y 11110 eran incompatibles; pero en 1947 se modificó esa jurisprudencia, en el sentido de la compatibilidad de ambas. Los actores que de acuerdo con las primeras decisiones de la Corte, no habían recibido la indemnización de despido, la reclamaron judicialmente; pero el Tribunal resolvió que el pago hecho por el patrón a sus obreros de lo que según la ley y la jurisprudencia interpretativa de ese momento les correspondía, y recibido por ellos sin reserva ni salvedad alguna, es definitivo y no puede dar origen a un posterior reclamo, aunque varíe la jurisprudencia interpretativa (ver nota 7).

Este fallo tiene una importancia capital, puesto que, según él, la jurisprudencia adquiere una fuerza reguladora análoga a la de la misma ley. Las relaciones jurídicas concluidas bajo el imperio de determinada jurisprudencia se rigen por aquélla, aunque después cambie. Aun cuando hoy sostengan los tribunales que anteriormente la ley estuvo mal aplicada y que no dispone lo que entonces se creyó que disponía, basta la existencia de esa jurisprudencia —

no importa que fuera errónea— para generar derechos y obligaciones, que las nuevas decisiones no pueden vulnerar. Como se ve, ya no es la ley la que está rigiendo el caso, sino la jurisprudencia. ¿Cómo puede negarse que ésta es creadora de derechos?

Dijo la Corte, en los fundamentos del fallo, que por nuestra parte los compartimos: “La estabilidad y clara determinación del orden de las relaciones jurídicas es tan vital condición del bien común, que sin ella hasta podría ser neutralizada la necesidad de justicia que se procura mediante las modificaciones que introduzcan en él la legislación y la jurisprudencia. Porque asentada esa estabilidad primariamente —en nuestro sistema institucional— sobre la fijeza de la ley escrita, la interpretación judicial de ella por los órganos de la magistratura que tiene la atribución de fijar la doctrina legal, está en la misma línea, responde al mismo propósito y complementa su obtención según el modo propio de la actuación judicial, a la que está librado en última instancia el destino de la ley”. No se trata, sin embargo, agregó el Tribunal, de una equiparación lisa y llana de la jurisprudencia y de la ley, sino del reconocimiento de su equivalencia en orden a la misión reguladora de una y otra respecto a las relaciones jurídicas que se finiquitan atendiéndose a la interpretación de la leyes pertinentes, hecha por los tribunales, cuya función institucional es de tal naturaleza, que sus decisiones interpretativas respecto a dichas normas tienen autoridad definitiva.

Muy significativa como expresión de la creciente importancia de la jurisprudencia como fuente del derecho en la legislación contemporánea, es la tendencia a reconocer carácter obligatorio, en cuanto precedentes que los jueces deben acatar, a ciertos fallos de los tribunales. Sobre este punto hemos de volver más tarde.

1117/68

68. FUERZA VINCULATORIA DE LA JURISPRUDENCIA.— En principio, la jurisprudencia no tiene fuerza obligatoria para los jueces, aunque haya sido sentada por los tribunales de los cuales aquéllos dependen jerárquicamente. Por más que sea reiterada y uniforme, los jueces pueden apartarse de ella e interpretar la ley según su ciencia y conciencia. ¿Cómo se explica, entonces, que sea tan importante, cuando no decisiva, en los pronunciamientos judiciales? Esa importancia se explica muy fácilmente en el caso de que la jurisprudencia haya sido sentada por un tribunal jerárquicamente superior, pues es natural que los jueces inferiores procuren ajustar sus decisiones a las de aquél, ya que lo contrario, es casi segura la revocación de la sentencia. Hay también en estos casos, una razón de respeto; difícilmente los jueces insistan en un punto de vista opuesto al de la jurisprudencia del tribunal del cual dependen, si no es aportando nuevos argumentos no considerados por aquél.

En un interesante fallo, la Corte Suprema de la Nación resolvió apercibir a dos de los miembros de la Cámara Federal de la Capital que habían decidido un caso en contra de una

jurisprudencia reiterada de la Corte. Decía en sus fundamentos el Alto Tribunal “que tan incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de su función propia, es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (Const. Nac., art. 100 Ver Texto ; ley 48, art. 14 Ver Texto); que ello impone, ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia — susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales—, el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida; que apartarse de su jurisprudencia, mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos, como ha ocurrido en esta causa y con el agravante de invocar para ello ‘el deber de aplicar la Constitución’, modo tácito de expresar que se repara así el incumplimiento de ese mismo deber en que el superior habría incurrido, importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad” (ver nota 8).

1117/69

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

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

1117/70

70. SENTENCIAS OBLIGATORIAS (ver nota 9).— Excepcionalmente, el fallo dictado por algunos tribunales superiores, en ciertos casos fijado por la ley, es obligatorio. Tienen este carácter los dictados por las Cámaras Nacionales de Apelación reunidas en Tribunal Plenario; dichas sentencias son obligatorias para las salas del mismo tribunal y para los jueces inferiores que dependan de ellas (art. 28 , ley 13998).

Estos preceptos, inspirados como hemos de verlo, en el buen propósito de unificar la jurisprudencia interpretativa de nuestras leyes, originan algunos problemas de compleja solución.

a) Cabe preguntarse, en primer término, qué es lo obligatorio de la sentencia: si los considerandos o la parte dispositiva. Forzoso es admitir que ambos, puesto que el contenido doctrinal de la sentencia, rara vez está expresado en la parte dispositiva y siempre en los considerandos. Pero en éstos suelen incluirse argumentos marginales, que no atañen directamente a la cuestión resuelta: ¿también lo que se expresa en éstos es obligatorio? Consideramos que no y que sólo pueden tener tal fuerza los considerandos en que se resuelve correctamente la cuestión planteada. Sin embargo, la distinción es sutil y, a veces, muy difícil de precisar. Pero quizá esta dificultad ha de redundar en una mayor libertad de decisión para los tribunales inferiores, lo que sin duda es beneficioso.

b) Del mismo modo, es dudoso si la obligatoriedad de los fallos se refiere únicamente a los que se dicten con posterioridad a la ley 13998 o también a los anteriores.

Ya antes de la sanción de dicha ley, las Cámaras Civiles en Pleno habían resuelto que la jurisprudencia plenaria es obligatoria (ver nota 10); y en cuanto a la justicia de Paz Letrada (luego Justicia Civil y Comercial Especial y hoy refundida en la Justicia Civil), la ley 11924 estableció que los fallos plenarios eran obligatorios para las distintas salas del tribunal (art. 23), disposición ésta que la Cámara de Paz juzgó debía aplicarse también a los jueces inferiores (ver nota 11).

Sin embargo, creemos que sólo la ley puede atribuir carácter obligatorio al fallo de un tribunal; en consecuencia, no nos parece posible admitir la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria anterior a la ley 13998, salvo la hipótesis del artículo 23 de la ley 11924.

c) Un inconveniente serio del sistema, es que dificulta la revisión de la jurisprudencia y tiende a su cristalización. Ya veremos que esto es lo que ha ocurrido en el derecho inglés (núms. 78 y 80) en donde los precedentes tienen fuerza obligatoria.

Pensamos que la obligatoriedad de los fallos tendrá sin duda un efecto sofocante de la libertad del pronunciamiento en los inferiores (ver nota 12). Es claro que un magistrado perspicaz podrá siempre sacar partido de la circunstancia de que los casos judiciales no son nunca o casi nunca exactamente iguales unos a otros; en estas distintas modalidades o diferentes condiciones de hecho podrá con frecuencia hallarse fundamento para considerar aplicable al caso la jurisprudencia que se reputa errónea.

71. LA JURISPRUDENCIA Y LA COSTUMBRE.— Muy arraigada en un vasto sector doctrinario (ver nota 13) es la opinión según la cual la jurisprudencia no es sino la moderna forma del derecho consuetudinario.

Es innegable el origen consuetudinario de cierta jurisprudencia. Pero de ahí a afirmar que la jurisprudencia es una nueva forma de costumbre, o que no es otra cosa que el uso de los tribunales, hay sin duda, una gran distancia. Mientras la costumbre nace espontánea y popularmente, la jurisprudencia es elaborada por órganos del Estado, como son los jueces, técnicos en la ciencia del Derecho; mientras la costumbre exige una práctica, un uso, repetido durante cierto tiempo y con carácter general, la jurisprudencia no es otra cosa que la regla de derecho impuesta por los jueces, que no requiere ninguna práctica anterior. Si a veces la jurisprudencia se hace eco de la costumbre, es porque ésta es una norma jurídica, como lo es la ley, y por ello, los jueces deben interpretarla y aplicarla. Pero su distinción, como fuente del derecho, es perfectamente neta.

1117/72

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

1117/73

73. a) El recurso de casación.— Este es el método que podemos llamar clásico para unificar la jurisprudencia. Mientras los jueces y tribunales de instancia deben decidir acerca de todas las cuestiones de hecho y de derecho que implica un caso dado, el Tribunal de Casación sólo juzga acerca del derecho. Así, por ejemplo, en un accidente de tránsito, si éste ocurrió, si hubo heridos, si el monto de los daños fue tal o cual, son todas cuestiones de hecho, que deciden definitivamente los tribunales de instancia y sobre las que el Tribunal de Casación no puede entender; en cambio, si corresponde o no pagar la indemnización, es una cuestión de derecho, respecto de la cual, agotada la instancia, cabe todavía el recurso de casación. De esta manera, existiendo un único Tribunal de Casación, queda asegurada la uniformidad en la interpretación de la ley.

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

Para evitar los inconvenientes y, sobre todo, las innecesarias demoras de ese sistema, en otros países como por ejemplo Alemania, el Tribunal de Casación resuelve por sí el litigio, dictando la sentencia definitiva. Este sistema, cuyas ventajas son notorias, es el adoptado también en nuestro país para el recurso extraordinario —que en el fondo importa una verdadera casación— en la provincia de Buenos Aires, en donde se lo llama de inaplicabilidad de la ley. En cambio, el recurso de casación creado por el decreto 1285/58 (véase núm. 76) ha seguido el sistema francés.

1117/74

74. b) El recurso extraordinario.— El propósito fundamental de este recurso es asegurar el pleno imperio de la Constitución Nacional y las leyes nacionales y evitar que, so color de interpretación, los tribunales de provincia alteren o dejen sin efecto, normas en cuyo cumplimiento juega un interés de orden nacional. Indirectamente, es un medio eficacísimo de unificación de la jurisprudencia sobre la Constitución y las leyes nacionales.

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

No está sujeta al recurso extraordinario la interpretación que los tribunales de provincia hagan de los códigos civil, comercial, penal y de minería, puesto que a pesar de que han sido dictados por el Congreso Nacional, lo han sido con la expresa salvedad de las jurisdicciones locales (art. 75 Ver Texto , inc. 12 de la Constitución Nacional). En efecto,

por su naturaleza estos códigos no legislan sobre materias de carácter federal, es decir, de interés nacional, y estrictamente, debieron ser sancionados por cada una de las provincias; pero, para evitar el caos legislativo, y asegurar la unidad nacional, la Constitución de 1853 dispuso que estos códigos serían dictados por el Congreso Nacional, aunque se dejó a salvo el poder jurisdiccional de las provincias.

1117/75

75.— Entendiendo en el recurso extraordinario, la Corte no puede entrar a juzgar los hechos, debiendo limitar su decisión a las cuestiones de derecho (ver nota 14). De ahí que, como lo dijimos anteriormente, se trata de un verdadero recurso de casación, bien que limitado a las cuestiones previstas en el artículo 14 Ver Texto de la ley 48.

Sin embargo, la Corte suele entrar en cuestiones de hecho, cuando a su criterio, la sentencia recurrida ha incurrido en arbitrariedad, como ocurre, por ejemplo, en el caso de que el tribunal inferior haya omitido la consideración de un hecho esencial para la decisión del litigio.

1117/76

76. c) Tribunales plenarios.— La doctrina legal o interpretación de la ley hecha por las Cámaras Nacionales de Apelaciones reunidas en Tribunal Plenario para unificar la jurisprudencia de las salas y evitar sentencias contradictorias, será de aplicación obligatoria para las salas de la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión. Sólo podrá volverse sobre ella como consecuencia de una nueva sentencia plenaria (art. 28 , ley 13998).

1117/11750

76 bis.— El decreto ley 1285/58 introdujo en nuestra legislación procesal una novedad: el recurso de inaplicabilidad de la ley, que como se verá no es propiamente un recurso de casación, aunque su propósito es también uniformar la jurisprudencia. Luego, el nuevo Código Procesal para la Justicia Nacional lo ha reglamentado con mayor prolijidad.

El recurso se concede para el caso de que la sentencia definitiva dictada por una de las salas en que se divide el Tribunal de Apelaciones contradiga la doctrina establecida por cualquiera de las Salas del mismo Tribunal (art. 288 Ver Texto , Cód. Proc.). Pero si el precedente contradictorio es de la misma Sala y ésta cambia de jurisprudencia, no cabe

hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de la ley, desde que no habría necesidad de unificar los criterios (ver nota 15).

Para que el recurso sea procedente es preciso —además de la contradicción que constituye su esencia— la reunión de los siguientes recaudos: a) Que el precedente que se invoca haya sido dictado no más de diez años antes del fallo recurrido. b) Que el precedente se hubiera invocado antes del fallo recurrido. c) Que el pronunciamiento recurrido sea una sentencia definitiva (arts. 288 Ver Texto y 290 Ver Texto). d) Que el recurso haya sido interpuesto dentro de los diez días de dictada la sentencia recurrida (art. 293 Ver Texto). La condición señalada con letra a) significa que luego de diez años, el fallo plenario deja de ser obligatorio (ver nota 16).

Si la Cámara resuelve que hay contradicción, se convoca al Tribunal en Pleno para que establezca la doctrina aplicable. Si ella no coincidiera con la dictada en el caso, se anulará la sentencia y se pasará el expediente a la Sala que sigue en orden de turno a fin de que resuelva el caso conforme a la doctrina sentada por el Tribunal en Pleno (art. 300 Ver Texto).

El plenario no sólo puede convocarse por vía del recurso de inaplicabilidad, sino que también puede hacerse a pedido de cualquiera de sus Salas para uniformar la jurisprudencia (art. 302 Ver Texto).

La interpretación de la ley establecida por la sentencia plenaria, será obligatoria para la misma Cámara y para los jueces que de ella dependan y sólo puede modificarse por medio de una nueva sentencia plenaria (art. 303 Ver Texto).

El experimento ha resultado infortunado. El recurso se interpone ante tribunales desusadamente numerosos (así, por ej., la Cámara Civil de la Capital cuenta con treinta y nueve vocales), lo que provoca una extraordinaria demora en las causas, cosa inevitable si se piensa que se trata de cuestiones de derecho controvertidas y delicadas y que la solución que dicte el tribunal ha de ser obligatoria en lo sucesivo, lo que obliga a cada juez a un estudio detenido. Esto ha dado lugar a que los recursos se abran sólo con criterio muy restrictivo; los tribunales procuran encontrar en las circunstancias del caso precedente, que fue invocado como contradictorio, alguna diferencia de hecho o de derecho, aunque sea sutil, para declarar que no está configurada la contradicción. La proporción de recursos abiertos en relación a los interpuestos, es ínfima.

No menos grave es el inconveniente derivado de la obligatoriedad de la doctrina sentada por el Tribunal para los casos futuros. La jurisprudencia tiende a cristalizarse.

Finalmente, el tribunal al asumir en cierta forma funciones de legislador, pierde contacto con el caso. Su fallo se inspirará en consideraciones de orden general, en la lógica, pero no se nutrirá ya de la emoción humana que experimenta el juez auténtico cada vez que, a solas con su conciencia, se enfrenta con la augusta misión de hacer justicia. En una palabra, el juez habrá dejado de ser juez.

La solución del problema de la unificación de la jurisprudencia, no puede ser otra que la del recurso de casación. Es una solución probada y que ha dado los mejores resultados en todos los países que la han adoptado.

En realidad, el recurso de inaplicabilidad sólo tiene el carácter de un paliativo, hasta tanto se establezca una verdadera casación.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en la nota 316, véase: COSSIO, El derecho en el derecho judicial, Buenos Aires, 1945; AFTALIÓN y VELAROSA, La jurisprudencia como fuente de derecho, L.L., t. 81, p. 769; ROUBIER, P., L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, en Études offerts a G. Ripert, París, 1950, t. 1, p. 9; MAURY, Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, en el mismo volumen, ps. 29 y s.; KUNEZ, E., La jurisprudence peut-elle instituer en Hongrie des règles de droit privés?, Recueil en l'honneur de F. Gény, t. 2, ps. 314 y s.; ESMEIN, P., La jurisprudencia como fuente del derecho; PUIG BRUTAU, J., La jurisprudencia como fuente del derecho, Barcelona; RECÁSENS SICHES, Nueva filosofía de la interpretación del derecho, México, 1956.

(nota 2) “La Constitución es lo que los jueces dicen que es”, Chief Justice Hughes, cit. por CORNWIN, La Constitución norteamericana y su actual significado, trad. esp., Buenos Aires, 1942, p. XXX.

(nota 3) COOLEY. T., Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos, trad. esp., Buenos Aires, 1898, p. 136.

(nota 4) Dice PUIG BRUTAU que reconocer a la jurisprudencia el papel de fuente creadora del derecho no significa formular un juicio de valor acerca de si es o no conveniente que así ocurra; simplemente se trata de una realidad que se impone con una rotundidad digna de una luz de la naturaleza (La jurisprudencia como fuente del derecho, p. 8).

(nota 5) Bibliografía sobre lagunas del derecho: COSSIO, La plenitud del orden jurídico, Buenos Aires, 1939; íd., Las lagunas del derecho, Córdoba, 1941; íd., El derecho en el

derecho judicial, Buenos Aires, 1946; ZITELMAN, Las lagunas del derecho, trad. esp. 1922; DONATI, Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico, Milano, 1910; DICKINSON, J., The probleme of the unprovided case, Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 2, ps. 503 y s.

(nota 6) Sobre este tema ha escrito densas páginas CARLOS COSSIO: "El juez no es un ente extraño al Derecho ni está fuera del Derecho mirándolo desde el exterior como una cosa concluida y fija y así tomándolo para aplicarlo cuando llegue el caso, como quien asienta el sello sobre el lacre, según resulta para la lógica del ser. Por el contrario, si las sentencias integran la creación normativa en que consiste el ordenamiento jurídico, es claro que el juez, en tanto que creador de la sentencia, está dentro y no fuera del ordenamiento; y está en la estructura del mismo, como parte de esa estructura, no como contenido contingente, estructurado por ella. Por lo primero, se comprende que el juez mira el derecho desde dentro de la lógica del deber ser; por lo tanto, no como algo conclusivo y ya hecho, sino como algo que se está haciendo constantemente en su carácter de vida humana viviente. Por lo segundo resulta que lo mira no sólo como algo que se está haciendo, sino como algo que el propio juez contribuye a que se haga; es decir, que en parte, el Derecho es el propio hecho del juez. Precisamente esta circunstancia de que el juez es estructura del Derecho y no algo contingente sólo estructurado por el Derecho, da su sentido ontológico a la verdad de razón, dentro de la lógica del deber ser, que dice que el juez debe juzgar siempre, cualquiera que sea la oscuridad o deficiencia que encuentre en el ordenamiento". La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad, Buenos Aires, 1944, ps. 46 y s.

(nota 7) C.S.N., 15/12/1949, L.L., t. 57, p. 335; 28/5/1956, L.L., t. 83, p. 380; 20/8/1948, L.L., t. 55, p. 186. En el mismo sentido del fallo de la Corte, C. Paz Let. Cap., 31/5/1946, L.L., t. 43, p. 220 y J.A., 1946-III, p. 333, con nota de J. DASSEN; C. Civiles de la Cap. en Pleno, 5/11/1948, Jurisprudencia Plenaria, t. 2, p. 1060; Sup. Corte Buenos Aires, 1/4/1950 y 11/4/1950, en reseña jurisprudencial de A. E. SALAS, J.A., 1952-III, sec. doct., p. 17; C. Civil 2ª La Plata, J.A., 1952-I, p. 257; en contra: C. Apel. Trab. Cap., 28/1/1946, L.L., t. 43, p. 899. Véase comentario en pro de la solución de la Corte: MARTÍNEZ RUIZ, R., L.L., t. 55, p. 186; en contra: RAYCES, J.A., 1945-II, p. 64, y J.A., 1952-I, p. 257. La Suprema Corte de Estados Unidos ha resuelto este problema en sentido contrario al de la nuestra: 18/12/1924, U.S. 29, 44; Sup. Court Reports, 246.

(nota 8) C.S.N., 6/10/1948, J.A., 1949-I, p. 191.

(nota 9) Véase: AYARRAGARAY, G., Sentencias obligatorias, Buenos Aires, 1950; DEVEALI, M., Problemas que plantea la jurisprudencia obligatoria, Derecho del Trabajo, mayo 1951, p. 287.

(nota 10) 5/11/1943, Jurisprudencia Plenaria, t. 2, p. 1060.

(nota 11) 11/8/1941, L.L., t. 23, p. 463.

(nota 12) Sobre este tema, véase GÈNY, F., Judicial freedom of decisions: its necessity and method, en Science of Legal Method, Part. 1, Boston, 1917.

(nota 13) SPOTA, Tratado, t. 1, vol. 1, p. 391, n° 132; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil español, 7ª ed., p. 161; JOSSEERAND, L., Derecho Civil, trad. esp., t. 1, ps. 99 y s., n° 96 y s.; comp. ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 1, vol. 1, ps. 164 y s.; en contra: DE DIEGO, La jurisprudencia como fuente del Derecho, p. 102; CASTRO y BRAVO, Derecho civil de España, 2ª ed., ps. 418 y s.

(nota 14) C.S.N., 3/4/1946, J.A., 1946-II, p. 332; 29/10/1948, L.L., t. 53, p. 50; 5/4/1948, Fallos, t. 210, p. 555.

(nota 15) C. Civil Cap., en Pleno, 29/6/1979, L.L., 1979-D, p. 1.

(nota 16) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 11/5/1971, E.D., t. 39, p. 342. Aunque el punto no fue materia de plenario, el de la C. Civil Cap., 14/8/1970, afirma incidentalmente la obligatoriedad de un fallo de más de 10 años: E.D., t. 39, p. 344. En sentido coincidente, Sala D, 7/9/1971, E.D., t. 39, p. 345.

1117/10190

EL COMMON LAW (ver nota 1)

1117/77

77. PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO ANGLO-SAJÓN.— Si es importante el papel de la jurisprudencia en países de derecho codificado, como el nuestro, mucho más lo es en aquellos que se rigen por el common law (Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos de Norteamérica, salvo el Estado de Luisiana, Canadá, excepto la provincia de Quebec, Nueva Zelanda y antiguas colonias inglesas en África).

La profunda originalidad del derecho anglo-sajón consiste esencialmente, en que la fuente fundamental de los derechos y obligaciones no es la ley escrita, sino las decisiones de los tribunales, los precedentes judiciales. Originariamente, hace ya varios siglos, los jueces se fundaban para fallar los litigios en las costumbres inmemoriales del país; pero como esos fallos tenían el valor de precedentes obligatorios para los futuros procesos, poco a poco las costumbres fueron quedando enterradas en el olvido y sólo interesó la búsqueda del precedente judicial (ver nota 2).

Mientras en nuestro país el juez supone que todo caso llevado ante sus tribunales debe tener una solución legal y busca en la ley la norma a que ha de ajustar su decisión, el juez inglés da por sentado que todo litigio ha de tener su solución en los antecedentes jurisprudenciales. Las colecciones de jurisprudencia tienen para el juez inglés el mismo valor que para el nuestro el Código Civil, el Comercial, etcétera. Es verdad que el Parlamento británico o el Congreso de Estados Unidos dictan leyes, pero éstas tienen un carácter excepcional. Este derecho escrito se establece con el propósito de modificar soluciones del common law que resultaron anacrónicas o inconvenientes, pero en todo punto no legislado expresa y concretamente por la ley escrita rige el common law. Mientras nuestro jurista busca en la ley escrita, los principios del derecho argentino, el inglés no ve en ella sino excepciones introducidas en los principios del common law. De ahí que no se conciba en Inglaterra, la interpretación analógica o extensiva de la ley escrita, puesto que es siempre un derecho de excepción, y como tal no puede aplicarse sino a los casos expresamente previstos.

Hay en esto una cuestión de estructura mental de los pueblos. En tanto que los países regidos por el sistema del derecho codificado (que los angloamericanos llaman de derecho románico o continental) creen indispensable la regulación legal de la conducta humana, como instrumento de justicia, de bienestar y de progreso, los pueblos anglosajones tienen sobre todo su fe puesta en la experiencia; prefieren avanzar paso a paso en la conquista de la justicia de un caso a otro y de éste al de más allá; no confían en las abstracciones, en las reglas de valor universal emanadas de legisladores que no han tenido ante sí el problema humano que se presenta al juez. Por ello las leyes escritas o estatutos son excepcionales (ver nota 3).

La consecuencia de este sistema es que los jueces no sólo tienen el poder jurisdiccional de decidir el litigio llevado ante sus estrados, sino que, prácticamente, tienen un verdadero poder legislativo. Este poder se manifiesta de dos maneras: 1) dictan normas de procedimiento para actuar en el propio tribunal; 2) la doctrina sentada en sus fallos tiene fuerza obligatoria no sólo para los tribunales superiores, sino también para el mismo tribunal que la dictó y aun para otros de distinta jurisdicción. En Inglaterra, la Court of Appel sólo puede rever un fallo anterior si éste ha sido decidido por el voto del presidente y la House of Lords no puede cambiar nunca sus propias decisiones; la única forma de alterar su jurisprudencia es una ley del Parlamento. Este sistema tan original para un espíritu formado en el derecho codificado se explica así: la circunstancia de que un tribunal admita una determinada solución es prueba bastante de que esa solución es la expresión del

derecho vigente en el país: dictar un fallo contradictorio no sólo importaría una incoherencia (porque significa tanto como afirmar que dos normas contradictorias están vigentes a la vez) sino también originaría una inseguridad altamente dañosa.

Ya veremos, sin embargo, que en los Estados Unidos la obligatoriedad del precedente (*stare decisis*) no es tan rígida (núm. 78, b).

1117/78

78. INCONVENIENTES DEL COMMON LAW.— Este sistema presenta algunas desventajas muy importantes:

a) Fundado el common law en fallos de muy diversos tribunales y a través de distintas épocas, resulta necesariamente inconexo y falto de método; la claridad, el orden y la unidad del derecho codificado están ausentes en el anglosajón; los precedentes judiciales se hallan coleccionados en tomos que llenan bibliotecas y que resultan muy difícil de asimilar, inclusive para los jueces. En Estados Unidos, se estima que las colecciones de sentencia alcanzan a veinte o veinticinco mil volúmenes (ver nota 4). La necesidad evidente de unificar y compilar tan vasto material ha dado origen a los Restatements of law, que no son otra cosa que la codificación ordenada de las decisiones del common law, hechos por juristas de gran prestigio y por iniciativa del American Law Institute. Aunque naturalmente no tiene fuerza de ley, han adquirido tal autoridad que hoy los magistrados con gran frecuencia se sirven de ellos para fundar sus sentencias.

Expresión elocuente de la falta de sistematización del common law, es el método de enseñanza empleado en las Universidades norteamericanas, basado en el case method. No se enseña allí el derecho que rige en Estados Unidos, sino que se analiza agudamente un caso planteado por el profesor, tratando de sacar de él todas las consecuencias útiles para un abogado. El case method es sobre todo una forma de trabajar, de investigar, de procurarse los medios y los caminos para lograr una solución justa.

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

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

En este punto, hay que notar una gran diferencia entre el derecho inglés y el norteamericano. Mientras en el primero el respeto del precedente es según se ha dicho, estricto, en cambio en Estados Unidos el papel de aquél es más o menos similar al que desempeña en los países de derecho codificado; los jueces lo siguen si no encuentran buenas razones para apartarse de él, en cuyo caso lo dejan de lado sin vacilaciones (ver nota 5). De este modo el common law norteamericano ha mostrado mucha mayor flexibilidad que el inglés y una gran adaptabilidad a las cambiantes circunstancias económicas y sociales.

c) El progreso del derecho se hace más pesado y difícil, como consecuencia de la mentalidad anglosajona, formada en el respeto de las tradiciones jurídicas y de los precedentes. En realidad, el common law está estrechamente vinculado a una concepción social individualista y es insuficiente para expresar las transformaciones que debe acoger el Estado contemporáneo (ver nota 6). Esta observación es válida inclusive para el common law norteamericano, no obstante su mayor flexibilidad y la notoria sensibilidad de sus jueces para revitalizar permanentemente el sistema adaptándolo a la evolución moderna.

1117/79

79. SUS VENTAJAS.— Pero al lado de estos inconvenientes, el common law ofrece también sus ventajas:

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

b) El alejamiento de toda teorización, a la par de los inconvenientes ya señalados, tiene la ventaja de desarrollar en los magistrados y en los juristas, un agudo sentido práctico. Precisamente esta circunstancia es lo que ha determinado actualmente un interés muy vivo

por el derecho anglosajón, cuya influencia sobre los países de derecho escrito es considerable, si bien la influencia inversa es notablemente mayor (ver nota 7).

1117/80

80. EL GOBIERNO DE LOS JUECES.— De lo expuesto en los párrafos anteriores se desprende que la fuente primordial del derecho en los países anglosajones es la jurisprudencia y no la ley. Pero hay más todavía: en los Estados Unidos, como en nuestro país, los jueces tienen la facultad de declarar inconstitucionales las leyes; y si esta declaración ha sido hecha por la Corte Suprema, la ley queda prácticamente derogada; el Poder Judicial viene a tener un poder superior al del propio Congreso.

Se explica así que, refiriéndose a aquel país, se haya hablado del gobierno de los jueces (ver nota 8). Ese sistema tiene, sin duda, sus ventajas: allí donde el Poder Judicial es independiente y fuerte, allí donde “gobiernan” los jueces, las libertades humanas están aseguradas. En cambio en los países totalitarios, se ha mirado con desconfianza a las cortes de justicia y por ello se las ha subordinado al Poder Administrador, quitándoles toda independencia (ver nota 9).

Pero por otra parte, los jueces son siempre un elemento conservador dentro de la sociedad, que tiende a mitigar los avances de la legislación originados en las Legislaturas populares; si ellos predominan en la organización del Estado, el progreso de la legislación se hace pesado, el cambio requerido por las dinámicas sociedades modernas se vuelve muy difícil, el clamor de las masas resulta por largo tiempo inescuchado. Por ello, la solución más acertada, desde el punto de vista político e institucional, es asegurar la independencia del Poder Judicial, como garantía inexcusable de las libertades humanas, pero impidiendo que su predominio rompa el equilibrio de los poderes del Estado.

Debemos agregar, sin embargo, que la siempre creciente acumulación de poderes en manos del Ejecutivo, consecuencia al parecer inexorable de la evolución técnica y de la economía contemporáneas, hace cada vez más remota la posibilidad de que el equilibrio de los poderes del Estado se rompa en favor del Judicial.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: CUETO RÚA, *El common law*, Buenos Aires, 1958; SANTA PINTER, *Esencia y espíritu del common law*, J.A., 1955-I, sec. doc., p. 21; DAVID, R., *Introduction a l'étude du droit privé de l'Angleterre*, París, 1948; *id.*, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, París, 1950, ps. 269 y s.; RABASA, O., *El derecho angloamericano*, México, 1944; GERLAND, H.B., *The operation of the judicial function in English Law*, en *The Modern Legal Philosophy Series*, t. 9, ps. 229 y s.; POUND, R., *The Spirit of the common law*, Boston, 1921; GRAY, J., *Nature and sources of law*, Nueva York, 1938;

COOPER, T.M., The common and civil law; a Scot's view, Harvard Law Review, 1950; vol. 63, p. 468; ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española, Madrid, 1948; BLONDEEL, J., Le common law et le droit civil, Revue Internationale de Droit Comparé, octubre-diciembre, 1951, nº 4, p. 635; TUNC y TUNC, El Derecho de los Estados Unidos de América, México, 1957.

(nota 2) En teoría hay dos tesis sobre la esencia del common law. Para la teoría tradicional (Blackstone, Carter), los jueces no crean derecho, sino que lo declaran tal cual es, según la costumbre imperante; no es seguido el fallo porque sea precedente sino porque es una prueba satisfactoria de la costumbre; un precedente no es otra cosa que una costumbre autenticada. Para la doctrina moderna (Graz, Cardozo, Pound) un fallo importa una verdadera creación de derecho; el common law no está constituido por costumbres inmemoriales, sino por normas creadas por los jueces al decidir casos concretos. Véase CUETO RÚA, El common law, L.L., t. 84, ps. 765, 816, 910 y t. 85, p. 800.

(nota 3) RHEINSTEIN, M., Common law and civil law: an elementary comparison, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, septiembre, 1952, abril, 1953, p. 96.

(nota 4) TUNC y TUNC, El Derecho de los Estados Unidos de América, nº 142. Tan copioso material ha obligado a llevar índices para facilitar la empresa, índices que han llegado a un grado de perfeccionamiento notable.

(nota 5) TUNC y TUNC, El Derecho de los Estados Unidos de América, nº 107 y s. (especialmente 108); RHEINSTEIN, M., Common law and civil law: an elementary comparison, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, septiembre, 1952, abril, 1953, p. 96.

(nota 6) MACKAY COOPER, Common law and civil law, Harvard Law Review, t. 63, nº 3, enero 1950, ps. 468 y s.

(nota 7) Sobre este tema, véase PIAZZA, L.G., Tendencias actuales en la literatura jurídica americana, Columbus Memorial Library, Bibliographic, Series, nº 32; SHERMAN, CH., Roman Law in the Modern Law; MACKAY COOPER, Common law and civil law, Harvard Law Review, 1950, t. 63, nº 3, p. 468; BLONDEEL, J., Le common law et le droit civil, Revue Internationale de Droit Comparé, octubre-diciembre, 1951, nº 4, p. 585.

(nota 8) LAMBERT, Le gouvernement des juges, París, 1920; FAGAN, Le jugecréateur du droit aux Etats Unis, Lyon, 1921; DE PAGE, A propos du gouvernement des juges, Revue Trimestrielle, 1932, ps. 77 y s.

(nota 9) Sobre el papel de los jueces como fuente del derecho en Rusia, con un interesante resumen de las opiniones de su más destacados juristas, véase: HAZARD, J., *The soviet law courts as a Soucer of law*, Washington Law Review, vol. 24, febrero de 1949, n° 1, ps. 80 y s.; además, DAVID, R., *Tradición y revolución en el derecho civil soviético*, L.L., t. 53, p. 877; MIRKINE GUETZEVITCH, *L'état sovietique et l'état de droit*, Revue de Droit Public, 1927, ps. 309 y s.; GÓMEZ JORBA, *La interpretación judicial en los Códigos soviéticos*, trabajo de Seminario, Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1936.

1117/10200

§ 4.— La doctrina

1117/81

81. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— En el derecho romano, y a partir de la época del emperador Augusto, se concedió a ciertos juristas de gran prestigio el poder de evacuar consultas, con fuerza obligatoria no sólo para el caso concreto que se consultaba, sino también para lo sucesivo; en el fondo, era una verdadera ley. Este poder se llamaba *jus publice respondendi ex auctoritatis principiiis*. Sin embargo, si varios juristas munidos de esta facultad se expedían sobre un mismo punto en sentido divergente, su opinión no era obligatoria.

Esta curiosa institución, que da la medida del respeto que el pueblo romano tenía por sus jurisconsultos, pasó a algunas legislaciones antiguas y, cosa singular, se halla todavía en vigencia en el Derecho catalán, cuya constitución da fuerza legal a las opiniones de los autores; pero trata de una vigencia más bien teórica que práctica, porque el Tribunal Supremo sólo las acepta cuando son uniformes y aplicadas constantemente por los tribunales; pero en este caso, no es ya la doctrina, sino la jurisprudencia, la que sirve de fuente (ver nota 1).

1117/82

82. VALOR ACTUAL.— En el derecho moderno, la doctrina de los tratadistas carece de toda fuerza obligatoria, como es natural; sin embargo, su opinión suele ser citada con frecuencia en los fallos de los tribunales y en los fundamentos de las mismas leyes. De ahí que pueda decirse que la doctrina es una importante fuente mediata del derecho. Su valor depende del prestigio y autoridad científica del jurista que la ha emitido; si se trata de la

interpretación de una ley y los más autorizados juristas opinan unánimemente en el mismo sentido, es difícil que los jueces se aparten de esa solución.

1117/83

83.— El derecho contemporáneo está siendo testigo de una evidente declinación del prestigio y la autoridad de los maestros del derecho. Toda la abundantísima legislación de contenido social que ha hecho eclosión después de la segunda guerra mundial y que ha dado en llamarse el derecho nuevo, se ha impuesto al margen y, más aún, a espaldas de los juristas (ver nota 2).

Aunque lamentable, este fenómeno no tiene nada de extraño. Los procesos revolucionarios suelen marchar frecuentemente, más aprisa que los teóricos. No es de llamar la atención, por consiguiente, que los grandes maestros ya consagrados que se educaron en el culto de los principios del derecho anterior, tengan dificultades en comprender la evolución jurídica contemporánea. Pero está surgiendo ya una brillante pléyade de jóvenes juristas que no sólo procuran comprender el derecho nuevo, sino también influir en él para desviarlo de las exageraciones e improvisaciones que podrían tornarlo peligroso.

(nota 1) CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil español, 7ª ed., p. 171.

(nota 2) JUSTO, M., Una visión actual de la transformación del ordenamiento legal francés, L.L., t. 56, p. 887; GOLDSCHMIDT, La misión del jurista en la elaboración de las leyes, Bol. Instituto Derecho Civil de Córdoba, enero-junio 1949, p. 124; RIPERT, G., Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2ª ed., 1948, ps. 10 y s., nº 6.

1117/10210

§ 5.— Otras fuentes

1117/84

84. EL DERECHO NATURAL (ver nota 1).— Hemos sostenido ya (véase núms. 8 y sigs.) que el Derecho, para ser tal, debe ser conforme a la justicia y al derecho natural. No concebimos la existencia de un derecho injusto. Pero no solamente la ley debe ser conforme al derecho natural, sino que, ante un vacío del derecho positivo, el juez puede encontrar la

solución del caso que se lleva ante sus estrados, en los grandes principios de aquél. Este problema se vincula con el de los principios generales del derecho, que veremos enseguida.

(nota 1) Sobre el derecho natural como fuente del derecho, véase: CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, 7ª ed., t. 1, ps. 155 y s.; BOUCAUD, Ch., Les sources naturelles du droit, en Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 1, ps. 223 y s.; DI CARLO, E., Le droit naturel dans le système d'interprétation de Gèny, Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 1, p. 234.

1117/85

85. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO (ver nota 1).— El artículo 16 del Código Civil dice que: Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Cabe preguntarse, por consiguiente, qué son los llamados principios generales del derecho. Este punto ha dado lugar a una larga controversia; prescindiendo de algunas opiniones muy personales, la doctrina se ha agrupado alrededor de dos tendencias encontradas: para unos, principios generales del derecho serían aquellos que informan las soluciones concretas del derecho positivo, sirviéndole de fundamento (ver nota 2); para otros, serían los principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo, por donde esta opinión se vincula con la idea del derecho natural (ver nota 3).

Entendemos que dentro de nuestro régimen legal, la primera opinión debe ser desechada. Cuando el artículo 16 Ver Texto habla del “espíritu” de la ley, se está refiriendo precisamente a los principios de que está informada; éstos se hallan excluidos, pues del concepto más general de principios generales del derecho a que se refiere la última parte del artículo. Por lo demás, es evidente que al sentar esta norma del artículo 16 Ver Texto, el legislador ha querido dar una solución para todo caso que pueda plantearse y, previendo la posibilidad de que algunos de ellos no hallaren respuesta en la ley, ha remitido al juez a una norma que abarcase todos, absolutamente todos los casos posibles. Por eso los principios generales del derecho deben interpretarse en el sentido de su máxima amplitud (ver nota 4).

Debe decirse, sin embargo, que todos o casi todos estos que podrían llamarse primeros principios de la vida social y de la organización jurídica, están contenidos en la Constitución Nacional, que no sólo es una ley, sino que es la primera ley, en el orden de prelación jerárquica. Por consiguiente, al echar mano de ellos el juez está aplicando una ley

positiva y no una vaga abstracción. Es muy difícil, en verdad, concebir la existencia de algún principio general del derecho que no esté contenido, expresa o tácitamente, en la Constitución o en la ley propiamente dicha.

(nota 1) BORGA, La naturaleza de los principio generales del derecho, Revista Colegio de Abogados de La Plata, enero-julio 1962, ps. 381 y s.; CASTRO y BRAVO, Derecho civil de España, 2ª ed., 1948, ps. 404 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil español, 7ª ed., t. 1, ps. 149 y s.; DE DIEGO, Los principios generales del derecho, Rev. Derecho Privado, Madrid, 1916, t. 3, p. 285; VAREILLES SOMMIERES, Les principes fondamentaux du droit, 1889; BOULANGER, J., Les principes généraux du droit et le droit positif, en Etudes offertes a G. Ripert, 1950, ps. 51 y s.; LE FUR, La coutume et les principes généraux du droit des gens, en Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 3, p. 362; DEL VECCHIO, Les principes généraux du droit, Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 2, ps. 69 y s.; ROTONDI, M., Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 2, p. 403; VERDROSS, A., Les principes généraux du droit comme source du droit de gens, Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 3, p. 383.

(nota 2) COVIELLO, M., Doctrina General del Derecho Civil, p. 97; BOULANGER, J., Principes généraux du droit et droit positif, en Etudes offertes a G. Ripert, 1950, ps. 51 y s.; Com.: VERDROSS, A., Les principes généraux du droit comme source du droit de gens, Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 3, ps. 386 y s.

(nota 3) PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., notas a la obra de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 221 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil español, 7ª ed., t. 1, ps. 149 y s.; CASTRO y BRAVO, Derecho civil de España, 2ª ed., ps. 481 y s.; GÈNY, Método de interpretación, ed. esp., ps. 39 y s., nº 21; ROTONDI, M., Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 2, p. 409; DEL VECCHIO, Les principes généraux du droit, Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 2, ps. 69 y s.

(nota 4) PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., notas a la obra de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 222.

1117/86

86. EQUIDAD (ver nota 1).— La equidad no es sino una de las expresiones de la idea de justicia; y puesto que ésta es un ingrediente necesario del orden jurídico positivo, la equidad viene a formar parte de él.

Se trata de uno de los conceptos que no resulta fácil definir. Está vinculada con el principio de justicia que exige dar a cada uno lo suyo. Los jueces echan mano de ella para atenuar el rigor de una disposición legal, para hacer imperar el equilibrio en las relaciones contractuales, para suplir el silencio de la ley dictando una sentencia que resuelva los intereses en juego conforme lo haría una conciencia honrada y ecuánime.

La equidad importa así la realización de una justicia antiformalista, realista y humana (ver nota 2); procura desprenderse de los obstáculos que pueden oponer los textos legales para adecuar el ordenamiento jurídico al natural. Según ARISTÓTELES, la equidad no es otra cosa que la corrección de la ley positiva conforme a la intención del legislador y a las exigencias de la justicia natural o, en otros términos, la corrección del derecho positivo por el natural (ver nota 3).

En ciertas circunstancias y en ciertas materias peculiares, cobra un valor de primer plano. Así ocurre cuando una catástrofe social hace imposible aplicar ciertas normas del derecho escrito y los jueces se ven precisados a resolver los litigios según equidad (ver nota 4), como sucedió en Alemania después de la última guerra; y, lo que es más importante, puede señalarse en el derecho moderno una tendencia a prescindir de la ley y aplicar un criterio de equidad para resolver casos vinculados con ciertas materias, tales como las laborales o los pleitos de poco monto. Por vía de ejemplo puede citarse la ley italiana del 3 de abril de 1926 que dispone que el juez debe fallar según equidad, conciliando los intereses de los dadores de trabajo con los de los trabajadores, y tutelando en todo caso los intereses superiores de la producción (ver nota 5).

La ley 17711 ha acentuado de manera notable el campo de la equidad; son numerosas las disposiciones que se refieren a ella: a) El artículo 907 Ver Texto autoriza a los jueces a disponer un resarcimiento a favor de la víctima de un acto involuntario, fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho involuntario y la situación de la víctima. b) Conforme con el artículo 954 Ver Texto , en caso de lesión el perjudicado puede demandar la nulidad del acto o un equitativo reajuste del contrato. c) El artículo 1069 Ver Texto concede a los jueces la facultad de atenuar la indemnización que en derecho estricto correspondería, si ello fuere equitativo, teniendo en cuenta la situación patrimonial del autor del hecho ilícito. d) En caso de imprevisión, la ley autoriza al demandado a paralizar la acción por resolución del contrato que tiene la otra parte, si ofrece mejorar equitativamente los efectos del contrato. e) Según el nuevo artículo 1316 Ver Texto , los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán reajustándolos equitativamente teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso. f) El artículo 1638 Ver Texto dispone que el dueño de la obra que desiste de ella debe pagar al contratista la utilidad que hubiere podido obtener del contrato; empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer, si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia. g) En el supuesto de colación y tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces podrán determinar un equitativo reajuste, según las circunstancias del caso (art. 3477 Ver Texto).

87. LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO (ver nota 6).— El singular auge de los contratos colectivos de trabajo como medio de resolver los complejos problemas obreros, los ha convertido en una verdadera fuente de derecho. Hasta 1953, estos convenios obligaban solamente a los patronos y obreros afiliados a los organismos gremiales que los habían suscripto. Pero la ley 14250 introdujo una reforma realmente revolucionaria al establecer la obligatoriedad, una vez homologados por el Ministerio de Trabajo, para todos los empleadores y trabajadores de esa actividad, sean o no afiliados a la asociación o sindicato que los suscribió. Los convenios adquieren así fuerza obligatoria no sólo para las partes, sino también para terceros.

Estos contratos colectivos de trabajo tienden cada vez más a penetrarse de una naturaleza social y pública. En verdad, de contrato sólo tienen el nombre. En la realidad jurídica constituyen normas a las que está sujeto todo el régimen del trabajo. A patronos y obreros no les queda por lo común otra libertad que la de vincularse entre sí: todo lo demás (salarios, jornales de trabajo, condiciones de higiene, descansos, jubilaciones, despido) están ya fijados según la categoría del trabajo y del trabajador.

87-1.— Las proyecciones de este nuevo instrumento de regulación de las relaciones entre el capital y el trabajo son extraordinarias. La sociedad contemporánea parece encaminarse nuevamente hacia una organización estatutaria similar a la que existió en la Edad Media y que fuera destruida por el individualismo, que exaltó el imperio del contrato privado. La afirmación de los economistas liberales de que era buena y saludable una sociedad de competencia, donde cada individuo se defiende a sí mismo, se demostró falsa; la verdadera consecuencia resultó el desamparo que se cierne sobre los individuos y que éstos, por sí solos, no pueden superar. De ahí el desarrollo extraordinario de los sindicatos, que se han servido del contrato colectivo como medio esencial de la defensa del trabajador. Pero al mismo tiempo que los defiende, el sindicato, sin proponérselo, está clasificando a los obreros en una serie de órdenes sociales separados; esta situación aprisiona a aquéllos en un sistema que circunscribe sus posibilidades y movilidad y que no estimula el esfuerzo individual (ver nota 7).

Este valiosísimo instrumento de regulación de las relaciones humanas, al que debe considerársele definitivamente incorporado a las instituciones de la civilización cristiana occidental, habrá de ser manejado con prudencia, si se lo quiere hacer servir a sus altos fines. La creciente capacitación de la clase obrera y de sus dirigentes hace pensar que así ocurrirá.

87-2. LAS REGLAS CORPORATIVAS.— Los estatutos o reglas corporativas de las asociaciones y fundaciones constituyen normas jurídicas que regulan los derechos y obligaciones de los socios y beneficiarios y que tienen aplicación obligatoria respecto de vastos sectores humanos. Nos ocuparemos con mayor detención de este tema en el número 680.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: CASTÁN TOBEÑAS, La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea, Madrid, 1950; íd., La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad. Madrid, 1953; ROTONDI, M., Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 2, p. 403.

(nota 2) CASTÁN TOBEÑAS, La equidad y sus tipos históricos, p. 68.

(nota 3) Cit., por CASTÁN TOBEÑAS, La equidad y sus tipos históricos, p. 66.

(nota 4) FERRARA, Trattato, t. 1, p. 44.

(nota 5) Véase sobre este tema, CASTÁN TOBEÑAS, La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad, ps. 55 y s.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA: PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, ps. 60 y s., n° 139 y s.; CAPITANT, L'évolution de la conception française en matière de convention collective de travail, Études en l'honneur de E. Lambert, t. 3, p. 510; PETIT, R., Les conventions collectives de travail, París, 1938; ROVELLI, F., Il contratto collettivo di lavoro come fonti di diritto, en Recueil en l'honneur de F. Gèny, t. 3, p. 187; PERGOLES, Il carattere giuridico delle convenzioni collettive del lavoro, Riv. di diritto pubblico, 1928, parte 1ª, p. 337. Véase también el nuevo Código Civil italiano, arts. 1º, 5º, 6º y 7º.

(nota 7) Sobre este punto véase: TANNENBAUM, F., Contract versus status, Political Science Quarterly, junio 1950.

1117/10220

CAPÍTULO III - EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

1117/10230

A.— EL MOVIMIENTO UNIVERSAL DE CODIFICACIÓN

1117/88

88. CODIFICACIONES ANTIGUAS Y MODERNAS.— El fenómeno de la codificación, que implica la reunión de las leyes vigentes en un cuerpo orgánico, introduciendo a veces en ellas innovaciones profundas, se ha repetido con tanta frecuencia en la historia de la cultura humana que puede considerarse como una ley natural de la evolución jurídica (ver nota 1). Obedece a diversas y poderosas causas: la necesidad de ordenar y simplificar las múltiples normas esparcidas en leyes y costumbres diversas; la conveniencia de unificar el derecho de un país, en los casos en que sus distintas regiones o provincias tengan leyes diferentes, como medio de asegurar la unidad nacional; finalmente, el deseo de consolidar las grandes reformas que introducen las evoluciones sociales.

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

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

1117/89

89.— Pero el movimiento de codificación moderno se produce recién a raíz de la aparición del Código General de Prusia, publicado en 1794, que abarca todas las ramas del derecho; y, sobre todo, del Código Civil francés, sancionado en 1804, que tuvo una influencia inmediata y fecundísima en la legislación universal (ver nota 2). Fue redactado por una comisión de cuatro jurisconsultos (TRONCHET, PORTALIS, BIGOT DE PRÉAMENEU y MALEVILLE) y sancionado con la intervención directa y bajo la instancia de

NAPOLEÓN, que fincó en él, no sin razón, una de sus más legítimas glorias. Su estilo claro y preciso, su método y su coherencia, demostraron palpablemente las ventajas de la codificación civil sobre el estado anárquico de la legislación anterior; su ejemplo fue bien pronto seguido por todos los países modernos, con la excepción de los anglosajones, siempre apegados al common law.

Es necesario destacar una profunda diferencia entre las codificaciones antiguas y las modernas, a partir del Código Napoleón. Las antiguas, propiamente hablando, eran recopilaciones y no códigos. Se trataba de la reunión en un solo cuerpo de leyes dictadas en distintas épocas por diferentes legisladores; obedecían, por tanto, a distintos pensamientos, a veces contradictorios; carecían de unidad interna; eran en suma tan sólo un ordenamiento metódico de viejas leyes. El Código moderno, en cambio, es dictado en un solo momento por un solo legislador; responde, por tanto, a un sistema coherente de ideas políticas, económicas, filosóficas, etcétera, que lo vertebran, confiriéndole una unidad interna y no sólo un método externo. Además, están redactados en un estilo concreto y breve, y sólo comprenden un ramo del derecho, el civil, el comercial, el procesal, etcétera.

1117/90

90. INCONVENIENTES Y VENTAJAS DE LA CODIFICACIÓN.— Este movimiento universal hacia la codificación se ha llevado adelante no sin vencer serias resistencias. En Alemania, SAVIGNY lanzó todo el peso de su gran autoridad para oponerse a su avance. En un célebre opúsculo publicado a principios del siglo pasado (ver nota 3) sostuvo, siempre fiel a los principios de su escuela histórica, que el derecho era un producto de la vida social, que se iba formando espontáneamente en la conciencia popular; la codificación traba ese proceso espontáneo y contribuye a cristalizar el derecho, que deja así de responder a las necesidades sociales; y si ello no ocurriera, si no obstante la codificación, la formación popular del derecho continuara su natural devenir —tal suele ser la fuerza de la vida del derecho— bien pronto el Código resultará superado e inútil.

En cambio, un núcleo de juristas cuya figura más destacada fue THIBAUT (ver nota 4), veía en la codificación un instrumento eficaz de la unidad alemana; se trabó entonces una ardiente polémica con SAVIGNY, que se ha hecho clásica. El tiempo demostró que aquéllos tenían razón; pero, sin duda, el peso de la opinión de SAVIGNY retardó durante años el proceso de la codificación del derecho germánico.

1117/91

91.— Aún hoy los argumentos del gran jurista alemán no han perdido totalmente su valor. Es indudable que la codificación ofrece resistencia a la evolución del derecho y por ello resulta inconveniente en las ramas de muy reciente nacimiento, que se hallan en plena

eclosión, sufriendo un proceso evolutivo acelerado. Buen ejemplo es la legislación del trabajo. Pero, en cambio, la codificación ha demostrado sus grandes ventajas en las otras ramas del derecho. La experiencia ha puesto de manifiesto que el peligro del estancamiento que tanto temía SAVIGNY no se ha producido por lo menos en la medida que lo temía, aunque no cabe duda de que ha introducido alguna pesadez en la adecuación del derecho a las cambiantes exigencias de la sociedad contemporánea. Con todo, razones de técnica y de unidad filosófica del sistema del derecho positivo han hecho ineludible la codificación, sin contar con que cuando ha sido indispensable, el legislador no ha tenido miramientos en modificar los códigos con la ventaja de que el respeto que siempre imponen ha impedido muchas veces improvisaciones dañosas.

Por lo demás, los beneficios de la codificación son bien notorios: a) como ya lo hemos dicho, confiere unidad y coherencia a todo el sistema legislativo, evitando la anarquía de las leyes dispersas; b) facilita el conocimiento de la ley, y, por consiguiente, su aplicación; c) en países de constitución federal, como el nuestro, es un eficaz instrumento de la unidad nacional. Finalmente, cabe señalar que con frecuencia y, sobre todo, cuando la obra ha sido bien lograda, es un eficaz vehículo de la influencia cultural de un pueblo (ver nota 5).

1117/10240

B.— LEGISLACIÓN NACIONAL ANTES DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

1117/92

92. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA E INDIANA (ver nota 6).—Hasta el momento de la sanción del Código Civil, imperó en nuestro país la legislación española vigente en la época de la Revolución de Mayo.

Las distintas recopilaciones y códigos de que ya hemos hablado (véase núm. 88) se sucedían unos a otros sin derogar los anteriores; de allí una confusión e inseguridad que obligó, por lo menos, a dictar un orden de prelación entre las distintas leyes. de acuerdo con la Novísima Recopilación (Lib. 3, Tít. 2º, L. 3, 10 y 11), ese orden era el siguiente:

1) La Novísima Recopilación. 2) Leyes omitidas en ella, pero contenidas en la Nueva Recopilación o en las Ordenanzas Reales de Castilla. 3) El Fuero Real, el Fuero Juzgo y los Fueros Municipales. 4) Las Partidas.

Pero este orden no era rigurosamente guardado y dio lugar a numerosas dificultades; en América, y particularmente en el Virreinato del Río de la Plata, se aplicaban, ante todo, las Partidas y la Nueva Recopilación (ver nota 7).

También estaban en vigencia las Leyes de Indias, cuya Recopilación fue aprobada por Carlos II en 1680. Estas Leyes, que empezaron a dictarse a partir del momento mismo del descubrimiento de América, constituyen un verdadero monumento legislativo, que hace honor a España, y que es la mejor prueba del profundo sentido misional y religioso que inspiró la conquista de América.

En materia comercial estaban en vigencia las Ordenanzas de Bilbao (1737) y las reglas contenidas en la Cédula que creó el Consulado (1794), además de otras reales cédulas, comunicadas a la Audiencia de Buenos Aires. Cabe destacar que el Consulado fue una de las instituciones españolas que más tiempo sobrevivió a la Revolución, pues fue suprimido recién en 1862.

1117/93

93. LA LEGISLACIÓN PATRIA (ver nota 8).— A partir de la Revolución de Mayo, los distintos gobiernos nacionales y provinciales dictaron numerosas leyes de derecho privado. Sin embargo, es necesario afirmar que estas leyes, salvo casos excepcionales, no tuvieron mayor importancia, ni modificaron esencialmente la fisonomía de la legislación española, que continuó aplicándose hasta la sanción del Código Civil.

Entre las más importantes leyes y decretos de orden nacional o provincial, dictadas entre 1810 y 1871 en materia de derecho privado, debemos recordar las siguientes:

1117/94

94. a) Leyes y decretos referentes a las personas.— 1) En primer término, tanto por su importancia como por razones cronológicas, debe citarse la famosa resolución de la Asamblea del Año XIII que estableció la libertad de vientres, a partir del 31 de enero de 1812.

2) La abolición de los títulos de nobleza, decretada por la misma Asamblea.

3) Como las leyes españolas fijaban el límite de la minoridad en los 25 años, lo que en muchos casos daba lugar a inconvenientes serios, algunas provincias dictaron leyes por las

que se autorizaba al Poder Ejecutivo a conceder habilitaciones de edad a los menores (Buenos Aires, 17 de noviembre de 1824; Tucumán, 1º de septiembre de 1860; Entre Ríos, 10 de marzo de 1866); esta preocupación por los menores se manifestó también en la reglamentación de tutelas y curatelas (Buenos Aires, 20 de octubre de 1824, 31 de diciembre de 1824, 14 de noviembre y 29 de diciembre de 1829, 10 de marzo de 1831 y 1º de abril de 1840; Córdoba, 7 de octubre de 1875; San Luis, 19 de octubre de 1857). La más completa de estas leyes es la de Córdoba, que mantenía las hipotecas tácitas sobre los bienes del tutor en favor de su pupilo, pero suprimió el beneficio de restitución in integrum.

4) La abolición de los fueros personales en la provincia de Buenos Aires (7 de julio de 1823).

5) Según la ley de Buenos Aires, el 16 de septiembre de 1859, “el domicilio de las personas y la situación de los bienes de todo género en el campo, es el lugar de la estancia principal”, principio que serviría de antecedente al artículo 89 Ver Texto del Código Civil.

6) Se dictaron normas a las que debían ajustarse los curas párrocos para llevar los libros en que se asentaban los nacimientos, matrimonios y defunciones (Buenos Aires, 19 de diciembre de 1821, y Reglamento del 28 de octubre de 1857; Santa Fe, 17 de mayo de 1862; Jujuy, 7 de septiembre de 1936).

1117/95

95. b) Leyes y decretos referentes a derechos reales.— 1) Con el propósito de liberar la propiedad inmueble de las trabas que dificultaban su libre disposición e incidían desfavorablemente en su aprovechamiento económico, la Asamblea del Año XIII prohibió la fundación de mayorazgos y de vinculaciones que no tuvieran un objeto religioso o de piedad; con el mismo objeto, dos decretos de Buenos Aires, del 1º de septiembre y 28 de noviembre de 1822, tratan de cómo podrán redimirse los censos y las capellanías; y la ley del 14 de julio de 1857 prohíbe la fundación de capellanías, censos y rentas perpetuas.

2) Los decretos y leyes de inspiración rivadaviana sobre enfiteusis, que culminan en la ley del 18 de mayo de 1826; fue este un experimento desacertado, que concluyó en un completo fracaso.

3) Sobre registro de bienes inmuebles e hipotecas, se encuentran numerosos antecedentes, aunque la mayor parte de ellos se refieren a la tierra pública (Buenos Aires, Registro para las escrituras de terrenos en enfiteusis, 23 de diciembre de 1823; creación del Gran libro de la Propiedad Pública, 1826, que importaba darle a aquel decreto de 1823 alcance nacional; Registro de la tierra pública, 8 de octubre de 1857; Córdoba: decreto del 17 de octubre de

1855, ley del 3 de octubre de 1862 y ley del 15 de noviembre de 1869; Santa Fe: 30 de julio de 1862, 17 de febrero de 1864 y 12 de noviembre de 1868; Entre Ríos: 2 de septiembre de 1859 y 18 de marzo de 1862; Jujuy: 16 de abril de 1839; Salta: 1º de julio de 1869; y, finalmente, la ley nacional de 1853, que crea el Registro de la propiedad inmueble y el de hipotecas, capellanías y censos).

4) Algunas leyes y decretos establecen restricciones y límites al dominio (Buenos Aires, Reglamento de policía del 16 de febrero de 1821 y ley del 27 de julio de 1865; sobre el dominio público provincial sobre las márgenes de ríos; Jujuy, leyes del 24 de febrero de 1855 y 7 de marzo de 1857; Córdoba, ley del 27 de agosto de 1868).

1117/96

96. c) Leyes y decretos sobre obligaciones y contratos.— 1) Una resolución de la Asamblea del Año XIII, suprime la formalidad del juramento en los actos civiles y en los contratos (9 de agosto de 1813), aunque posteriormente el Reglamento Provisional restableció la legislación anterior sobre esta materia (Sec. 4ª, Cap. III, art. 10).

2) La formalidad de la escritura pública se exigió por decreto del 22 de noviembre de 1815 para todos los contratos de sociedad; en Entre Ríos esa formalidad se imponía para los que versaran sobre inmuebles (9 de diciembre de 1824 y 22 de abril de 1862).

3) Una ley de la provincia de Buenos Aires fijó los plazos en que podía pedirse el desalojo cuando no hubiera contrato escrito (26 de agosto de 1825).

4) Una ley de Santa Fe reglamentó los arrendamientos de campos (31 de julio de 1837).

5) Toda reclamación entre conchabados y patrones debía hacerse en la provincia de Buenos Aires sobre la base de un contrato formal; pero el artículo 6º agrega que “el peón que se halle fuera de la estancia, chacra o establecimiento del patrón, será tenido por vago y forzado a contratarse por dos años en el servicio de las armas” (17 de julio de 1823); mayores garantías tenían los inmigrantes (decreto del 13 de abril de 1824 y la ley del 27 de septiembre de 1854).

6) Una ley del 29 de septiembre de 1868 prohibió el retracto de sangre y gentilicio, que era el derecho que se reconocía al pariente más propincuo, dentro del cuarto grado, para redimir los bienes raíces de patrimonio o abolengo, vendidos a otro.

1117/97

97. d) Sucesiones.— En esta materia hay un importante antecedente relativo a la mujer legítima, que según la legislación española era postergada, en las sucesiones intestadas, por los parientes colaterales. La provincia de Buenos Aires dictó el 22 de mayo de 1857 una ley de acuerdo a la cual la mujer legítima excluía a los parientes colaterales, con lo que se adoptó la solución que poco después habría de sancionar el Código Civil.

Atañe también a este tema la ley sancionada por la Asamblea del Año XIII, a que ya hemos aludido (véase núm. 95, 1) que suprimió los mayorazgos.

1117/98

98. e) Legislación mercantil.— La legislación mercantil fue muy escasa y poco importante hasta la sanción del Código de Comercio de la provincia de Buenos Aires. Sin embargo, cabe recordar:

1) El Reglamento del 9 de abril de 1813, dictado por la Asamblea del Año XIII, que creó la matrícula de los comerciantes nacionales.

2) El decreto del 29 de marzo de 1836 de la provincia de Buenos Aires que suprimió los juicios de quiebras, concursos, y de remisión o quita de deudas, por entender que tales juicios “sólo sirven para que los malos pagadores se burlen de la confianza y buena fe de sus legítimos acreedores”. Este decreto fue derogado en 1858. En Tucumán se dictó una ley similar el 6 de marzo de 1851, siendo abolida en 1860.

3) Leyes sobre martilleros públicos (Buenos Aires, 23 de julio de 1838 y 16 de noviembre de 1853).

4) Sobre corredores (Buenos Aires, 14 de noviembre de 1821, 5 de septiembre y 14 de diciembre de 1825, 3 de enero y 27 de septiembre de 1827, 14 de noviembre de 1829, 17 de noviembre de 1830, 12 de abril de 1836, 6 de febrero de 1846, 30 de enero de 1847, 16 de noviembre de 1853 y 11 de agosto de 1858).

5) El decreto de Buenos Aires del 25 de abril de 1822 definió lo que debe entenderse por acto de comercio.

6) Sobre patentes de navegación (Buenos Aires, 21 de abril de 1819), sobre trámites aduaneros (Buenos Aires, 7 de marzo de 1848), sobre la profesión de prácticos alemanes (Buenos Aires, 8 de julio de 1830, 8 de julio de 1833 y 30 de julio de 1856).

7) Los contratos de sociedad de cualquier clase deben otorgarse ante el escribano del Consulado (22 de noviembre de 1815).

En el año 1859 se produjo una modificación sustancial de la legislación mercantil en la provincia de Buenos Aires, con la sanción del Código de Comercio redactado por los doctores Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sarsfield. En 1862 este Código fue adoptado por ley nacional para toda la República.

1117/10250

C.— ANTECEDENTES DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

1117/99

99. NECESIDAD DE SU SANCIÓN.— En la segunda mitad del siglo pasado, la sanción de un Código Civil era ya una necesidad impostergable para nuestro país.

Hemos puesto de manifiesto los inconvenientes propios de la legislación española, tan vasta, difusa y no pocas veces contradictoria. El asombroso desarrollo que por esa época estaba tomando el país hacía necesario poner orden y claridad en las relaciones jurídicas y adaptar el derecho a los nuevos tiempos que se estaban viviendo. Además, había también una razón de nacionalismo jurídico: era preciso afirmar nuestra independencia política, consumada hacía muchos años, con la independencia legislativa, pues, según ya lo hemos visto, seguíamos rigiéndonos por la legislación española.

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

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

100. PRIMEROS INTENTOS.— El primer intento de codificación general fue un decreto de Urquiza dictado el 20 de agosto de 1852, poco después de Caseros. Se creaba una comisión encargada de proyectar los códigos Civil, Penal, de Comercio y de Procedimientos; presidente de ella se designó al doctor Juan García de Cossio. La subcomisión de Código Civil estaba formada por Lorenzo Torres, como redactor y por Alejo Villegas y Marcelo Gamboa, como consultores. Como el redactor renunciara, alegando una afección cardíaca, fue nombrado en lugar suyo don Dalmacio Vélez Sarsfield, con fecha 3 de septiembre de 1852. Pocos días después, la revolución del 11 de septiembre habría de echar por tierra este primer intento de codificación.

La preocupación por resolver este problema tan trascendental se manifestó en la Constitución del 53, cuyo artículo 24 Ver Texto establecía que el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todas sus ramas, agregando en el artículo 7º Ver Texto , inciso 11, que corresponde al Congreso Nacional dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería.

Poco después, una ley del Congreso del 30 de noviembre de 1854 encarga al Poder Ejecutivo el nombramiento de una Comisión para la redacción de los códigos. Razones de penurias financieras obligaron al gobierno de Urquiza a postergar por el momento, la iniciativa.

Entretanto, en la provincia de Buenos Aires, separada por aquella época de la Confederación, había empezado a agitarse también el problema de los códigos. Hemos visto ya que en 1857 fue sancionado el Código de Comercio redactado por Acevedo y Vélez Sarsfield. En el mismo año, un decreto del 10 de noviembre designó redactores del Código Civil a los doctores Marcelo Gamboa y Marcelino Ugarte. Pero la inestabilidad política de la época, las luchas entre la Confederación y Buenos Aires, la reincorporación de ésta a la Nación y, sin duda, la falta de capacidad de los redactores designados para una tarea tan difícil, hicieron fracasar también esta tentativa (ver nota 9).

101. VÉLEZ SARSFIELD ES DESIGNADO PARA REDACTAR EL CÓDIGO.— En el año 1863 el Congreso Nacional vuelve sobre el asunto, autorizando al Poder Ejecutivo a designar comisiones redactoras de los códigos Civil, Penal, de Minería y de las ordenanzas del ejército (6 de junio). Hubo de transcurrir más de un año todavía para que el presidente

Mitre, en decreto refrendado por el ministro de Instrucción Pública, don Eduardo Costa, designara como redactor del Código Civil a don Dalmacio Vélez Sarsfield.

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

1117/10260

D.— PERSONALIDAD DEL CODIFICADOR (ver nota 10)

1117/102

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

Cursó sus estudios en el Colegio Monserrat de la ciudad de Córdoba; a los 18 años se recibió de bachiller en artes y dos años más tarde, de bachiller en leyes. De acuerdo con las exigencias de la época, para poder ejercer su profesión de abogado, debió realizar dos años de práctica forense, que él hizo en el bufete del doctor Dámaso Gigena. Finalmente, en diciembre de 1822 tomó posesión de estrados.

Con su título bajo el brazo, afirmada la confianza en sí mismo, sintió la ambición de actuar en Buenos Aires, el gran escenario político de la época. Su parentesco con el gobernador de San Luis, José Santos Ortiz, de quien era cuñado, le facilitó el camino. Por aquella época se reunió en Buenos Aires, el Congreso General Constituyente de 1824; Santos Ortiz lo designó como diputado por su provincia. Hasta la incorporación de Amancio Alcorta, en 1826, Vélez Sarsfield fue el diputado más joven del Congreso. Bien pronto se destacó en él por su capacidad y su infatigable espíritu de trabajo. Su versación en economía política le valió ser designado profesor de esa materia en la Universidad, aun cuando sólo llegó a dar muy contadas lecciones. Fue uno de los que votaron la desafortunada Constitución unitaria de 1826, que tantos trastornos ocasionaría al país. A Vélez le tocó llevar su texto a las provincias de Cuyo y presentarlo a Facundo Quiroga; pero éste, enterado de su misión y ya en abierta pugna con el régimen rivadaviano, se negó a recibirlo. La caída de Rivadavia y el

triumfo de la Federación, lo relegaron a un segundo plano, del que pudo emerger nuevamente merced a la amistad que le brindó Quiroga, de quien fue abogado y consejero. Esta amistad le dio honra y provecho en la sociedad federal de Buenos Aires. En aquella época empezó su renombre como abogado y como jurista. Su clientela era la más importante del foro porteño; su estudio, el más prestigioso. Pero la muerte de sus protectores, Quiroga y Santos Ortiz, en Barranca Yaco, y su inocultable simpatía por los unitarios lo hicieron sospechoso. Poco a poco sus clientes ralearon y desaparecieron. En 1842 se embarca para Montevideo. La pobreza, la amargura del destierro, la añoranza de la patria tan próxima y tan lejana, lo mueve a gestionar el perdón de Rosas, que consiguió en 1846.

Reinstalado en Buenos Aires, obtiene la devolución de sus bienes que le habían sido embargados, logra la estimación del Restaurador que le encarga algunos dictámenes de suma importancia (véase núm. 103) y estrecha una gran amistad con Manuelita, de cuya tertulia fue asiduo concurrente.

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

Después de Caseros, no dejó ya de ocupar un lugar de primerísima fila en la conducción política del país. Miembro de la legislatura porteña elegida luego de aquella batalla, impugnó con todo el poder de su talento parlamentario —aunque sin razón— el Acuerdo de San Nicolás, en las famosas Sesiones de Junio. Producida la segregación de Buenos Aires, Vélez Sarsfield, a pesar de ser provinciano, se desempeñó en ella como hombre de consejo: fue ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores de Obligado y Alsina, Asesor de Gobierno, reorganizó y dirigió el Banco de la Provincia, negoció los tratados de convivencia con la Confederación conjuntamente con Juan B. Peña, fundó y dirigió El Nacional, desarrolló una extraordinaria labor parlamentaria; después de la batalla de Cepeda, fue miembro de la Convención provincial que aprobó la Constitución de 1853, con algunas reformas. Más tarde es elegido senador nacional (1862), ministro de Hacienda de Mitre (1862-1863), del Interior de Sarmiento (1868-1872). Entretanto, en 1864, había recibido el encargo de la gran obra, el Código Civil.

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

103. SU LABOR JURÍDICA.— Ya antes de la redacción del Código Civil, VÉLEZ había puesto de manifiesto su capacidad de jurista en importantes trabajos. Entre ellos, cabe recordar los siguientes:

a) En 1834 editó las Instituciones de Derecho Real de España del jurista guatemalteco José María ÁLVAREZ, que desde el año anterior había sido prescripta como texto de la enseñanza universitaria y en el que, al decir de CHANETON, aprendieron derecho dos generaciones (ver nota 11). VÉLEZ prologó la obra, confrontó y rectificó numerosas citas erróneas, agregó cuatrocientas citas nuevas de leyes españolas, cuarenta y cinco de leyes patrias y más de cuarenta notas breves (ver nota 12). Como apéndice, añadió cinco estudios: Sobre el estado actual de la esclavitud en esta República y principalmente en Buenos Aires; De la restitución in integrum de los menores; De los diversos derechos de los menores; De las obligaciones dividas e individuales; y De las dotes y bienes parafernales.

b) En el mismo año, editó el Manual de Práctica Forense del doctor Manuel Antonio DE CASTRO, jurista salteño cuya obra resultó insustituible durante largos años para el estudio del derecho procesal. VÉLEZ confrontó y rectificó numerosas citas erradas y agregó más de ciento sesenta notas y citas de leyes y autores (ver nota 13).

c) Anotó y concordó los Elementa Iuris Civiles, y las Recitaciones in Elementa Iuris Civilis de HEINECCIUS, obra que quedó inédita hasta los trabajos de DÍAZ BIALET (ver nota 14) y que demuestran su gran versación en la antigua legislación española.

d) Con motivo del conflicto entre el Papa y el gobierno argentino sobre el patronato, escribió por encargo de Rosas un trabajo que tituló Derecho Público Eclesiástico, que trata de las relaciones del Estado con la Iglesia en América. En 1850, y por encargo del mismo Rosas, escribió para Oribe una memoria titulada El Gobierno de la Iglesia del Estado Oriental. Ya años antes (1834) había formado parte de la Junta de ciudadanos teólogos, canonistas y juristas, que dictaminó en el conflicto surgido con la Iglesia con motivo de la provisión de los obispos Medrano y Escalada.

e) De aquella época es también la memoria sobre Discusión de los títulos de Chile a las tierras del Estrecho de Magallanes, que le encargó Rosas para completar un estudio de don Pedro de Angelis. Es un importante trabajo que demuestra la legitimidad de los derechos argentinos a una región pretendida por Chile.

f) Publicó, además, algunos escritos profesionales y otros trabajos de verdadero mérito, entre los que cabe recordar: Si los pleitos acaban o no por la discontinuación de tres años (ver nota 15), Vigencia en América de las leyes del Fuero (ver nota 16), Informe y defensa de Esteban y José María Yáñez (ver nota 17), Causa de los embargados por opiniones políticas (ver nota 18), Nulidades absolutas y relativas (ver nota 19), Posesión de herencia (ver nota 20), Laudo arbitral en un litigio sobre seguros marítimos (ver nota 21), Dictamen sobre “Pase de Bulas” (ver nota 22), etcétera.

g) Un lugar aparte entre sus obras jurídicas, merece el Código de Comercio redactado en colaboración con el doctor Eduardo ACEVEDO, que fue sancionado por la provincia de Buenos Aires en 1857 y adoptado para todo el país en 1862, una vez producida la unidad nacional. En la época en que se redactó este Código, VÉLEZ era ministro de Obligado. Convencido de la necesidad impostergable de modificar la legislación mercantil, tomó la iniciativa llamando para colaborar con él al doctor ACEVEDO, joven jurista uruguayo que ya había puesto de manifiesto su capacidad al preparar un proyecto de Código Civil para su país. ACEVEDO tomó a su cargo la tarea de redactar el anteproyecto que luego VÉLEZ SARSFIELD corregía, adicionaba y mejoraba en todo sentido (ver nota 23). El proyecto quedó concluido en menos de un año (junio de 1856, abril de 1857), y poco tiempo después recibió la sanción de la Legislatura porteña, no sin vencer dificultades, contra las cuales Sarmiento, que se había convertido en el campeón de la codificación mercantil, como más tarde lo sería de la civil, luchó con su pasión habitual.

Entre sus trabajos en materia económica cabe recordar las Memorias redactadas como Ministro de Hacienda de la Nación y la Circular de los Cónsules, escrita durante la secesión de Buenos Aires. También hizo sus incursiones en el terreno histórico, siendo de destacar su polémica con Mitre, con motivo de la aparición de la Historia de Belgrano y de la Independencia argentina; desarrolló una intensísima y fecunda labor periodísticas desde las columnas de El Nacional, que él fundó; su inquietud intelectual lo impulsó a realizar una tarea delicada y difícil, la traducción de la Eneida de VIRGILIO, que hizo a manera de descanso de tanta y tan ímproba labor como la que afrontó a lo largo de toda su vida, este trabajador infatigable.

(nota 1) DE RUGGIERO, R., Instituciones de derecho civil, ed. esp., p. 101.

(nota 2) Sobre la influencia del Código Napoleón en la codificación moderna véase Livre du centenaire du Code Civil, 1904; y COSTE-FLORET, P., Le Code Civil et les codifications étrangères, Travaux de la Commission de réforme du Code Civil, París, 1945-1947, t. 1, p. 68.

(nota 3) SAVIGNY, De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho, aparecido en Alemania en 1814.

(nota 4) THIBAUT, A.F., Sobre la necesidad de un derecho común para toda Alemania, trad. española, Madrid.

(nota 5) Sobre este punto véase: CASTRO y BRAVO, Derecho civil de España, 2ª ed., t. 1, p. 176; SCHWARZ, Recueil en l'honneur de E. Lambert, 1938, p. 583; RIPERT, G., Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2ª ed., nº 9.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA: LEVENE, R., Introducción al estudio del derecho indiano, Buenos Aires; OTS CAPDEQUI, J.M., Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano, Buenos Aires, 1943; BUNGE, C.O., Historia del derecho argentino, Buenos Aires.

(nota 7) SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 111; BUNGE, C.O., Historia del derecho argentino, t. 2, p. 437, nota 1; LEVENE, R., Introducción al estudio del derecho indiano, ps. 329 y s.

(nota 8) BIBLIOGRAFÍA: En este punto, seguimos sobre todo, la obra magistral de CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, y s., nº 12 y s.; véase también GONZÁLEZ SABATHÉ, Estado del derecho argentino antes de sancionarse el Código, Rosario, 1921; CABRAL TEXO, J., Fuentes nacionales del Código Civil argentino, Buenos Aires, 1919; íd., Historia del Código Civil argentino, Buenos Aires, 1920; COLMO, A., Técnica legislativa del Código Civil argentino, Buenos Aires, 1917; PRADO y ROJAS, A., Leyes y decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1873, Buenos Aires, 1877.

(nota 9) UGARTE, sin embargo, puso manos a la obra y llegó a redactar el libro I; sobre este proyecto, véase ZORRAQUÍN BECÚ, R., Marcelino Ugarte, Buenos Aires, 1954; y del mismo autor, Un proyecto desconocido de Código Civil, Rev. del Instituto de Historia del Derecho, 1952, nº 4, ps. 60 y s.

(nota 10) BIBLIOGRAFÍA: Principalmente, véase la obra de CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, Buenos Aires, MARTÍNEZ PAZ, E., Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil argentino, Córdoba, 1916; SARMIENTO, D.F., Bosquejo de la biografía de don D. Vélez Sarsfield, Buenos Aires, 1875; CABRAL TEXO, J., Historia del Código Civil argentino, Buenos Aires, 1920.

(nota 11) CHANETON, Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, nº 285.

(nota 12) CHANETON, op. cit., t. 2, n° 286.

(nota 13) CHANETON, op. cit., t. 2, n° 288.

(nota 14) DÍAZ BIALET, A., El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield, Córdoba, 1949, t. 1, ps. 74 y s.

(nota 15) Revista de Legislación y Jurisprudencia, t. 1, ps. 178 y s.

(nota 16) Revista de Legislación y Jurisprudencia, t. 2, ps. 18 y s.

(nota 17) Revista de Legislación y Jurisprudencia, t. 2, ps. 377 y s.

(nota 18) Revista de Legislación y Jurisprudencia, t. 6, ps. 24 y s.

(nota 19) Revista de Legislación y Jurisprudencia, t. 7, ps. 206 y s.

(nota 20) Revista de Legislación y Jurisprudencia, t. 6, ps. 353 y s.

(nota 21) Revista de Legislación y Jurisprudencia de Monguillot, t. 6, ps. 353 y s.

(nota 22) El Foro, ps. 323 y s.

(nota 23) Son palabras del propio Acevedo. La cuestión acerca de la importancia de la labor de Vélez en la redacción de este Código y acerca de la “grosera calumnia” de que fue objeto, ha sido definitivamente dilucidada por CHANETON, Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, n° 58 y s.

1117/10270

E.— LAS DISTINTAS EDICIONES Y LA LEY DE FE DE ERRATAS

1117/104

104. LA PRIMERA EDICIÓN.— A medida que VÉLEZ iba entregando los distintos libros que integran el Código el Poder Ejecutivo los hacía imprimir a fin de que se fueran conociendo, con lo que facilitaba su discusión y crítica. El libro I se imprimió en La Nación Argentina, en 1865; los siguientes, en la imprenta de Pablo A. CONI, durante los años 1866-1869.

Esta edición resultó con numerosas erratas, sobre todo el primer libro, que fue readaptado más tarde por CONI; pero como a la llegada de la edición de Nueva York se levantó una verdadera tempestad de críticas por las razones que hemos de ver en el párrafo siguiente, el Poder Ejecutivo decidió declararla oficial por decreto del 10 de enero de 1871.

1117/105

105. LA EDICIÓN DE NUEVA YORK.— Las numerosas deficiencias que tenía la primera edición y el deseo de presentar la obra en la mejor impresión que pudiera lograrse en aquella época, decidieron a Sarmiento, tan admirador de los Estados Unidos, a encargar una nueva edición a la casa Hallet y Breen, de Nueva York.

La impresión se hizo bajo la dirección del ministro argentino en Washington, Manuel R. GARCÍA y de Carlos CARRANZA. VÉLEZ SARSFIELD los había autorizado a corregir los errores de imprenta y a suplir o borrar palabras que falten o estén de más. Pero Sarmiento, interesadísimo en la obra, y siempre tan arbitrario y personal, había escrito a GARCÍA: Corrija o no el texto del Código, según su juicio (ver nota 1), lo que importaba nada menos que una carta en blanco para alterar una ley del Congreso.

GARCÍA y CARRANZA, sin llegar por cierto a introducir ninguna reforma de importancia, consumaron algunas alteraciones que no pasaron inadvertidas en cuanto la edición llegó a Buenos Aires. La oposición a Sarmiento, encabezada en aquel momento por el general Mitre, aprovechó la ocasión para promover un verdadero escándalo político. El Presidente, que de ninguna manera deseaba obstaculizar la vigencia del Código, y procediendo esta vez con una prudencia tanto más loable cuanto rara en él, decidió declarar edición oficial la de Buenos Aires, hasta tanto una Comisión designada algunos días antes (29 de diciembre de 1870) informara a la mayor brevedad posible, si había alteraciones en el texto de la edición de Nueva York y cuáles eran éstas.

La Comisión, formada por Victoriano DE LA PLAZA y Aurelio PRADO, se pronunció en agosto de 1871, informando que habían encontrado más de 1800 correcciones, unas que

alteran las disposiciones, mejorándolas, otras en las cuales no habían sido bien hechas las correcciones (ver nota 2).

Este informe dio origen a un mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso con el que se acompañaba un proyecto de ley declarando oficial la edición de Nueva York, con una planilla de fe de erratas. Así lo declaró la ley 527 sancionando al mismo tiempo una planilla de veinticuatro erratas, que se agregaría a la edición (agosto de 1872).

1117/106

106. LA LEY DE FE DE ERRATAS.— Las deficiencias de la edición de Buenos Aires y los errores de la de Nueva York, movieron al senador Benjamín PAZ a presentar un proyecto de ley en 1878, proponiendo una nueva fe de erratas. El proyecto del senador tucumano no era otro que rectificar algunos simples errores de copia o de impresión que según su proyecto, alcanzaban a veintinueve. Pero después de pasar por ambas Cámaras y sus comisiones, las enmiendas llegaron a doscientos ochenta y cinco. La ley de fe de erratas quedó sancionada en agosto de 1882. Es verdad que casi todas las enmiendas no significaron otra cosa que meras correcciones tipográficas o gramaticales, que casi siempre mejoraron el texto; pero algunas, so pretexto de erratas, introdujeron verdaderas reformas al fondo de la ley. Es éste el caso del artículo 3576 Ver Texto y, sobre todo, del artículo 325 Ver Texto , que alteró totalmente la doctrina legal de esta disposición, al agregar una cláusula según la cual, la acción de filiación después de la muerte de los padres, sólo es viable si se demuestra que hubo posesión de estado.

1117/107

107. LA EDICIÓN DE LA PAMPA.— La misma ley 1196 , de fe de erratas, dispuso que se hiciera una nueva edición, incorporando las correcciones dispuestas por la ley, y al propio tiempo ordenó que una Comisión de dos abogados cambiase la numeración del Código, que era fragmentaria y por títulos —lo que dificultaba las citas—, sustituyéndola por una corrida. Los encargados de realizar esta tarea y velar por la nueva edición fueron los doctores Rafael RUIZ DE LOS LLANOS e Isaac CHAVARRÍA. La impresión se realizó en los talleres de La Pampa, en 1883, y un decreto del 4 de diciembre del mismo año la declaró oficial.

1117/108

108. PROYECTO DE UNA NUEVA EDICIÓN.— En el año 1900 el presidente Roca designó una comisión formada por los doctores José GUASTAVINO y Agustín DE VEDIA para preparar una nueva edición a la que debía incorporarse la ley de matrimonio

civil, de tal manera que no se alterase la numeración de los artículos no modificados, al propio tiempo que debían salvar las incorrecciones o falta de armonía de las distintas disposiciones correlativas del mismo Código.

Cuando GUASTAVINO y VEDIA elevaron su trabajo al Poder Ejecutivo, éste solicitó el dictamen de la Facultad de Derecho. Una Comisión formada por Calixto DE LA TORRE, Baldomero LLERENA, Juan Antonio BIBILONI, David DE TEZANOS PINTO y Ángel S. PIZARRO estudió aquel trabajo y encontró que sus autores habían excedido notablemente la misión que se les confió introduciendo verdaderas reformas al Código. Ampliadas sus facultades, la Comisión de la Facultad de Derecho presentó en 1903 un nuevo proyecto que también proponía reformas al articulado de aquél. Estos proyectos nunca llegaron a ser tratados en el Congreso Nacional, al que fueran remitidos por el Ejecutivo.

1117/10280

F.— LAS FUENTES (ver nota 3)

1117/109

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

1117/110

110. a) El derecho romano (ver nota 4).— Es ésta la fuente primera de toda la legislación moderna, en materia de derecho privado. En Roma tienen su origen todas o casi todas las instituciones jurídicas actuales que, naturalmente, han experimentado la influencia de los profundos cambios de la economía y de la técnica del mundo contemporáneo; pero la ciencia del derecho nació en aquel pueblo.

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

Era proverbial su conocimiento del latín. Cuando Sarmiento le ofreció el Ministerio del Interior, él le contestó, burlándose de sí mismo: ¿Viene usted buscando el latín? El

conocimiento de aquel idioma le permitió tomar contacto directo con los venerables textos de la codificación justiniana.

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

Más modernas para la época en que se proyectó el Código eran las obras de MAYNZ, MACKELDEY, ORTOLÁN y MOLITOR, tan útiles aún hoy, sobre todo la primera. Pero entre todos los romanistas, sin duda el que influyó más en el espíritu de VÉLEZ, fue el sabio jurista alemán Federico Carlos DE SAVIGNY, cuya obra magna, Sistema del derecho romano actual, en su versión francesa (ver nota 5), llegó a sus manos en el momento en que se encontraba entregado a la tarea de redactar el Código. Esta obra habría de serle utilísima, sobre todo en lo que atañe a las personas jurídicas, las obligaciones, la posesión y la admisión del principio del domicilio, como base de la determinación de la ley que debe regir el estado y la capacidad de las personas.

1117/111

111. b) La legislación española y el derecho patrio (ver nota 6).— Sobre la influencia que la legislación española y el derecho patrio tuvieron en la redacción del Código, se suscitó una viva polémica en el momento de su aparición. ALBERDI, cuya estatura de jurista ha sido reducida a sus exactas dimensiones por CHANETON (ver nota 7), sostuvo con todo desenfado que aquel derecho había sido puesto de lado por VÉLEZ. Esta opinión halló fácil eco en aquella época, e inclusive, llegó a ser recogida por un jurista de la talla de COLMO (ver nota 8)

Ya el mismo VÉLEZ había respondido que si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de Código, hubiera encontrado que la primera fuente de que me valgo, son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tiene la nota de una ley de Partidas, del Fuero Real, de las Recopiladas (ver nota 9). Que ésta ha sido la fuente fundamental de nuestro Código está ya fuera de toda posible discusión.

VÉLEZ fue un jurista de cultura esencialmente romano-hispánica. Tenía conocimiento profundo de ambos derechos, tan íntimamente ligados entre sí; así lo prueban de modo concluyente sus anotaciones a las Instituciones de ÁLVAREZ y a los Elementos y Recitaciones de HEINECCIUS. Si las referencias a la legislación española y el derecho patrio no son más frecuentes en sus notas, ello se debe a que, siendo aquél el derecho vigente y conocido, las referencias parecían superfluas. Pero el Código continuó la tradición jurídica del país; en lo que innovó profundamente fue en la técnica legislativa. Unidad, orden, método, claridad, todo eso significó en nuestra legislación el Código Civil;

y para ello VÉLEZ se valió de lo mejor de la doctrina y la legislación extranjera. No queremos con esto afirmar que los antecedentes extranjeros sirvieron a nuestro Código tan sólo en el aspecto de la técnica jurídica; pero sí que el codificador tuvo en cuenta fundamentalmente el derecho vigente en nuestro país y que el foráneo le sirvió para perfeccionar nuestras instituciones, pero no para sustituirlas por otras extrañas a nuestra sociedad (ver nota 10).

La crítica se ha particularizado con el pretendido olvido de la legislación patria. Hemos visto ya que las leyes dictadas a partir de la Revolución de Mayo fueron, en verdad, poco importantes (véase núms. 93 y sigs.). Y, desde luego, no puede decirse que VÉLEZ las haya desconocido o dejado de lado. Por el contrario, muchas de ellas, y justamente las que lo merecían, han sido incorporadas al Código.

1117/112

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

VÉLEZ conocía muy bien la sociedad argentina; una larga vida con permanente preocupación de bien público, le había brindado dilatada experiencia; fue, sin duda, un jurista de muy vasta erudición, pero tenía firmemente plantados sus pies en la realidad nacional. Conocía por lo tanto, las costumbres patrias y las respetó; y si en el artículo 17 Ver Texto del Código Civil disponía que las costumbres sólo pueden crear derechos cuando las leyes se refieren a ellas, era por una razón de técnica legislativa; pero de ningún modo obedecía a una hostilidad hacia las costumbres imperantes en nuestro medio. Estas, o bien fueron incorporadas al Código sin mencionarlas, o bien fueron adoptadas, mencionadas y convalidadas en numerosas disposiciones.

1117/113

113.— En 1867 se produjo en la provincia de Santa Fe un episodio singular, que dio oportunidad a que VÉLEZ expresara su opinión sobre este punto. En aquel año, la Legislatura provincial, por iniciativa del gobernador Oroño, sancionó una ley estableciendo el matrimonio civil. La reacción popular fue inmediata e incontenible. El gobernador tuvo que renunciar y la Legislatura fue disuelta, constituyéndose otra que de inmediato dejó sin efecto la ley. A VÉLEZ SARSFIELD le tocó dictaminar en el asunto, en su carácter de Asesor del Gobierno Nacional, cuando el gobernador depuesto acudió ante éste, buscando

amparo para su autoridad. Dijo entonces VÉLEZ que si se hubiera consultado a la voluntad del pueblo, no se habría dado un golpe tal a las costumbres, a la moral y a la religión de los habitantes de la provincia (ver nota 11). Y en la nota al artículo 1667 Ver Texto dice que el matrimonio civil “sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país”. A ello se debió que mantuviera su carácter religioso, no obstante la tendencia liberal de la época, profesada por casi todos los prohombres de entonces, y que había de cristalizar veinte años después con la sanción de la ley de matrimonio civil.

1117/114

114. c) El Código Civil francés y sus comentaristas.—Hemos aludido ya a la vastísima influencia que tuvo el Código Napoleón en el movimiento universal de codificación (véase núm. 89). Esa influencia se hizo sentir también en el nuestro. Según SEGOVIA, de los 2282 artículos con que aquél cuenta, la mitad han sido reproducidos por VÉLEZ, si bien solamente 145 se han copiado (ver nota 12). Sin embargo, esta estadística induce a error y exagera notablemente la influencia del Código francés, porque si numerosas disposiciones de nuestro Código son semejantes a las de aquél, es porque éste a su vez las ha tomado del derecho romano. Sin duda alguna, la influencia mayor del Código Civil francés se produjo en el terreno de la técnica jurídica.

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

Aparecen también citados en algunas notas del Código, MASSÉ y VERGÉ, DELAMARE, VAZEILLE, CHABOT, DEMANGEAT, CHARDON, COIN-DELISLE CHABOT, MARTOU, PERSIL, ROGRON, POCHANNET, BRESOLLES, MOREL y algunos otros.

1117/115

115. d) La obra de Freitas (ver nota 13).— Augusto TEIXEIRA DE FREITAS fue un eminente jurista brasileño, contemporáneo de VÉLEZ SARSFIELD, que alcanzó renombre continental con la recopilación del derecho portugués y brasileño, que se llamó Consolidação das Leis Civis. En 1333 artículos había logrado ordenar y clasificar un inmenso material legislativo. A raíz del éxito logrado en esta tarea, que le fue encomendada por el gobierno de su país, recibió el encargo de proyectar el Código Civil (1858).

Después de más de diez años de labor, FREITAS, desanimado y descontento de su obra, la dejó inconclusa, pues no llegó a redactar el libro de sucesiones, concurso de acreedores y prescripción. Aún así su Esboço, fue, sin duda, una obra admirable por lo novedoso y acertado de su método (en el que por primera vez en la codificación civil se agrupó separadamente la parte general), por la firmeza de los principios que la inspiran y la seguridad con que los sigue, y por la claridad de su redacción. VÉLEZ no ocultó su admiración por la obra del jurista brasileño y en su nota de remisión del proyecto manifestó que había tomado muchísimos artículos del Esboço. Esa influencia se nota, sobre todo, en materia de extraterritorialidad de la ley, personas jurídicas, nulidades, etcétera.

Pero si FREITAS tuvo tal vez mayor talento creador y mayor originalidad que VÉLEZ, éste fue un legislador más agudo y práctico. Mientras el primero consagró su vida entera al estudio del derecho, sin que nada pudiera apartarlo de esa vocación absorbente, VÉLEZ, por el contrario, completó su personalidad de jurista con la actuación política. Esto le dio una visión clarísima de la vida del derecho y de los problemas nacionales. Todo ello se aunó en el feliz resultado que fue el Código Civil.

1117/116

116. e) Otras fuentes.— Sirvieron también de fuente a nuestro Código, aunque sin embargo, en un plano secundario, otras leyes y juristas, recordados en las notas.

Entre los códigos civiles debemos mencionar al chileno, obra de BELLO, que VÉLEZ juzgaba muy superior a los europeos y que según SEGOVIA, ha servido de fuente a 170 artículos (ver nota 14); el del Estado de Louisiana de 1824, que inspiró 52 artículos (ver nota 15); el de los Estados Sardos; el italiano de 1865, que VÉLEZ conoció cuando se hallaba entregado a la tarea de la redacción del Código; el prusiano de 1794, el sajón y el bávaro; el austríaco de 1811; el ruso, que era más bien una compilación que un Código.

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

1117/10290

G.— EL MÉTODO (ver nota 16)

117. PLAN DEL CÓDIGO CIVIL.— Según el propio VÉLEZ SARSFIELD lo dijo, el plan a que había de ajustarse su obra fue uno de los problemas que más le preocuparon. Inspirándose sobre todo en el Esboço de FREITAS, pero sin respetarlo totalmente, adoptó el siguiente método:

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

El libro primero, trata de las personas. Está dividido en dos secciones, la primera para las personas en general y la segunda para las personas en las relaciones de familia.

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

El libro tercero se refiere a los derechos reales.

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

Este método significó un notable mejoramiento con respecto a los códigos vigentes en ese momento, y muy particularmente sobre el francés, modelo de los demás y objeto de unánime admiración. Para comprender las ventajas del método nuestro, basta una ligera referencia al del Código Napoleón. Está dividido en tres libros. El primero trata de las personas y la familia; el segundo, de los bienes y, particularmente, de la propiedad; el tercero, bajo el rubro de “diversos modos de adquirir la propiedad”, reúne, sin mayor orden, disposiciones sobre sucesiones, donaciones y testamentos, contratos y obligaciones en general, contratos en especial, entre los que incluye el de casamiento y su régimen patrimonial, la prenda, la anticresis, los privilegios e hipotecas, la expropiación y la prescripción, abarcando 1571 artículos de los 2281 con que cuenta el Código en total.

Las ventajas más notables del método de nuestro Código sobre el francés, son las siguientes: a) la reunión en un título de los hechos y actos jurídicos, que en el derecho moderno forma una de las materias de la llamada parte general; b) la reunión de los derechos reales en un solo libro, en lugar de la dispersión del Código francés; c) el

matrimonio se trata en el derecho de familia y no entre los contratos; d) separación del libro de sucesiones, sin entremezclarlo con el contrato de donación.

No obstante este evidente mejoramiento respecto del Código francés, consideramos que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, el método seguido por FREITAS, que le sirvió de modelo, tiene mayor rigor científico. El jurista brasileño proyectó por primera vez para un Código la reunión de la legislación sobre personas, las cosas y los hechos y actos jurídicos, en una parte general, método que habría de recibir más tarde el espaldarazo del Código Civil alemán. VÉLEZ se quedó a medio camino; legisló en un título sobre hechos y actos jurídicos, pero no creyó conveniente separar y reunir en un libro las materias de la parte general. Pero si esta cuestión metodológica tiene indiscutible importancia científica y, sobre todo, didáctica, es también indudable que la tiene mucho menor tratándose de un Código. Si una materia debe estar en tal o cual lugar, depende a veces de criterios lógicos que pueden diferir, sin que ello afecte la bondad de la legislación (ver nota 17). Y, por lo pronto, la cuestión relativa a la conveniencia de formular en el Código Civil una parte general, todavía no está definitivamente dilucidada en la moderna legislación, como hemos de verlo enseguida.

1117/118

118. EL MÉTODO EN LA LEGISLACIÓN MODERNA.—El Código Civil alemán, entrado en vigencia el 1º de enero de 1900, tuvo las proyecciones de un verdadero suceso jurídico, por el rigor de su técnica legislativa y el acierto de su método.

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

La resonancia mundial alcanzada por el Código alemán, pareció imponer definitivamente este método en la codificación. Pocos años más tarde, en 1916, el Brasil puso en vigencia su excelente Código, adoptando un método semejante. En nuestro país, el Proyecto de Reforma de 1936 hizo lo propio: el libro primero trata sobre la parte general; el segundo, de las relaciones de familia; el tercero, de las obligaciones y contratos; el cuarto, de los derechos reales, y el quinto, sobre sucesiones.

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

119. LAS NOTAS (ver nota 18).— El Código Civil argentino presenta una característica muy singular, como es la de que los artículos llevan al pie notas en las que VÉLEZ expone los fundamentos de la solución adoptada, o bien transcribe leyes o párrafos de tratadistas, o se limita a citarlos.

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

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

Se han señalado en ella numerosas erratas y aun contradicciones con el texto del artículo. Es clásica la que hay entre los artículos 2311 Ver Texto y 2312 y la nota al pie del primero. Las causas son algunas imputables al codificador y otras, no. Ocurría a veces que rehacía todo un título o modificaba una disposición, sin alterar las notas preparadas para la redacción primera. La inmensa tarea que pesaba sobre él le hizo descuidar un poco esta parte de su trabajo, consciente de que, en definitiva, lo que realmente importaba era el texto del Código, que era lo único que tenía fuerza de ley. Así, por ejemplo, casi todas las notas del Libro IV fueron trasladadas de los cuadernos a los originales del proyecto por el escribiente Victoriano de la Plaza, sin que VÉLEZ hiciera nunca el expurgo de esas referencias (ver nota 19). Pero no es eso todo. Más tarde, García y Carranza, encargados de vigilar la edición de Nueva York, como también Ruiz de los Llanos y Chavarría, encargados de la edición de La Pampa, introdujeron modificaciones numerosas en los textos originales (ver nota 20).

No obstante ello, las notas conservan todavía hoy un gran valor doctrinario. Naturalmente carecen de fuerza legal, lo que no implica, sin embargo, negarles todo valor interpretativo, como hemos de verlo oportunamente (núms. 213 y 214).

H.— JUICIO CRÍTICO

1117/120

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

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

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

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

Desde el punto de vista formal, el método adoptado por VÉLEZ importó un singular acierto. Las materias están distribuidas de manera razonable y lógica, no obstante que desde el punto de vista teórico el plan seguido sea susceptible de perfeccionamiento (véase núm. 117).

1117/121

121. SUS DEFECTOS.— Ya hemos dicho que el individualismo del Código, no puede contarse entre los desaciertos de VÉLEZ: fue simplemente un producto de la época. Pero el mundo contemporáneo no soporta ya la supervivencia del liberalismo individualista. Hoy no podría continuar rigiendo nuestro Código tal como fue sancionado en 1869. Y, sin duda, esto no pasó siquiera por la mente de su autor. Un Código no es una obra eterna; aun el más perfecto debe ir adaptándose a la evolución del medio social. Es lo que ha ocurrido también en nuestro país, en que sucesivas reformas parciales han transformado fundamentalmente el sentido individualista de nuestra legislación.

Cabe señalar también algunos vacíos, como, por ejemplo, la falta de legislación sobre nombre; la omisión de la adopción; y la del Registro público de la propiedad, que no podía ser suplantado por el arcaico sistema de la tradición, que el Código conserva.

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

Abusa también de las definiciones; pero creemos que en este punto las críticas han sido exageradas. Convenimos en que es preferible que la ley no se ocupe de teorizaciones, y que es peligroso encerrar los conceptos jurídicos en definiciones que, con el tiempo, pueden convertirse en moldes demasiado estrechos, en los que queda aprisionada la evolución del derecho. Pero también es cierto que, en muchos casos, las definiciones son indispensables: lo han demostrado las modernas codificaciones, que a pesar de la excelencia de su técnica jurídica —y quizá por ello— no han podido prescindir de formularlas. Y algunas veces el acierto de VÉLEZ ha sido singular, como, por ejemplo, el admirable artículo 944 Ver Texto , que define el concepto de actos jurídicos y ha permitido formular en nuestro país una teoría clara en esta materia tan importante, alejando el peligro de las ambigüedades, vacilaciones y caos doctrinario que sobre el mismo punto existen en otros países.

No obstante ello, es indiscutible que el doctrinarismo del Código resulta hoy algo excesivo (ver nota 21); VÉLEZ incurrió en este defecto, no por ignorancia de que lo era, sino porque creyó que de esta manera facilitaba la comprensión y aplicación de su obra, en un medio no preparado aún por la carencia absoluta de doctrina jurídica para digerir fórmulas técnicas demasiado perfectas.

Como conclusión, debemos resumir nuestro juicio sobre el Código afirmando que fue una obra excelente para su tiempo, tanto desde el punto de vista de su técnica, como de su

contenido, y que sirvió de admirable instrumento para el desenvolvimiento económico del país (ver nota 22).

1117/10310

1.— LAS REFORMAS

1117/122

122. LAS REFORMAS PARCIALES.— La evolución técnica, económica y social producida en el mundo entero desde hace ochenta años, debía necesariamente reflejarse en la reforma de la legislación civil. Desde la época de su sanción, el Código Civil ha sufrido numerosas reformas. De ellas hemos de recordar tan sólo las importantes.

1) La ley de matrimonio civil de 1889; 2) la ley orgánica de tribunales, que crea el Registro de la Propiedad, hipotecas y embargos e inhibiciones; 3) la ley 3594 , que crea el Registro de mandatos; 4) la ley 9151 , sobre escrituras públicas; 5) la ley 9511 , sobre inembargabilidad de sueldos; numerosas leyes posteriores han establecido la inembargabilidad de otros bienes (v. núm. 747); 6) la ley 9644 , sobre prenda agraria; 7) la ley 9688 , de accidentes del trabajo, que introdujo una reforma sustancial para esos casos, en el fundamento de la responsabilidad civil; 8) la ley 10281 , sobre el bien del hogar; 9) la ley 10903 , acerca del patronato de menores , que introduce importantes reformas en el derecho de familia; 10) la ley 11077 , sobre concurso civil (hoy derogada); 11) la ley 11357 , que modifica esencialmente el status de la mujer casada; 12) la leyes 7092 , 9510 y 11723 , de derechos intelectuales; 13) las numerosas leyes de emergencia sobre arrendamientos urbanos y rurales; 14) la ley 13512 , sobre propiedad horizontal y 19134 , de adopción; 16) la ley 14367 , que modifica profundamente la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio; 17) la ley 14394 , sobre divorcio, bien de familia, menores y ausencia con presunción de fallecimiento (luego derogada en lo que atañe al divorcio, por decreto del 1-3-1956); 18) la ley 15875 sobre escrituras públicas; 19) la ley 16504 modificatoria del art. 2º Ver Texto del Código; 20) la ley 19551 sobre concursos civiles y comerciales.

1117/123

123. LA LEY 17711.— A fines de 1966, la Secretaría de Estado de Justicia designó una Comisión para estudiar la reforma del Código Civil. Estaba constituida por los doctores José María LÓPEZ OLACIREGUI, Dalmiro ALSINA ATIENZA, Alberto G. SPOTA, Roberto MARTÍNEZ RUIZ, Abel FLEITAS, José F. BIDAÚ y el autor de esta obra. Por

distintos motivos, renunciaron sucesivamente los tres primeros, no sin antes haber realizado un importante aporte a la labor de la Comisión.

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

La Comisión entregó su trabajo a principios de 1968, convirtiéndose el proyecto en la ley 17711 , dictada el 22 de abril de 1968 y que empezó a regir el 1º de julio del mismo año. Con fecha 15 de octubre de 1968 se sancionó la ley 17940 que tiene carácter de fe de erratas de la anterior y agregó una disposición transitoria en materia de prescripción.

123-1.— La ley 17711 importa una profunda renovación de nuestro derecho civil. El estudio de sus disposiciones permite señalar cuáles han sido los principios y lineamientos generales que han inspirado la reforma:

a) Ha importado un cambio de la filosofía liberal, individualista y positivista de nuestro Código por otra de contenido más social, más humano, preocupada de una justicia más auténtica. Ello se ha logrado principalmente a través de la admisión de la teoría del abuso del derecho (art. 1071 Ver Texto), de la lesión (art. 954 Ver Texto), de la imprevisión (art. 1198 Ver Texto), de una muy frecuente apelación a la buena fe y la equidad para resolver los conflictos humanos, y de la muy importante reforma del artículo 2513 Ver Texto , que siguiendo las ideas del liberalismo manchesteriano, atribuía al dueño poderes omnímodos, inclusive los de degradar y destruir la propiedad. El nuevo texto suprime esas potestades inicuas y prescribe que debe hacerse un ejercicio regular del derecho de propiedad, lo que implica reconocerle su función social.

b) La modernización del derecho civil no ha resultado sólo del cambio de filosofía, sino también de haberle impreso la dinámica apropiada a nuestro tiempo; se ha fijado la edad de la mayoría en los 21 años (art. 126 Ver Texto); se ha ampliado notablemente la capacidad de los menores de 18 años (art. 128 Ver Texto), con lo que se toma en cuenta la mayor precocidad y ansias de liberación de la juventud moderna; se admite la emancipación dativa al lado de la derivada del matrimonio y se aumenta el ámbito de su capacidad (art. 131 Ver Texto); se introduce la teoría del riesgo creado en materia de hechos ilícitos (art. 1113 Ver Texto); se admite la mora automática en las obligaciones a plazo (art. 509 Ver Texto), terminando con el vetusto sistema de la interpelación; se introduce el pacto comisorio tácito en los contratos (art. 1204 Ver Texto); se admite el divorcio por mutuo consentimiento (art. 67 bis , ley de matr. civil); se abrevian los plazos excesivamente prolongados de prescripción, etcétera.

c) Se ha mejorado la situación de la mujer casada, poniéndola en un pie de completa igualdad con el marido; y se ha hecho más estrecha y vital la sociedad conyugal al exigir el consentimiento del cónyuge para poder disponer de los más importantes bienes del matrimonio (arts. 1276 Ver Texto y 1277), con lo que al propio tiempo, se protege a los cónyuges (y principalmente a la mujer) de las enajenaciones inconsultas, inconvenientes o fraudulentas del cónyuge-administrador.

d) Se ha procurado acentuar la seguridad jurídica, protegiendo a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (art. 1051 Ver Texto), a quienes contratan de buena fe y a título oneroso con un demente no notorio (art. 473 Ver Texto), a quienes han adquirido un inmueble por boleto de compraventa (art. 1085 bis).

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

f) Se ha ampliado notablemente el campo de acción y de decisión de los jueces, al prescribirles en numerosas disposiciones fallar según la equidad o de acuerdo a las circunstancias del caso, lo que les permite decidir los juicios con una gran flexibilidad de criterio y hacer la justicia concreta del caso. Las Segundas Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina (Santa Fe, 1977) declararon que la experiencia de diez años demuestra que esta ampliación de las facultades de los jueces ha sido altamente positiva, permitiendo una mayor flexibilidad en la aplicación de las normas jurídicas, para adaptarlas a la rica y siempre cambiante realidad social.

Para completar esta idea general de la reforma, recordaremos la modificación del sistema de los efectos de la ley con relación al tiempo (art. 3º Ver Texto); el reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho (art. 17 Ver Texto); una nueva regulación de las personas jurídicas (arts. 33 Ver Texto , 45 Ver Texto , 46, 48 Ver Texto); la regulación de una institución de gran importancia práctica, la inhabilitación (art. 152 bis Ver Texto); la reforma de algunas disposiciones sobre tutela y curatela; la admisión de las astreintes (art. 666 bis Ver Texto); la indemnización del daño moral no sólo en los hechos ilícitos sino también en los contratos (art. 522 Ver Texto); la reforma de distintas disposiciones en materia de contrato de compraventa, locación de obra, sociedad, donación y mandato; la modificación de numerosas reglas en materia de derechos reales; la exigencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad para la transmisión del dominio, sin prescindir de la escritura público ni de la tradición (art. 2505 Ver Texto); se presume la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario, trastocando la anterior solución del Código (art. 3363 Ver Texto); se establecen nuevas reglas sobre colación (art. 3477 Ver Texto) y sobre el orden hereditario (arts. 3569 bis Ver Texto , 3571 Ver Texto , 3573 Ver Texto , 3576 Ver Texto , 3575 bis , 3581 Ver Texto , 3585 Ver Texto , 3586); se deroga la prohibición del casamiento entre leprosos, se introducen reformas a las leyes 11357 , 14367 y 14394 .

El conjunto de todas estas reformas es de una trascendencia tal —particularmente por el cambio de filosofía y por su adecuación a la dinámica moderna— que no es aventurado afirmar que hoy tenemos un nuevo Código Civil o, por lo menos, un Código Civil profundamente renovado y distinto del que redactara VÉLEZ SARSFIELD (ver nota 23).

123-2. LEYES 23264 Y 23515.— Estas leyes dictadas en 1987 y 1988, respectivamente, introdujeron profundas reformas en materia de derecho de familia. Las más importantes fueron: la introducción del divorcio vincular a la par de la simple separación de personas; una notable ampliación de las causales que permiten pedir la separación y el divorcio; la total igualación del status jurídico de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; el ejercicio de la patria potestad, que antes estaba reservado al padre, hoy corresponde conjuntamente a ambos padres, si convivieren, y toda discrepancia entre ellos respecto de dicho ejercicio, debe ser resuelto por el juez competente; si los padres no convivieren, el ejercicio de la patria potestad corresponde al que tiene la tenencia del menor, sin perjuicio del derecho del otro a tener una adecuada comunicación con el hijo y a supervisar su educación.

1117/124

124. LA CUESTIÓN DE LA REFORMA INTEGRAL.— La profunda evolución social y económica del mundo contemporáneo, ha hecho surgir la cuestión de la reforma integral de nuestro Código. Se sostiene que el llamado derecho nuevo no responde ya a las ideas rectoras del Código Civil; y cuando una ley ha dejado de expresar el sentimiento jurídico popular está condenada a desaparecer. Por los menos, el Código ha sido sometido a numerosas reformas, inconexas entre sí, a veces contradictorias, por lo que se dificulta cada vez más su conocimiento y aplicación. La reforma integral, es según ese punto de vista, la solución natural y lógica del problema.

Aunque admitimos que la cuestión es delicada, pensamos que la reforma integral sería gravemente dañosa. En sus cien años de vida, el Código ha dado lugar a un muy valioso aporte doctrinario y a una no menos importante jurisprudencia. Todas sus disposiciones han sido sopesadas, analizadas, coordinadas y valoradas. La vida del derecho, el funcionamiento del Código —si se nos permite el término— ha puesto de manifiesto sus defectos y cualidades. Y aquéllos han sido subsanados en lo más importante, unas veces mediante una inteligente elaboración jurisprudencial. Toda esa enorme labor, todo ese ponderable esfuerzo, quedaría en buena medida inutilizado. El nuevo Código, mientras no haya sido sometido a una labor de crítica similar a la provocada por el actual, dará lugar a incertidumbres y a no pocos trastornos (ver nota 24). Además, todo aquello que el Código Civil tal como fue sancionado tiene de arcaico e injusto para nuestro criterio jurídico moderno, ha sido subsanado en su mayor parte por las leyes de reforma. Y hoy, después de la sanción de las leyes 17711 , 23264 y 23515 , ninguna razón de fondo justificaría la

sustitución total del Código. Lo que no significa que no sea conveniente modificar y actualizar algunas de sus normas, que es lo que se proponen los últimos proyectos de reformas.

1117/125

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

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

El Anteproyecto le llevó seis años de dura labor y es hoy un antecedente valiosísimo para cualquier intento futuro de reforma. Siguiendo el ejemplo de VÉLEZ anotó numerosas disposiciones de su proyecto. Estas notas, escritas en un estilo polémico y vivaz, dan la medida exacta de su talento, más brillante que profundo, pero siempre lúcido.

1117/126

126. EL PROYECTO DE 1936.— BIBILONI falleció poco después de entregar su trabajo. La Comisión reformadora juzgó que era necesaria una revisión general del Anteproyecto así lo hizo. Para lograr unidad en la sintaxis, se encargó a los Dres. Héctor LAFAILLE y Gastón Federico TOBAL la redacción definitiva. Finalmente, con fecha 1º de octubre de 1936, el Proyecto fue enviado al Poder Ejecutivo Nacional, con la firma de Roberto REPETTO, Rodolfo RIVAROLA, Héctor LAFAILLE, Enrique MARTÍNEZ PAZ y Gastón Federico TOBAL. A su vez, el Poder Ejecutivo lo elevó al Congreso Nacional, en donde nunca fue considerado.

No obstante sus innegables méritos científicos y técnicos, el Proyecto de 1936 ha sido recibido con frialdad, suscitando escasos y no muy entusiastas comentarios doctrinales (ver nota 25).

126-1. ANTEPROYECTO DE 1954.— La proyectada reforma del Código ha tenido otra importante expresión en el Anteproyecto que bajo la dirección del Dr. Jorge J. LLAMBÍAS preparó la Dirección de Institutos Jurídicos, y cuyo primer libro fue dado a conocer en 1954.

Siguiendo la tradición de nuestra enseñanza universitaria, se ha reunido en el primer libro las materias relativas a la Parte General; el segundo trata de la familia; el tercero, de la herencia; el cuarto, de las obligaciones y contratos; y el quinto de los derechos reales e intelectuales. El proyecto está acompañado de un volumen de concordancias y notas y de otro sobre fuentes. Cabe señalar la claridad y precisión con que ha sido redactado; los preceptos son breves, concretos y responden a una gran unidad de pensamiento.

126-2. PROYECTOS POSTERIORES.— En 1991 el Congreso sancionó una ley que introducía profundas reformas al Código Civil, la principal de las cuales era la incorporación a ese cuerpo de leyes de los contratos comerciales, con la consiguiente derogación del Código de Comercio. Si bien esa reforma está reclamada por la doctrina prácticamente unánime de nuestro país, la ley contenía disposiciones que contrariaban la Ley de Convertibilidad sancionada pocos meses antes y que es el pilar básico de la política económica del gobierno; tenía además, no obstante sus indiscutibles aciertos, otros errores que provocaron alarma en nuestros ambientes jurídicos, lo que motivó que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires se dirigieran al Poder Ejecutivo pidiéndole el veto total de la ley, lo que así se hizo.

Pero los intentos de reforma han continuado. Por decreto 468/1992, el Poder Ejecutivo designó una comisión integrada por Augusto C. BELLUSCIO, Salvador D. BERGEL, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Sergio LE PERA, Julio C. RIVERA, Federico VIDELA ESCALADA y Eduardo ZANNONI para reformar parcialmente el Código, particularmente en lo que atañe a la unificación de las obligaciones civiles y comerciales. La Comisión se expidió el 26 de marzo de 1993 y el proyecto fue hecho suyo por el Poder Ejecutivo y enviado al Senado, para su consideración y eventual aprobación.

Simultáneamente, la Cámara de Diputados dio media sanción el 3 de noviembre de 1993 a otro proyecto de reformas. La circunstancia de que un proyecto haya sido aprobado por la Cámara de Diputados y que otro distinto, auspiciado por el Poder Ejecutivo esté a consideración del Senado, ha demorado hasta el momento de entrar en prensa esta edición, las reformas proyectadas.

(nota 1) CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, nº 176.

(nota 2) CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, n° 178.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA: Además de la obra de CHANETON, Historia de Vélez Sarsfield, tantas veces citada véase: SEGOVIA, El Código Civil argentino, Introducción, t. 1; MOLINARI, D.L., Bases y formación del espíritu jurídico de Vélez Sarsfield; CABRAL TEXO, J., Historia del Código Civil argentino, Buenos Aires, 1920.

(nota 4) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota anterior, véase DÍAZ BIALET, A., El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield, Córdoba, 1949; Influencia ejercida por los tratadistas de derecho romano en el Código Civil, Seminario dirigido por J. Arias, Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1934; ELGUERA, E., La influencia del derecho romano en nuestra vida jurídica, Rev. Facultad de Derecho, Buenos Aires, julio-octubre, p. 725.

(nota 5) Existe versión española de Jacinto MESÍAS y Manuel POLEY, Madrid, 1878.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA: Además de las obras citadas en nota 213, véase CABRAL TEXO, J., Fuentes nacionales del Código Civil argentino, tesis, Buenos Aires, 1919.

(nota 7) Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, n° 97 y s.

(nota 8) Técnica legislativa del Código Civil argentino, p. 11.

(nota 9) Juicios críticos sobre el Código Civil argentino, recopilación de Jorge CABRAL TEXO, p. 249.

(nota 10) Es ésta la opinión general de quienes se han ocupado del tema: DÍAZ BIALET, A., El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield, 1949, p. 63; CHANETON, op. cit., t. 2, n° 46 y s.; CABRAL TEXO, J., Fuentes nacionales del Código Civil argentino; MARTÍNEZ PAZ, E., Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil argentino, ps. 217 y s.; SALVAT, Parte General, 4ª ed., n° 271.

(nota 11) Revista de Legislación y Jurisprudencia, t. 4, p. 191.

(nota 12) SEGOVIA, t. 1, Introducción, ps. 2 y s.

(nota 13) MARTÍNEZ PAZ, E., Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino, Córdoba, 1927; CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, n° 140 y s.; SEGOVIA, El Código Civil argentino, Introducción, p. 20.

(nota 14) SEGOVIA, L., El Código Civil argentino, t. 1, Introducción, p. 21.

(nota 15) SEGOVIA, L., El Código Civil argentino, t. 1, Introducción, p. 22.

(nota 16) BIBLIOGRAFÍA: ETCHEVERRRY, R., Metodología del derecho civil, Buenos Aires, 1907; ROJAS, A., Método para la enseñanza del derecho civil, Buenos Aires, 1908; COLMO, A., Técnica legislativa del Código Civil argentino, Buenos Aires, 1917.

(nota 17) CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, n° 169 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, n° 86.

(nota 18) Véase FORNIELES, S., Las notas del Código Civil, en Homenaje a Zenón Martínez, Universidad del Litoral, 1944, p. 117; MOISSET DE ESPANÉS, Reflexiones sobre las notas del Código Civil argentino, J.A., 1977-II, p. 755.

(nota 19) CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, n° 149.

(nota 20) RÉBORA, J.C., Modificaciones en las notas del Código Civil, Instituto de Altos Estudios de la Universidad de La Plata; CHANETON, op. cit., t. 2, n° 149 y s.; OTERO CAPDEVILA, Los manuscritos del Código Civil, Córdoba, 1917.

(nota 21) Véase la compulsa formulada por COLMO, A., Técnica legislativa, ps. 181 y s., y Contribución a la Reforma del Código Civil argentino, del Instituto de Altos Estudios de la Universidad de La Plata, t. 2, ps. 205 y s.

(nota 22) Véase, MOLINA, La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, Buenos Aires, 1972; MARTÍNEZ, La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, Buenos Aires, 1972 (ambos trabajos forman un volumen publicado por la Academia Nacional de Derecho).

(nota 23) De acuerdo: VIDAL TAQUINI, nota en L.L., 1981-C, p. 481.

(nota 24) Véase sobre este tema, el excelente artículo de PLANIOL, M., *Inutilité d'une revision générale du Code Civil*, Livre du centenaire, t. 2; véase también la opinión de PAZ, J.H., vertida en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, en la Revista del Colegio de Procuradores de Buenos Aires, octubre-diciembre 1937, n° 59.

(nota 25) ETCHEVERRY BONEO, R., *Observaciones sobre el Proyecto de Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, 1942; LAFAILLE, H., *Orientación y técnica de la reforma del Código Civil*, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Córdoba, 1936, p. 19; *íd.*, *La reforma del Código Civil y el Anteproyecto de Bibiloni*, J.A., t. 42, sec. doct., p. 1; *íd.*, *Hacia un nuevo Código Civil*, Buenos Aires, 1937; RÉBORA, J.C., *La reforma del Código Civil*, La Plata, 1937; *íd.*, *El saldo de la reforma del Código Civil*, *Anales de La Plata*, 1941; ORGAZ, A., *La reforma del Código Civil*, Córdoba, 1939; GOROSTIAGA, N., *El Código Civil y su reforma ante el derecho civil comparado*, Buenos Aires, 1940; TOBAL, G.F., *La tarea de la comisión revisora del Código Civil*, Buenos Aires, 1935; BARCIA LÓPEZ, A., *La reforma civil y el Proyecto de 1936*, Buenos Aires, 1940; *Colegio de Abogados de Buenos Aires, Dictamen acerca del Proyecto de reformas*, 1939.

1117/10320

CAPÍTULO IV - EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO

1117/10330

§ 1.— Fecha de entrada en vigencia (ver nota 1)

1117/127

127. DISTINTAS HIPÓTESIS.— El artículo 2º Ver Texto del Código Civil reformado por ley 16504 establece: Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial.

Por consiguiente, hay que distinguir dos hipótesis distintas: 1) que la ley designe la fecha de su entrada en vigor; 2) que no la designe.

1117/128

128. CASO EN QUE LA LEY SEÑALA LA FECHA DE SU ENTRADA EN VIGOR.— En este caso, la ley es obligatoria desde el momento señalado en ella. Puede ocurrir que la trascendencia de la reforma legislativa imponga un plazo mayor que el fijado en la segunda parte del artículo 2º Ver Texto ; así, por ejemplo, el Código Civil sancionado en 1869 entró en vigencia recién el 1º de enero de 1871; el Código Penal de 1921, seis meses después de su promulgación, etcétera. Otras veces, por el contrario, la urgencia de la medida puede mover al legislador a prescindir del plazo de ocho días; inclusive, en algunos casos puede disponerse que la ley se aplique con retroactividad, es decir, a relaciones y hechos jurídicos ocurridos con anterioridad a su sanción.

1117/129

129.— En el artículo 2º Ver Texto del Código, la palabra ley ha sido usada en su sentido material. Por consiguiente, también los decretos del Poder Ejecutivo y las ordenanzas municipales entran en vigencia en las fechas que ellos señalen (ver nota 2).

1117/130

130-131. CASO EN QUE LA LEY NO ESTABLECE LA FECHA DE COMIENZO DE SU VIGENCIA.— El artículo 2º Ver Texto del Código Civil, en su redacción originaria, establecía que cuando las leyes no designan tiempo de entrada en vigencia, regían en la Capital al día siguiente de su publicación, y en los departamentos de campaña ocho días después de publicadas. Por departamentos de campaña se entendía el resto del país. Tal sistema no se justificaba porque significaba que durante el lapso de ocho días la Capital Federal estaba sometida a una ley distinta que el resto del país. Esto resultaba especialmente inconveniente en materia impositiva, a punto tal que la Corte Suprema decidió que las leyes de este tipo debían entrar en vigencia en todo el territorio nacional el mismo día que en la Capital Federal (ver nota 3), pues de lo contrario se hería el principio constitucional de la uniformidad de los impuestos y las cargas públicas.

De ahí que se propiciara insistentemente la unificación de la fecha de entrada en vigencia (Proyecto de 1936, art. 1º; Anteproyecto de 1954, art. 2º), hasta que finalmente la ley 16504, dictada en 1964, puso fin al problema, estableciendo que las leyes entran en vigencia después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial, sin distinguir entre la Capital y el resto del territorio nacional.

1117/132

132. PUBLICACIÓN DE LA LEY.— Como se ve, la publicación de la ley tiene fundamental importancia, porque es a partir de ella que se cuentan los plazos para que entre en vigencia. Debe considerarse definitivamente superada la teoría que funda la obligatoriedad de la ley, a partir de la fecha de su publicación, en la circunstancia de que, desde ese momento, los ciudadanos deben conocerla. Esta presunción no es sino una mera e inútil ficción. La verdad es que son muy pocos los que conocen las leyes por el hecho de su inserción en el Boletín Oficial. Sin embargo, era necesario fijar un momento a partir de la cual las leyes debían reputarse obligatorias. Parece preferible hacer coincidir ese momento con la publicación de la ley y no con la promulgación, desde que este acto carece de la publicidad que permite el conocimiento de ella. Porque si tal conocimiento no es de ninguna manera el presupuesto necesario de su obligatoriedad, no puede negarse que es preferible que lo tenga quien está sujeto a aquélla.

La prueba de que el conocimiento de la ley no es condición de su vigencia la da el artículo 20 Ver Texto del Código Civil, que dice: La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley. (Sobre el problema de la ignorancia de la ley, véase núms. 1138 y sigs.).

1117/133

133.— De acuerdo al decreto del 2 de mayo de 1893, las leyes y decretos nacionales deben publicarse en el Boletín Oficial. Hasta la sanción de la ley 16504 predominaba la opinión de que la publicación era válida aunque no se hubiera insertado en dicho órgano oficial, si se había hecho en otros diarios y periódicos de circulación importante (ver nota 4). Pero conforme con el texto de la nueva ley, es preciso que la publicación se haga en el órgano oficial, que es el ya mencionado. Las ordenanzas y decretos municipales se publican en el Boletín Municipal.

1117/134

134. CÓMO SE COMPUTAN LOS PLAZOS DEL ARTÍCULO 2º.— Por fecha de publicación se entiende la que lleva el Boletín en donde la ley se ha publicado.

Sin embargo, la Cámara Federal de la Capital ha resuelto que debe considerarse como fecha de publicación la del día siguiente a la que lleva impresa el Boletín Oficial, fundándose en que es costumbre que éste se ponga en circulación al día siguiente de su fecha y en que es la circulación lo que le da publicidad (ver nota 5). Se trata de una solución aislada y que juzgamos desacertada, porque parte del error de concepto de que es el conocimiento de la ley lo que confiere obligatoriedad. Insistimos en que la publicación no hace sino determinar

con precisión el momento en el que la ley entra en vigencia, con prescindencia de que haya sido o no conocida. Y esa precisión en la determinación del día en que comienza su vigencia se perdería si se la hiciere depender de la efectividad de su circulación, que puede retrasarse por distintas causas, y que no tiene certeza de la fecha impresa en el Boletín.

1117/135

135.— Los ocho días se empiezan a contar a partir del siguiente a la publicación y la ley entra en vigencia el noveno día (después de los ocho días siguientes, dice la ley 16504), sin descontar los feriados (arts. 24 y 28) (ver nota 6). Así, por ejemplo, una ley publicada el 1º de septiembre, es obligatoria a partir del 10 de septiembre inclusive.

1117/136

136-137. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En la legislación comparada se han seguido dos sistemas distintos para resolver el problema del comienzo de la vigencia de las leyes: a) de acuerdo con un primer sistema, la vigencia depende de la distancia entre el lugar de la publicación y aquel en donde la ley debe aplicarse. Así, por ejemplo, en México las leyes son obligatorias tres días después de su publicación en el periódico oficial; para los lugares apartados de aquel en que se hace la publicación, el plazo se amplía a razón de un día cada cuarenta kilómetros (art. 3º Ver Texto , Cód. Civ.); similar es el sistema chileno (art. 7º Ver Texto , Cód. Civ.). Estas legislaciones se inspiraban en el Código Napoleón (art. 1º), que establecía un sistema según el cual la ley entraba en vigencia en la capital al día siguiente de su publicación; en el resto del país el plazo aumentaba a razón de un día por cada diez miriámetros de distancia; pero a partir de la ley del 5 de noviembre de 1870, en Francia las leyes rigen 24 horas después de que el ejemplar del Boletín Oficial en que se publicaron, haya llegado a la capital de distrito; b) de acuerdo con un segundo sistema, hoy predominante, las leyes son obligatorias desde el mismo día en todo el país: Código italiano, artículo 10; brasileño, ley de introducción, artículo 1º; venezolano, artículo 1º, español, artículo 1º; austríaco, artículo 3º; uruguayo, artículo 1º.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BUSSO, E., Código Civil Anotado, t. 1, coment. al art. 2º; SALVAT, R., Parte General, 6ª ed., n° 224 y s.; ANASTASI, L., notas en L.L., t. 3, p. 1043; MARTÍNEZ PAZ, E., ¿Desde cuándo son obligatorias las leyes?, en Boletín de Jur. y Trib. de Córdoba, t. 3, 1935, ps. 185 y s.; ORÚS, M., ¿Desde cuándo es obligatoria la ley?, L.L., t. 18, sec. doct., ps. 52 y s.

(nota 2) C.S.N., 24/12/1937, Fallos, t. 179, p. 356 Ver Texto ; BUSSO, t. 1, coment. art. 2º, n° 34.

(nota 3) C.S.N., 5/8/1925, Fallos, t. 144, p. 111; G.F., t. 57, p. 445.

(nota 4) C. Civil. 1ª Cap., 25/11/1938, L.L., t. 13, p. 61; C. Fed. Cap., 6/7/1923, J.A., t. 11, p. 41; íd., 21/12/1925, J.A., t. 18, p. 865; BUSSO, t. 1, coment. al art. 2º, nº 19 y s.; ORÚS, M., ¿Desde cuándo es obligatoria la ley?, L.L., t. 18, sec. doct., p. 55. En contra: ROTMAN, Fecha de obligatoriedad de la ley: publicación oficial y publicación privada, L.L., t. 115, nota al fallo nº 52.612.

(nota 5) C. Fed. Cap., 26/10/1926, J.A., t. 56, p. 50; L.L., t. 6, p. 71. Se trata de un fallo aislado, que no ha sido seguido por los demás tribunales del país; véase en este sentido: C. Civil 1ª Cap., 15/9/1933, J.A., t. 43, p. 608, y 3/10/1934, G.F., t. 116, p. 277. Conf. BUSSO, t. 1, coment. al art. 2º, nº 35 y 36.

(nota 6) SALVAT, R., Parte General, 6ª ed., nº 228; BUSSO, E., t. 1, coment. al art. 2º, nº 40; C. 1ª Apel. La Plata, 3/8/1938, J.A., t. 67, p. 412; Sup. Trib. Entre Ríos, 25/4/1934, Jur. Entre Ríos, 1935, p. 145. Véase, sin embargo, un fallo de 1ª instancia de Mendoza, 11/11/1939, L.L., t. 18, p. 539, en donde la cuestión se trata incidentalmente.

1117/10340

§ 2.— El principio de la irretroactividad de las leyes (ver nota 1)

1117/138

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

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

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

Resulta de este modo, una colisión entre la seguridad individual, interesada en el respeto de las situaciones y derechos nacidos al amparo de la vieja ley, y la mayor justicia resultante de la nueva. La solución del problema es ardua, como hemos de verlo en los párrafos siguientes. En primer lugar, veremos cuál fue el sistema seguido por el Código Civil y las críticas a que se hizo acreedor; luego estudiaremos la reforma introducida por la ley 17711 ; y finalmente, veremos los ensayos doctrinarios por formular un derecho transitorio o intertemporal.

1117/10350

A.— EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

1117/139

139. EL ANTIGUO ARTÍCULO 3º; CONCEPTO DE DERECHOS ADQUIRIDOS.— Interesa analizar el sistema —hoy derogado— del Código Civil, porque ello nos permite profundizar el estudio de este tema y particularmente del famoso concepto de derechos adquiridos, tan frecuentemente utilizado en nuestra vieja doctrina y jurisprudencia. El artículo 3º Ver Texto establecía que las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar los derechos ya adquiridos. El principio de la irretroactividad aparecía confundido con el respeto de los derechos adquiridos. Las leyes eran retroactivas cuando afectaban derechos adquiridos, al amparo de una legislación anterior; en cambio, si sólo afectaban meras expectativas no había propiamente retroactividad y la nueva ley debía ser aplicada (art. 4044 Ver Texto , hoy derogado por la ley 17711).

Era fundamental, por consiguiente, precisar el concepto de derechos adquiridos, lo que, de primera impresión, parece simple. Cuando se dice: He adquirido un derecho o tengo un derecho adquirido, se sabe muy bien lo que se quiere expresar: se trata de un derecho que me pertenece, del cual soy titular; que está incorporado a mi patrimonio, si es de índole económica. La expresión derechos adquiridos será, quizá, viciosa o redundante (ver nota 2); pero, de todas maneras, el concepto es claro hasta para los profanos. E inclusive, podría afirmarse que lo es más para los profanos que para los juristas, que tienen ya deformada su noción con el conocimiento de la controversia sobre el punto.

140.— Las dificultades comienzan cuando se pretende vincular el concepto de derechos adquiridos con el sistema de la irretroactividad de la ley. Es muy difícil, en verdad, que una ley nueva modifique otra anterior sin afectar de una manera u otra los derechos adquiridos al amparo de aquélla. Con razón ha podido decirse que si se consideran retroactivas las leyes que afectan derechos nacidos o adquiridos bajo la legislación anterior, todas las leyes, de cualquier clase, serían retroactivas (ver nota 3).

En vista, pues, de que hay una contradicción lógica irreductible entre el deseo de proteger todos los derechos adquiridos y la necesidad de hacer posible el progreso jurídico mediante la reforma legislativa —puesto que toda reforma implica afectar derechos adquiridos—, los autores se empeñaron, no ya en precisar lo que es un derecho adquirido, pues eso es muy sencillo y todo el mundo lo sabe, sino cuáles son los derechos adquiridos que las leyes nuevas no pueden afectar. Es claro que, de este modo, resulta posible toda una gama de soluciones entre los dos extremos dados por la protección absoluta de todos los derechos adquiridos y el imperio sin limitaciones de la nueva ley. Dentro de este vasto campo, cada uno de los autores que se ha ocupado del tema ha dado su propia solución; pero es bien claro que, ni su preocupación ni su propósito, han sido definir lo que es un derecho adquirido, sino simplemente, cuáles son, a su criterio, los derechos que las leyes nuevas deben respetar. De ahí que, dependiendo todo de opiniones personalísimas, el acuerdo haya sido imposible. Por ello, HOFFMANN ha podido decir: “¡Basta de ilusiones, no nos equivoquemos por más tiempo! Nosotros podremos dar vueltas y más vueltas a esta proposición en virtud de la cual los derechos adquiridos deben ser respetados por el legislador, pero nada obtendremos de ella. Es simplemente una palabra: porque bajo este término de derechos adquiridos, entendemos justamente los derechos que deben ser respetados por el legislador; es, pues, *idem per idem*. Es necesario saber qué derechos deben ser respetados y sabremos entonces qué es un derecho adquirido” (ver nota 4).

Todos los grandes juristas modernos coinciden unánimemente con este punto de vista y están de acuerdo en que la doctrina de los derechos adquiridos no puede dar solución alguna al problema de los efectos de la ley con relación al tiempo (ver nota 5). Debe señalarse, sin embargo, la relativa excepción de GÈNY y JOSSERAND, quienes consideran que, si bien el concepto de derechos adquiridos no es susceptibles de precisarse por medio del razonamiento, en cambio se siente (ver nota 6). Nos parece ésta una discreta manera de confesar el fracaso. Porque no nos encontramos aquí en el terreno de los sentimientos, sino de las ideas y del pensamiento jurídico. Si no se puede precisar en el campo intelectual qué cosa es ese concepto tan esquivo de derechos adquiridos, de nada servirá hablar de él y ningún papel puede desempeñar en la ciencia del derecho.

141. LEYES RETROACTIVAS Y LEYES QUE AFECTAN DERECHOS ADQUIRIDOS.— Por lo demás, a poco que se profundice el estudio de este problema, se advertirá que es de todo punto de vista imposible identificar las leyes retroactivas con las que afectan derechos adquiridos. Dos ejemplos bastan para demostrarlo. Si se dictara una ley que dispusiera: “A partir de la publicación de la presente ley queda abolida la propiedad privada sobre la tierra”, podrá decirse que la ley es injusta, ruínosa para el país, contraria a nuestro estilo de vida, pero no podrá decirse que tiene efectos retroactivos, puesto que dispone sólo para lo futuro. Y, sin embargo, ha afectado radicalmente los derechos adquiridos de los propietarios. Si se dicta otra disponiendo la rebaja de las locaciones a partir de la fecha de su promulgación, podrá decirse que atenta contra los derechos de los propietarios, que debilita la confianza en la palabra empeñada, etcétera; pero no que tiene efectos retroactivos, puesto que sólo se ocupa del porvenir. Retroactiva sería si hubiere dispuesto la rebaja de los alquileres con anterioridad a su vigencia y ordenara la devolución de lo ya percibido. En cambio, es indiscutible que ha afectado los derechos del locador (ver nota 7).

1117/142

142. EL ARTÍCULO 4º: LEYES INTERPRETATIVAS.— El artículo 4º Ver Texto disponía que las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto de los casos ya juzgados. La disposición jugaba así como una excepción al artículo 3º Ver Texto : salvo lo casos en los que hubiera sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, estas leyes debían aplicarse retroactivamente, aunque se afectaran derechos adquiridos.

Ahora bien: ¿es jurídicamente correcto hablar de leyes interpretativas? La expresión tiene dos significados distintos: a) se llaman así en primer término, las leyes supletorias de la voluntad de las partes inexpresada en los contratos (sobre este significado, véase núm. 44, b); b) se denominan también en esa forma aquellas que se dictan para interpretar o aclarar el sentido de otras anteriores. Son éstas las aludidas en el artículo 4º Ver Texto del Código Civil, y es con respecto a ellas que nos planteamos el interrogante de si existen o no.

Consideramos que hablar de leyes interpretativas o de interpretación legislativa auténtica, aludiendo a la que de sus propias leyes hace el Poder Legislativo, es un verdadero contrasentido jurídico (ver nota 8).

La interpretación es una operación lógico-valorativa, mediante la cual se determina el recto sentido de una norma jurídica, en su relación con un caso dado. Es una tarea eminentemente judicial. El juez, que no tiene imperium para dictar la ley, es quien debe fijar su significado. En cambio, el legislador nunca interpreta. El tiene imperium para legislar; si no le satisface la solución de la ley vigente, la modifica por otra nueva. Hablar de interpretación legislativa o auténtica es, pues, una evidente impropiedad. Si se insiste en

ello es porque toda esta materia ha estado rodeada hasta el presente de la confusión imperante sobre la irretroactividad de la ley y los derechos adquiridos. Veamos cómo se vinculan estas cuestiones.

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

El expediente de las leyes aclaratorias ha permitido acallar los escrúpulos de quienes defienden la inviolabilidad del principio de la irretroactividad de la ley y de los derechos adquiridos. Se afirma, en efecto, que en este caso no hay retroactividad, porque como la ley nueva interpreta la anterior, estrictamente, forma parte de ésta, la integra, ya que no hace sino declarar cuál es su recto significado; de modo que la nueva ley debe aplicarse desde el momento en que entró en vigencia la anterior, sin que ello pueda considerarse retroactividad (ver nota 9). La falacia del argumento es evidente. El recto significado de la ley anterior ya lo han fijado los jueces, que son los órganos naturales y constitucionales de interpretación y aplicación de la ley. La ley es lo que los jueces dicen que es (ver nota 10). Y toda ley que obligue a los jueces a fallar de modo distinto al que lo estaban haciendo hasta ese momento importa una verdadera reforma de la anterior. La retroactividad es evidente, porque la nueva ley se aplica a partir de la sanción de la que se pretende aclarar (ver nota 11).

1117/143

143.— Por lo demás, toda esta armazón teórica construida sobre el concepto de leyes interpretativas, resulta inútil. Si se admite que el legislador puede apartarse del principio de la irretroactividad y dictar leyes con efectos retroactivos cuando lo estime necesario, basta que se les atribuya esos efectos para lograr el resultado apetecido, es decir, que los jueces fallen los casos pendientes o futuros de acuerdo a la nueva ley, aunque se refieran a hechos (en nuestro ejemplo impuestos) anteriores a ella (ver nota 12).

1117/144

144. FACULTAD DE LOS JUECES PARA JUZGAR DEL CARÁCTER INTERPRETATIVO DE LA LEY.— La Corte Suprema de la Nación ha decidido que, cuando una ley dice que aclara o interpreta otra anterior, los jueces deben acatar esta manifestación de un poder soberano, sin discutir la pureza o precisión del lenguaje empleado (ver nota 13)

No es ésta, sin embargo, la opinión predominante, que reconoce a los jueces la facultad de investigar si realmente la ley es interpretativa o aclaratoria y el poder de resolver que no lo es, aun en el caso de que ella lo dijera expresamente. La misma Corte Suprema ha sostenido este punto de vista, con anterioridad a la jurisprudencia citada (ver nota 14); y cuando modificó su doctrina en el sentido de que debía respetarse la calificación hecha por el legislador se creyó, no obstante ello, en la necesidad de demostrar que efectivamente la nueva ley había aclarado la anterior (ver nota 15); además, dos miembros del tribunal votaron en disidencia, sosteniendo que no porque la ley diga que es aclaratoria debe admitirse que tenga ese carácter, “porque ni el legislador ni el juez tienen autoridad para atribuir a las palabras empleadas en el estatuto, un sentido contrario al que gramaticalmente les corresponde”. Es éste el punto de vista predominante en la jurisprudencia y en la doctrina (ver nota 16).

1117/145

145.— Tal opinión resulta contradictoria con el concepto mismo de leyes interpretativas, porque si se reconoce al Poder Legislativo el poder de interpretar sus propias leyes, es evidente que los jueces no pueden luego discutirle si la nueva ley ha sido o no una interpretación de la anterior. Pero se ha temido que, so color de leyes interpretativas, se abra una amplia brecha por donde el poder legislador pueda hacer pasar toda suerte de leyes retroactivas.

Lo que se olvida es que el Poder Legislativo tiene facultad de dictar leyes de esta clase, sean o no interpretativas, de modo que aunque se reconozca al Poder Judicial la facultad de juzgar si la ley es efectivamente retroactiva, no se previene ningún peligro, ni se limitan de modo alguno las posibilidades del legislador, desde que los jueces, aun juzgando retroactiva y no aclaratoria la ley, deben aplicarla de todos modos (ver nota 17).

1117/146

146.— Consecuentes con nuestra idea de que es falso hablar de interpretación legislativa, entendemos que este problema, tiene muy sencilla solución. En presencia de una norma que

dice Aclárase o interprétase la ley nº ... la única conducta sensata para el juez que debe fallar el caso, es pensar que la voluntad del legislador ha sido disponer que la nueva ley tenga efectos retroactivos hasta la fecha de vigencia de la anterior; y como el Poder Legislativo tiene potestad para ello, debe aplicarla retroactivamente, sin ocuparse del problema insoluble de si la ley nueva es o no realmente interpretativa (ver nota 18).

Por idénticas razones, resulta igualmente insostenible la opinión de que toda ley interpretativa requiere como presupuesto, una ley anterior oscura (ver nota 19). A los errores de concepto que he puesto de manifiesto en los párrafos anteriores se agrega aquí uno más: el de oponer leyes claras a las oscuras. La experiencia indica que la ley en apariencia más clara ha sido motivo de interpretaciones diametralmente opuestas por los tribunales. Es decir que lo que ha parecido indiscutible a los jueces de antes es para los de ahora todo lo contrario. ¿Por qué lo que resulta evidente a los jueces no ha de parecer lo contrario al legislador? Reconocida a éste la facultad de dictar leyes aclaratorias, no es posible discutir si la ley anterior era o no oscura. Es el concepto mismo de leyes interpretativas lo que no se aviene con la lógica jurídica.

1117/147

147. EL ANTIGUO ARTÍCULO 5º: LEYES DE ORDEN PÚBLICO.—El artículo 5º Ver Texto del Código Civil, disponía que: Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público. Bien entendido que esta disposición no significaba que todas las leyes de orden público debían tener efectos retroactivos, pues lo natural es que también ellas rijan solamente para el futuro (ver nota 20). Sólo que el legislador consideraba legítimo que este tipo de leyes dispusiera, si fuera necesario, su aplicación retroactiva.

Sin embargo, la Corte Suprema, fiel a su principio de que las leyes no pueden afectar derechos adquiridos de orden patrimonial, ha declarado que ni siquiera las leyes de orden público pueden lesionarlos (ver nota 21), pues es de toda evidencia que una disposición simplemente legal, como es el artículo 5º Ver Texto del Código Civil, no podía prevalecer sobre una garantía constitucional. Por lo demás, es necesario tener presente que también la cláusula constitucional que protege la propiedad es una ley de orden público y, sin duda, es una jerarquía superior a cualquier ley del mismo carácter, precisamente por estar inscripta en la Carta Magna. Si, por lo tanto, se considera, como lo estima la Corte, que la afectación de los derechos adquiridos importa una violación de esa garantía constitucional, ninguna ley que los afecte, cualquiera que sea su carácter, puede tener validez.

Así planteada la cuestión, resultaba evidente que las leyes de orden público no jugaban ningún papel en el problema de la retroactividad en nuestro derecho positivo. Porque siendo el principio de la irretroactividad meramente legislativo, el Congreso podía dictar leyes retroactivas, fueran o no de orden jurídico; salvo que esas leyes afectaran derechos

adquiridos de orden patrimonial, en cuyo caso, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, no podían tener efectos retroactivos, fueran o no de orden público (ver nota 22).

1117/148

148.— SÍNTESIS CRÍTICA DEL SISTEMA DEL CÓDIGO.— De las páginas precedentes resultan las graves críticas a que se hacía pasible el sistema del Código Civil:

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

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

c) Por último, el artículo 5° Ver Texto era una disposición inocua, sin contenido ni aplicación posible.

Era pues de toda evidencia la necesidad de reformar el sistema legal y de aclarar ideas en torno al problema de la retroactividad. Fue lo que hizo la ley 17711 .

1117/10360

B.— LA REFORMA DE LA LEY 17711 (ver nota 23)

1117/10370

1.— La regla legal

1117/149

149. EL NUEVO ARTÍCULO 3°.— Es su nueva redacción, el artículo 3° Ver Texto establece: A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias

de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

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

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

1117/150

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

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

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

b) En segundo lugar, las relaciones particulares derivadas de los contratos (para mayores desarrollos de la idea de situaciones jurídicas generales y situaciones o relaciones particulares, véase núm. 167). La regla general, sentada en el primer párrafo del artículo 3° Ver Texto , es que también los contratos caen bajo el imperio de la nueva ley, desde su entrada en vigencia. Pero esta regla es sólo aplicable a las leyes imperativas; si, por el contrario, la ley es supletoria, sólo se aplica a los contratos acordados con posterioridad a la vigencia de la ley, pero no los que se encuentran en curso de ejecución (último párrafo, art. 3° Ver Texto).

Es razonable que así sea: las leyes supletorias tienen la misión de suplir la voluntad de las partes, cuando éstas no la han manifestado; pero los contratantes pueden apartarse de sus disposiciones, modificarlas y derogarlas. En caso de que los contratantes callen es cuando estas normas tienen vigencia. Es evidente, por tanto, que ellas forman parte del contrato; que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque

acordarlo en el contrato, hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes (ver nota 24).

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

1117/11760

150 bis.— Es necesario puntualizar, empero, que el último apartado del artículo 3º Ver Texto se aplica sólo a las leyes supletorias propiamente dichas, pero no a las dispositivas, es decir, a aquellas que no obstante ser derogables por las partes, se dictan teniendo principalmente en mira los intereses generales (véase núm. 44). Por no haber formulado esta distinción con el debido rigor, algunos tribunales han caído en el error de aplicar la vieja ley en materia de mora (ver nota 25) o de pacto comisorio (ver nota 26) que son casos típicos de leyes dispositivas que se dictan teniendo en mira el interés general y deben por tanto aplicarse de inmediato.

1117/151

151.— El segundo párrafo del artículo 3º Ver Texto deja sentado el principio general de que las leyes no tienen efectos retroactivos, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario.

Dos aspectos de esta norma interesa destacar:

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

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

Pero si la cuestión era clara respecto de las leyes nacionales, no lo era tanto respecto de las provinciales, de los decretos nacionales y provinciales y de las ordenanzas municipales. El artículo 3° Ver Texto , que establecía sin salvedad alguna el principio de la retroactividad, ¿impedía darle efectos retroactivos a aquellas normas jurídicas? Dada la preeminencia de las leyes nacionales establecida por el artículo 31 Ver Texto de la Constitución Nacional, de manera alguna era ilógico sostener que los decretos nacionales y leyes y decretos provinciales y las ordenanzas municipales en ningún caso podían ser retroactivos. En efecto, así fue resuelto el problema en Francia (ver nota 27) y Uruguay (ver nota 28). Pero nuestra Corte Suprema lo resolvió con mayor prudencia y acierto. Declaró que el artículo 3° Ver Texto se refería a las leyes de derecho privado y, sobre todo, a las materias que el Congreso, como una de las ramas del Gobierno Federal, puede legislar en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Nacional (ver nota 29). En consecuencia, declaró que podían tener efectos retroactivos las leyes administrativas e impositivas que se den las provincias o se establezcan por ordenanzas municipales (ver nota 30).

Con la nueva redacción del artículo 3° Ver Texto , esa solución ha quedado expresamente consagrada con toda generalidad: el principio es que cualquier ley (sea ley, decreto u ordenanza) puede disponer su aplicación retroactiva. Las únicas leyes en las cuales la irretroactividad ha sido expresamente consagrada por la Constitución, son las leyes penales: el Congreso no puede dictar leyes que permitan juzgar a un habitante de la Nación por un hecho anterior a su sanción, ni sacarlo de los jueces designados por las leyes antes del hecho de la causa (art. 18 Ver Texto , Const. Nac.). Cuando lo que está de por medio es la libertad del hombre, esta garantía deviene esencial.

b) El segundo aspecto de esta norma que interesa destacar es que el principio de la irretroactividad se aplica a cualquier ley, sea o no de orden público. En otras palabras: no por ser de orden público, una ley es retroactiva. Era ya la solución admitida por la jurisprudencia bajo el régimen anterior (ver nota 31), si bien la cuestión había suscitado algunas dudas originadas en el desafortunado artículo 5° Ver Texto , hoy derogado.

1117/152

152.— El tercer párrafo del artículo 3° Ver Texto dispone que la retroactividad establecida por ley, en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Este principios se vincula con la jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual las

nuevas leyes no pueden afectar derechos adquiridos de orden patrimonial. La nueva disposición acoge en lo sustancial la jurisprudencia de la Corte, pero le introduce dos variantes importantes: prescinde del concepto equívoco y erróneo de derechos adquiridos y extiende el alcance de la excepción a todo derecho amparado por garantías constitucionales.

Advirtamos que el artículo 3° Ver Texto se limita a establecer que no podrá afectarse retroactivamente un derecho amparado por la Constitución. En verdad, el concepto es más amplio. Un derecho protegido por la Constitución no puede ser afectado ni por leyes retroactivas ni por leyes que dispongan para lo futuro. Ello no significa que tales derechos deban mantenerse impolutos y que la ley no pueda modificarlos. Los puede modificar siempre que no los desnaturalice, que mantenga su esencia, que es lo que interesa conservar. Volvemos sobre este punto más adelante (núm. 182).

Por la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte en esta materia y, sobre todo, teniendo en cuenta que ella se funda en la Constitución Nacional —por lo que mantiene su vigencia no obstante la reforma del Código— la consideraremos cuidadosamente más adelante (núms. 157 y sigs.).

1117/153

153. CUÁNDO SON RETROACTIVAS LAS LEYES (ver nota 32).— Eliminado definitivamente por la reforma del artículo 3° Ver Texto el criterio de los derechos adquiridos para determinar cuándo una ley es retroactiva, tiene la mayor importancia fijar pautas claras para precisar si una ley debe considerarse retroactiva o no.

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

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

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

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

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

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

1117/154

154.— Es muy útil señalar la distinción entre los efectos retroactivos y los que algunos autores (ver nota 33) llaman los efectos inmediatos de la ley, porque ambos han sido confundidos en la doctrina de los derechos adquiridos.

Hay efectos inmediatos y no retroactivos:

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

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

1117/155

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

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

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

1117/156

156. SUPRESIÓN DE LOS ARTÍCULOS 4° Y 5° DEL CÓDIGO CIVIL.— La ley 17711 derogó los artículos 4° Ver Texto y 5° del Código Civil, que según se desprende de la crítica que les formuláramos, eran disposiciones que no tenían justificación. No está de más agregar que tanto la reforma del artículo 3° Ver Texto, como la derogación de los artículos 4° Ver Texto y 5°, contó con la adhesión del III Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961.

1117/10380

2.— Jurisprudencia de la Corte Suprema

1117/157

157. DERECHOS ADQUIRIDOS DE ORDEN PATRIMONIAL.—Dijimos ya que la Corte Suprema ha declarado que el Congreso no puede dictar leyes que afecten derechos adquiridos de orden patrimonial, porque, en tal caso, se vería afectada la garantía constitucional de la propiedad (ver nota 34). Se trata, como se ve, de una importantísima limitación a las atribuciones del Poder Legislativo, ya que le está vedado legislar retroactivamente en un vasto sector jurídico, como es el patrimonial.

Esta jurisprudencia se presta a serios reparos; aplicada rigurosamente hubiera trabado totalmente el progreso y la evolución del derecho en materia patrimonial, puesto que, según lo hemos dicho, toda ley nueva afecta derechos nacidos o adquiridos al amparo de la anterior. Por eso se ha dado la curiosa situación de que, mientras la Corte insiste constantemente en su declaración de que las leyes no pueden afectar derechos adquiridos patrimoniales, ha debido reconocer la constitucionalidad de numerosas leyes, no obstante la circunstancia de que los afectaban claramente.

1117/158

158.— La Corte no ha precisado qué entiende por derecho adquirido y, en verdad, no hubiera podido hacerlo (véase núm. 140). No obstante, en algunos fallos ha resuelto que debe considerarse que hay derecho adquirido siempre que esté reconocido en un contrato o en una sentencia firme (ver nota 35). Pese a tan enfática declaración, el Alto Tribunal hubo de reconocer la constitucionalidad de leyes que afectaban derechos nacidos de un contrato y aun de una sentencia firme. Veamos los principales casos:

a) Por lo pronto, ha resuelto que las leyes de emergencia pueden afectar derechos adquiridos patrimoniales (ver nota 36). Leyes de emergencia serían aquellas dictadas en circunstancias económicas o sociales excepcionales, que hicieran necesaria la adopción de medidas extraordinarias. Creemos que esta teoría, tomada de los tribunales norteamericanos (ver nota 37), es fundamentalmente errónea. Si la Corte considera que una determinada ley viola una norma constitucional, como es la garantía de la propiedad, debe declararla inválida, no obstante cualesquiera sean las circunstancias económicas o sociales. Nuestra Corte Suprema, con toda su autoridad de intérprete final de los textos constitucionales, evidentemente no tiene el poder de declarar por sí y ante sí, que están suspendidas tales o cuales garantías constitucionales. La Constitución no prevé otra hipótesis de suspensión de esas garantías que el estado de sitio. Pero si éste no está en vigencia, si aun estándolo no queda suspendida nunca la garantía de la propiedad, no se ve cómo el Tribunal puede declararla suspendida. Esta consideración no pasó inadvertida a sus miembros, puesto que la formuló expresamente el doctor REPETTO, que votó en disidencia (ver nota 38). Lo que ocurrió fue que la Corte se vio en la necesidad de convalidar leyes evidentemente

necesarias, pero no quiso abandonar su vieja jurisprudencia en favor de los derechos adquiridos.

b) Pero este expediente de la leyes de emergencia resultó bien pronto un molde demasiado estrecho, y la Corte Suprema debió declarar la constitucionalidad de leyes que afectaban derechos adquiridos contractualmente y que no tenían aquel carácter. Por lo pronto, era difícil calificar a la legislación sobre arrendamientos agrícolas como de emergencia, pues no había tal estado de emergencia, sino la prórroga lisa y llana de los contratos por motivos sociales que el legislador reputó suficientes. Y no obstante que afectaba los derechos de los propietarios, adquiridos contractualmente, la Corte la declaró válida (ver nota 39). Lo mismo ha ocurrido con importantísimas y muy numerosas leyes obreras. Toda nueva ley obrera, aplicada a los contratos de trabajo en curso de ejecución en el momento en que aquélla se pone en vigencia, afecta evidentemente los derechos adquiridos de los patrones o de los obreros, al modificar las condiciones del contrato en sentido más gravoso para ellos. Y, sin embargo, como no podía ser de otra manera, se las ha declarado constitucionales. Finalmente, la Corte declaró válida la ley de alquileres que autorizó la suspensión del lanzamiento aun después que exista sentencia definitiva de desalojo (ver nota 40), lo que implica afectar radicalmente un derecho patrimonial adquirido por sentencia firme. Pero salvo este caso excepcional, prevalece en la jurisprudencia de la Corte el criterio de que sólo cuando no hay sentencia definitiva puede aplicarse una nueva ley al caso, sin vulnerar la garantía constitucional de la propiedad (ver nota 41).

c) También se ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que modifican las jubilaciones —siempre que la alteración no se refiera a las mensualidades ya percibidas (ver nota 42)— no obstante que la jubilación, una vez otorgada, es un caso típico de derecho adquirido.

1117/159

159.— Finalmente, cabe señalar otro error de concepto en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Según ya lo hemos dicho, el Tribunal ha expresado que cuando se afectan derechos adquiridos patrimoniales, el principio de la no retroactividad de la ley deja de ser legal para confundirse con la norma constitucional de la garantía de la propiedad (ver nota 43). Es fácil advertir que el principio de la irretroactividad no puede jamás fundarse en la protección constitucional de la propiedad o de cualquier otro derecho. Porque si la nueva ley afecta la garantía constitucional, será inválida, tanto si dispone para el pasado, como si lo hace tan sólo para el futuro. En otras palabras: la protección constitucional de un derecho tiene carácter permanente: si una ley lo afecta será nula, tenga efectos retroactivos o no los tenga.

1117/160

160.— Además, no se ve la razón por la cual la Corte declara inconstitucionales las leyes que afectan derechos adquiridos de orden patrimonial y no las que lesionan otros derechos adquiridos, como los de familia, los personalísimos, etcétera. Si el fundamento de aquella jurisprudencia es la protección constitucional de la propiedad, también la familia, el ser humano, están amparados por la Constitución. Entendemos que esta diferencia de tratamiento respecto de unos y otros derechos importa una inconsecuencia que no tiene justificación alguna.

Felizmente, este error conceptual ha sido enmendado en la nueva redacción del artículo 3° Ver Texto , según el cual la retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Vale decir, no sólo la propiedad está a cubierto, sino también cualquier otro derecho, sea o no patrimonial, que esté amparado por la Constitución.

Es de esperar que la modificación del artículo 3° Ver Texto , induzca a la Corte a eliminar también de su terminología la expresión viciosa y equívoca de “derechos adquiridos”, puesto que es indudable que la adoptó bajo la influencia del anterior artículo 3° Ver Texto .

1117/161

161. LEYES ADMINISTRATIVAS.— Consecuente con el principio de que la regla de la irretroactividad tiene carácter legal y no constitucional, salvo cuando afecta derechos adquiridos patrimoniales, la Corte ha declarado que las leyes administrativas pueden tener efectos retroactivos (ver nota 44).

1117/162

162. LEYES IMPOSITIVAS.— Por idéntica razón la Corte ha declarado la constitucionalidad de las leyes impositivas que tienen efectos retroactivos (ver nota 45). Sin embargo, en un caso resolvió que la ley que crea un impuesto de patente a los prestamistas no es aplicable a quien hizo operaciones de préstamos en épocas en que éstas no estaban gravadas con impuesto especial y cesó de efectuarlas en presencia de la patente creada por la ley (ver nota 46). En otro caso en que la Municipalidad dispuso una repavimentación antes de que se cumplieran los 30 años del afirmado anterior, y pretendió cobrarla a los frentistas, la Corte declaró que éstos tenían un derecho adquirido a no pagar nuevas tasas hasta la expiración del plazo de 30 años (ver nota 47).

1117/163

163. LEYES DE JUBILACIONES.— Las leyes de jubilaciones pueden alterar los beneficios y disminuirlos, siempre que no se refieran a lo ya percibido o lo que se dejó de percibir por retardo voluntario o involuntario de quien estaba obligado a pagar las jubilaciones ya devengadas (ver nota 48).

La Corte ha establecido correctamente en este caso la distinción entre efectos retroactivos e inmediatos o futuros de la ley, pero evidentemente se ha apartado una vez más de su jurisprudencia de que las leyes no pueden afectar derechos adquiridos patrimoniales.

1117/164

164. LEYES DE PROCEDIMIENTOS.— En principio estas leyes tienen efectos inmediatos y se aplican, por lo tanto, a las causas pendientes; pero esta solución está supeditada a la circunstancia de que dicha aplicación no comporte un alteración de actos ya concluidos, o sea, que se deje sin efecto lo actuado de conformidad con leyes anteriores (ver nota 49). Tampoco se aplica la nueva ley a los trámites, plazos y diligencias que hayan tenido principio de ejecución o comenzado su curso (ver nota 50).

1117/11770

164 bis. ARANCEL DE ABOGADOS.— Puede aplicarse retroactivamente, es decir, a trabajos realizados antes de la sanción de la ley, mientras no haya regulación definitiva (ver nota 51).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BORDA, G.A., Retroactividad de la ley y derechos adquiridos, Buenos Aires, 1951; ARECO, J.S., La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos, Buenos Aires, 1948; RAYCES, A., Los derechos adquiridos en contratos sucesivos, Buenos Aires, 1943; LEÓN, P., La retroactividad de la ley, en Bol. Ins. Der. Civil, Córdoba, enero-marzo 1940, ps. 3 y s.; CARNELLI, L., Los derechos adquiridos, L.L., t. 11, sec. doct., p. 1; BUSSO, E., Código Civil anotado, t. 1, coment. a los arts. 3º, 4º y 5º; CAMBIASSO, A., El principio de la irretroactividad, Curso de investigación de Derecho Civil comparado, dirigido por el prof. H. LAFAILLE, Buenos Aires, 1936; ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, París, 1929; íd., Le droit transitoire, París, 1960; VAREILLES-SOMMIERES, Une nouvelle théorie sur la retroactivité des lois, París, 1893; DUGUIT, L., Traité de Droit Constitutionnel, 3ª ed., t. 2, § 21, t. 5, § 26; JÉREZ, G., Les principes généraux de droit administratif, 2ª ed.; íd., Cours de droit public, 1924, ps. 157 y s.; SZASZY, E., Les conflits des lois dans le temps, en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1934, t. 47; POPOVILIEV, Le droit civil transitoire ou intertemporal, Revue Trimestrielle, 1908, t. 7; GABBA, C.E., Teoria della retroattività

delle leggi, Torino, 1891; PACE, G., *Il diritto transitorio*, Milano, 1944; FIORE, *De la irretroactividad y de la interpretación de las leyes*, trad. esp., Madrid, 1927; COVIELLO, N., *Doctrina general del Derecho Civil*, ed. México, ps. 107 y s.; LASALLE, F., *Théorie systematique des droits acquis*, trad. fr., París, 1904; BRYANT SMITH, *Retroactive laws and Vested Rights*, en *Selected Essays on Constitutional Law*, t. 2, ps. 267 y s.; CAMPBELL BLACK, H., *An essays on the constitutional prohibition against legislation impairing the obligation of contract and ex post factor law*, Boston, 1887; BEVILACQUA, C., *Análisis de la naturaleza de los derechos adquiridos*, G.F., t. 111, p. 271.

(nota 2) Así lo ha sostenido DUGUIT, L., Conferencia pronunciada en la Universidad de Egipto, cit. por TOBON en el informe previo a la tesis de JULIO GONZÁLEZ VELÁZQUEZ, *Nociones sobre derechos adquiridos*.

(nota 3) SMITH BRYANT, *Retroactive laws and vested rights*, en *Selected Essays on Constitutional Law*, t. 2, p. 268.

(nota 4) HOFFMANN y PFAFF, *Excuse uber osterreichisches allgemeins bürgerliches Rech*, Viena, 1878, t. 1, p. 131; cit. por ROUBIER, P., *Les conflits des lois dans le temps*, t. 1, p. 324.

(nota 5) ROUBIER, P., op. cit., t. 1, ps. 222 y s.; SZASZY, E., *Les conflits des lois dans le temps*, en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1934, t. 47, p. 197; ARMINJON, *Recueil des Cours*, cit., 1938, vol. 2, p. 103; DUGUIT, L., loc. cit. en nota 249, etc.

(nota 6) GÈNY, F., *Méthode d'interpretation*, París, 1919, t. 2, p. 111, nº 163; JOSSERAND, L., *Derecho Civil*, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, nº 78.

(nota 7) De acuerdo: ROUBIER, P., *Les conflits des lois dans le temps*, t. 1, ps. 379 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 1, nº 226 y s.; SZASZY, E., op. cit., *Recueil de l'Academie de Droit International*, 1934, t. 37, p. 2212. Comp.: ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, ps. 232 y s.

(nota 8) La existencia de esa llamada interpretación auténtica es admitida por toda la doctrina, con muy escasas excepciones. Sólo hemos encontrado acuerdo con nuestro punto de vista en ARAUZ CASTEX, *Derecho Civil*, t. 1, nº 303; SILVEIRA, A., *Interpretação das leis com face dos varios regimes politicos*, p. 22; y JÈZE, G., *Les lois interpretatives*, *Revue de Droit Public*, 1924, ps. 179 y s. Véase también, opinión del senador SÁNCHEZ SORONDO, *Diario de Sesiones del Senado Nacional*, 28/9/1939, ps. 1177 y 1178.

(nota 9) SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 157, n° 302; LAURENT, Principes, t. 1, p. 268; GABBA, Teoria della retroattività delle leggi, t. 1, p. 25; CHIRONI y ABELLO, Trattato, t. 1, p. 93; PACE, G., Il diritto transitorio, p. 321, n° 103; HUC, TH., t. 1, ps. 55 y s.; BAUDRY LACANTINERIE, Personne, t.1, p. 255; es también la opinión de WEBER, BERMANN, BOHLAN, KIERNIFF, autores alemanes citados por CAMMEO, Giur. Ital, 1907, Parte IV, p. 218, nota 27; en el mismo sentido: voto en disidencia de los doctores REPETTO y NAZAR ANCHORENA, en fallo de la C.S.N., 5/8/1940, J.A., t. 71, p. 881.

(nota 10) La Constitución es lo que los jueces dicen que es, Chief Justice Hughes, cit. por CORWIN, La Constitución norteamericana y su actual significado, trad. esp., Buenos Aires, 1942, p. XXX.

(nota 11) De acuerdo: FERNÁNDEZ GIANOTTI, Normas legales interpretativas, L.L., t. 26, p. 975; ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, t. 1, p. 471; COLIN CAPITANT-JULLIOT DE LA MONRANDIÈRE, t. 1, p. 54, n° 55; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 203; CAMMEO, Giur. Ital, 1907, Parte IV, p. 318.

(nota 12) ARAUZ CASTEX ha adherido a nuestro punto de vista: Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 303.

(nota 13) C.S.N., 5/8/1940, L.L., t. 19, p. 574, J.A., t. 71, p. 881; 9/4/1945, L.L., t. 39, p. 464; en el mismo sentido: C. Fed. Cap., 13/8/1940, G.F., t. 148, p. 107.

(nota 14) C.S.N., 16/10/1939, L.L., t. 16, p. 497.

(nota 15) C.S.N., 5/8/1940, L.L., t. 19, p. 574.

(nota 16) Trib. Sup. Santa Fe, 19/11/1946, L.L., t. 45, p. 29; C. Fed. Bahía Blanca, 14/7/1948, L.L., t. 25, p. 552; SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 158, n° 303; SIBURU, Comentario al Código de Comercio, t. 2, p. 12; FERNÁNDEZ GIANOTTI, Normas legales interpretativas, L.L., t. 26, p. 968; PASMANN, E., nota en J.A., t. 71, p. 881; ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, t. 1, P. 224; BONNECASE, suplemento a la obra de BAUDRY LACANTINERIE, t. 2, p. 32, n° 30.

(nota 17) Es de advertir que esta solución era clara ya en el Código Civil; nadie discutía, en efecto, que no obstante lo dispuesto en el art. 3º Ver Texto , el Congreso podía dictar leyes retroactivas. La cuestión ha quedado definitivamente aclarada con la nueva redacción del art. 3º Ver Texto .

(nota 18) Para un desarrollo más amplio de esta tesis, véase nuestra obra *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, ps. 61 y s., n° 36 y s.

(nota 19) Es la opinión sostenida por la minoría de la Corte Suprema en el caso “Escorihuela c/ Impuesto a los Réditos”, 5/8/1940, L.L., t. 19, p. 574. En el mismo sentido: ZORRAQUÍN, *Efectos retroactivos de las tituladas leyes aclaratorias*, J.A., t. 71, sec. doct., p. 42; CAMMEO, *Giur. Ital.*, 1907, Parte IV, p. 310.

(nota 20) De acuerdo: MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, n° 150.

(nota 21) C.S.N., 21/8/1922, J.A., t. 9, p. 194; 4/12/1922, Fallos, t. 133, p. 294; 26/8/1925, Fallos, t. 144, p. 219; 31/8/1925, J.A., t. 17, p. 20; 11/2/1938, L.L., t. 9, p. 506; 10/9/1936, Fallos, t. 176, p. 22.

(nota 22) De acuerdo: 1ª Instancia Cap. (DR. CICHERO), 25/3/1953, J.A., 1953-IV, p. 95. ARAUZ CASTEX ha adherido también a esta opinión: *Derecho Civil, Parte General*, t. 1, n° 325 y 326.

(nota 23) BIBLIOGRAFÍA: Con especial referencia a la reforma introducida en el sistema de derecho transitorio por la ley 17711, véase: BORDA, *Efectos de la ley con relación al tiempo*, E.D., t. 28, p. 807; LÓPEZ OLACIREGUI, *Efectos de la ley con relación al tiempo*, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Año X, n° 21, ps. 71 y s.; MORELLO, *Eficacia de la nueva ley en el tiempo*, J.A., 1969-III, p. 109; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Irretroactividad de las leyes*, L.L., t. 135, p. 1485; PARDO, *El art. 3º Ver Texto del Código Civil según la ley 17711*, L.L., t. 135, p. 1354; CLARIÁ y CLARIÁ, *Ámbito de aplicación temporal de la ley*, E.D., t. 56, p. 785.

(nota 24) De acuerdo: ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps*, t. 1, p. 608.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala A, 23/7/1968, L.L., t. 132, p. 44; Sala B, 6/8/1968, E.D., t. 23, p. 609; Sala E, 30/9/1969, E.D., t. 30, p. 204. En contra, y por lo tanto de acuerdo con nuestra tesis aunque por distintos fundamentos, C. Civil Cap., Sala D, 14/4/1970, E.D., t. 36, fallo n° 17.892; CAZEAUX, *La mora, lecciones y ensayos*, p. 120.

(nota 26) C. Apel. Rosario, 21/5/1969, J.A., 1969-III, p. 776. En contra, y de acuerdo con nuestra tesis, FARINA, *nota J.A., Doctrina*, 1971, p. 254.

(nota 27) Véase jurisprudencia citada por ROUBIER, P., *Les conflits des lois dans le temps*, t. 1, ps. 20 y 377; y Dalloz, fasc. 34-35, 28/10/1948, sec. jurisp., p. 438, con nota de WALINE.

(nota 28) Trib. Apel. Montevideo, L.L., t. 11, sec. jurisp. ext., p. 1; mismo tribunal, L.J.U., t. 4, p. 266.

(nota 29) C.S.N., 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 434 y fallos allí citados: Fallos, t. 10, p. 427; t. 31, p. 32; t. 108, p. 389; t. 117, p. 222.

(nota 30) C.S.N., 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 434; íd., 6/9/1929, J.A., t. 31, p. 397; íd., 25/9/1939, L.L., t. 16, p. 205; íd., 27/12/1943, Fallos, t. 197, p. 569 Ver Texto ; íd., 31/6/1940, L.L., t. 19, p. 403; íd., 1/6/1938, L.L., t. 19, p. 1054.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala D, 15/6/1961, Doct. Jud. del 13/7/1961; C. Fed. Cap., 20/8/1957, L.L., t. 92, p. 616; C. Apel. Trab. Cap., 9/12/1955, J.A., 1956-I, p. 323; Sup. Corte Buenos Aires, 5/4/1960, L.L., t. 100, p. 469; Sup. Corte Mendoza, 31/8/1961, L.L., t. 108, p. 397.

(nota 32) Para este punto véase: ROUBIER, P., op. cit., t. 1, ps. 376 y s.; SZASZY, E., op. cit., *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1934, t. 47, ps. 211 y s.; y también ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 232 y s.

(nota 33) Esta es la terminología empleada por ROUBIER y SZASZY, op. cit. y loc. cit., en notas anteriores, así como PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, ps. 109 y s., n° 233, y por COLIN CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 1, n° 59.

(nota 34) C.S.N., 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 435; 24/7/1931, J.A., t. 36, p. 24; 31/8/1925, J.A., t. 17, p. 18; 6/9/1929, J.A., t. 31, p. 7; 28/11/1932, J.A., t. 40, p. 46; 7/12/1931, J.A., t. 37, p. 8; 18/9/1934, J.A., t. 47, p. 758; 28/12/1937, J.A., t. 60, p. 749; 10/11/1936, J.A., t. 55, p. 720; 22/9/1937, J.A., t. 59, p. 757; 18/9/1939, J.A., t. 67, p. 724; 3/10/1938, J.A., t. 64, p. 13; 11/2/1938, J.A., t. 61, p. 379; 11/2/1938, L.L., t. 9, p. 507; 25/9/1939, L.L., t. 16, p. 205; 30/6/1940, L.L., t. 19, p. 794; 15/12/1944, L.L., t. 37, p. 401; etc. La reforma constitucional de 1949 (luego derogada) no alteró esta jurisprudencia, lo que resulta lógico, puesto que no por atribuirle una función social a la propiedad, deja de protegerla; véase C.S.N., 23/6/1949, Fallos, t. 214, p. 123. En el mismo sentido: MARTÍNEZ RUIZ, R., *Amparo constitucional del efecto liberativo del pago*, nota en L.L., t. 55, p. 186, n° 4.

(nota 35) C.S.N., 21/8/1922, J.A., t. 9, p. 194; 3/8/1925, J.A., t. 17, p. 18; 24/6/1931, J.A., t. 35, p. 1146; 28/8/1944, L.L., t. 35, p. 787, etc.

(nota 36) C.S.N., 28/4/1922, J.A., t. 8, p. 263 (referente a la primera ley de alquileres de 1921); 7/12/1934, J.A., t. 48, p. 679 (ley sobre moratoria hipotecaria); 28/8/1944, L.L., t. 35, p. 787 (leyes de arrendamientos agrícolas); 22/3/1946, Fallos, t. 204, p. 359; 26/4/1946, Fallos, t. 206, p. 158 Ver Texto ; 9/6/1947, Fallos, t. 208, p. 22; 27/3/1946, Fallos, t. 204, p. 369; 19/6/1947, Fallos, t. 208, p. 25; 9/8/1948, Fallos, t. 211, p. 1099; Fallos, t. 215, p. 155; etc. (sobre las nuevas leyes de locaciones urbanas).

(nota 37) Sup. Corte EE.UU., 256, U.S., 135. Sobre esta jurisprudencia norteamericana véase el curioso e ilustrativo episodio referido en BORDA, G.A., Retroactividad de la ley y derechos adquiridos, ps. 72 y s., n° 44 y 45.

(nota 38) Caso “Avico c/ de la Pesa”, 7/12/1934 Ver Texto , J.A., t. 48, p. 698. Digamos que de este argumento sacaba el doctor REPETTO conclusiones que nosotros estamos lejos de compartir, pues estimamos que la ley era constitucional. Lo que es falso es el principio que la Corte quería defender. Véase nuestro libro Retroactividad de la ley y derechos adquiridos, ps. 72 y s., n° 44 y s.

(nota 39) C.S.N., 7/3/1949, Fallos, t. 213, p. 239 Ver Texto .

(nota 40) C.S.N., 3/11/1947, Fallos, t. 209, p. 405 Ver Texto .

(nota 41) C.S.N., 13/4/1966, L.L., t. 123, p. 317.

(nota 42) C.S.N., 27/12/1937, L.L., t. 9, p. 304; 28/12/1937, L.L., t. 9, p. 317; 27/4/1938, L.L., t. 10, p. 439; 28/4/1938, L.L., t. 10, p. 513; 1/7/1938, G.F., t. 135, p. 127; 18/11/1938, L.L., t. 12, p. 831; 18/9/1939, L.L., t. 16, p. 553.

(nota 43) Véanse los casos citados en nota 258 y particularmente el fallo del 27/4/1938, J.A., t. 27, p. 434.

(nota 44) C.S.N., 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 434; 27/12/1920, J.A., t. 5, p. 596; 24/9/1928, J.A., t. 28, p. 288; 11/3/1931, J.A., t. 35, p. 204; 23/10/1929, J.A., t. 31, p. 379; 15/11/1939, L.L., t. 16, p. 372; 25/9/1939, L.L., t. 16, p. 205; 26/6/1940, J.A., t. 73, p. 125; 15/3/1944, J.A., 1944-I, p. 810; etc.

(nota 45) C.S.N., 7/12/1925, J.A., t. 18, p.808; 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 434; 24/9/1928, J.A., t. 28, p. 288; 2/6/1930, J.A., t. 33, p. 374; 24/6/1931, J.A., t. 35, p. 1146; 15/9/1939, J.A., t. 68, p. 549; 31/6/1940, L.L., t. 19, p. 703; 15/3/1944, L.L., t. 34, p. 882; 6/5/1962, J.A., 1962-III, p. 550; etc.

(nota 46) C.S.N., 6/9/1929, J.A., t. 31, p. 8.

(nota 47) C.S.N., 25/9/1939, J.A., t. 69, p. 315; en el mismo sentido, Fallos, t. 184, p. 620.

(nota 48) C.S.N., 18/9/1939, L.L., t. 16, p. 553; véase, además, los fallos citados en la nota 267.

(nota 49) C.S.N., 8/10/1944, J.A., 1944-IV, p. 546; 22/8/1938, L.L., t. 11, p. 829; 8/11/1944, L.L., t. 36, p. 558 y J.A., 1944-IV, p. 545; 10/11/1944, L.L., t. 36, p. 559 (cit. en nota); 26/12/1949, L.L., t. 58, p. 175; 21/7/1952, L.L., t. 68, p. 202.

(nota 50) Sup. Corte Buenos Aires, 19/8/1969, J.A., t. 4, 1969, p. 590.

(nota 51) C.S.N., 7/12/1953, L.L., t. 73, p. 640; íd., 24/6/1954, L.L., t. 76, p. 84.

1117/10390

C.— INTENTOS DOCTRINARIOS POR FORMULAR UN DERECHO TRANSITORIO O INTERTEMPORAL

1117/165

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

A ello se deben los esfuerzos hechos por la doctrina universal para enunciar un derecho transitorio o intertemporal, que regirá los derechos subjetivos en caso de una reforma legislativa. Vamos a exponer enseguida las principales doctrinas (ver nota 1), y hemos de ver que estos esfuerzos no han sido, en definitiva, más felices que la teoría de los derechos adquiridos, para resolver el problema.

Digamos desde ya, que la cuestión más debatida en esta materia es la que atañe a la aplicación de la ley nueva a los derechos reales y a los contratos sucesivos. En lo que se refiere al primer problema, puede considerársele superado, por lo menos en el terreno de la doctrina; ya no se discute que la ley nueva puede afectar el contenido de los derechos reales y que debe aplicársela aunque hayan sido adquiridos bajo el imperio de la ley anterior, que les fijaba un contenido distinto. En cambio, la controversia se mantiene en pie con respecto a los contratos sucesivos. La dificultad consiste en determinar si un contrato de tracto sucesivo, como, por ejemplo, el de locación, de préstamo, de trabajo, debe regirse siempre por la ley imperante en el momento en que se celebró; o si, por el contrario, una ley dictada mientras ese contrato se halla en curso de ejecución debe aplicársele de inmediato.

1117/166

166. TEORÍA DEL HECHO CUMPLIDO (ver nota 2).— Esta teoría tuvo su origen en Alemania, como reacción contra la legislación napoleónica y logró inmediata repercusión en Francia e Italia. Sostiene que los hechos cumplidos durante la vigencia de la vieja ley, están regidos por ella; los cumplidos después de la sanción de la nueva, por ésta. De tal modo que los contratos sucesivos, nacidos bajo el imperio de la ley anterior, se rigen siempre por ella.

COVIELLO ha formulado un desarrollo muy interesante de esta teoría. Sostiene este autor que la ley tiene efectos retroactivos no sólo cuando desconoce las consecuencias ya realizadas del hecho cumplido, es decir, cuando destruye las ventajas ya nacidas, sino también cuando impide una consecuencia futura de un hecho ya consumado, por una razón relativa a este hecho solamente, de modo que la privación de la futura ventaja se muestra como un efecto de la realización de aquel hecho determinante. Cuando, por el contrario, la nueva ley regula también las consecuencias de un hecho pasado, que se realizarán bajo su imperio, consideradas en sí mismas y no por razón relativa a aquel hecho, que queda así intocado, no hay retroactividad, sino aplicación inmediata de la ley. En otros términos, la ley nueva no es aplicable a consecuencias de hechos pasados, aun efectuadas bajo su imperio, cuando su aplicación tenga como presupuesto necesario el hecho pasado, ya sea porque no fue conforme a la ley nueva, o por constituir el elemento de hecho del que surgen consecuencias jurídicas que no habrían nacido para la antigua (ver nota 3).

Pese al esfuerzo de COVIELLO por precisar su pensamiento, no ha logrado hacerlo cabalmente. Queda la duda de los contratos en curso de ejecución; a pesar del minucioso desarrollo de su teoría y del cuidado que ha puesto en mostrar su aplicación práctica a numerosos problemas jurídicos, algunos sin mayor trascendencia, ha omitido referirse precisamente a los contratos sucesivos que, según dijimos, son el problema más importante y el más debatido en esta materia. Pero como nuestro autor afirma que, salvo aspectos secundarios, su teoría es la de VAREILLES-SOMMIERES, es necesario concluir que también él estima que los contratos sucesivos se rigen siempre por la ley imperante en el momento en que el contrato se celebró.

Basta esta conclusión para desestimar la teoría del hecho cumplido (véase núm. 177).

1117/167

167. TEORÍA DE DUGUIT Y JÈZE (ver nota 4).— DUGUIT ha creído encontrar la solución del problema, formulando una distinción entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas. Las primeras son aquellas que derivan directamente de la ley, aunque nazcan de un acto de voluntad, que no es otra cosa que la condición legal para su nacimiento o constitución; tienen carácter permanente y siguen todas las transformaciones de la ley; por consiguiente, una nueva ley puede modificar la situación legal nacida al amparo de la anterior, sin que por ello tenga efectos retroactivos. Buen ejemplo de estas situaciones jurídicas objetivas es el derecho de propiedad o cualquiera de los derechos reales.

Por el contrario, las situaciones subjetivas, resultan de manifestaciones de voluntad individual, que les dan nacimiento e imprimen su carácter peculiar, fijando sus condiciones, cláusulas, etcétera. Ejemplo típico, los contratos. Tales situaciones no pueden ser afectadas por una ley posterior, sin retroactividad. Agreguemos que DUGUIT sostiene, en disidencia con el resto de la doctrina francesa, que el legislador no puede en ningún caso dictar leyes con efectos retroactivos, porque en ese caso “violaría ciertamente el derecho, haría una ley contraria al derecho, una ley que teóricamente sería sin valor, como toda ley contraria al derecho”.

Por su parte, JÈZE ha procurado precisar los caracteres distintivos entre las situaciones jurídicas objetivas y subjetivas:

a) La situación individual es particular, la objetiva es general. Ejemplo de la primera, un contrato de compraventa; de la segunda, la situación del esposo, del propietario.

b) La situación objetiva es permanente; el poder que de ella deriva es susceptible de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder. Por el

contrario, la individual es temporaria: la relación jurídica desaparece con el ejercicio del derecho y el cumplimiento de la obligación.

c) La situación objetiva es esencialmente variable y modificable por la ley, porque es ella la que la organiza; por el contrario las situaciones jurídicas individuales no pueden ser modificadas por la ley, porque ésta procede siempre por fórmulas abstractas y generales y aquí se trata de un contenido concreto e individual.

d) Finalmente, la situación legal u objetiva no es susceptible de renuncia general y absoluta; no se puede renunciar a ser propietario o marido; en cambio, la individual puede renunciarse.

La distinción formulado por DUGUIT y JÈZE, es más atrayente que sólida y no resiste el análisis crítico. No es exacto, por lo pronto, que las situaciones individuales o subjetivas sean momentáneas y las legales permanentes. La situación del heredero ab-intestato no tiene una duración mayor que la del legatario; sin embargo la primera es legal u objetiva y la segunda individual.

Tampoco es exacta la distinción fundada en la renuncia, que está mal planteada: a la posibilidad de renunciar a ser propietario o marido, habría que oponer la posibilidad de una renuncia general a ser acreedor o deudor. Lo que se puede renunciar es un determinado crédito, pero también se puede hacer lo propio con un derecho real, un usufructo, una servidumbre.

Finalmente, la teoría que estamos glosando significa sostener que los contratos sucesivos deben regirse siempre por la ley vigente en el momento de su celebración, lo cual es inadmisibile.

1117/168

168. TEORÍA DE ROUBIER (ver nota 5).— Esto sentado, se pregunta ROUBIER si el principio de la irretroactividad, así delimitado, debe considerarse, como lo hace DUGUIT, esencial al orden jurídico y debe estimarse que toda ley retroactiva es contraria al derecho y no debe, en conciencia, ser obedecida. El maestro francés piensa, por su parte, que si bien el principio de la irretroactividad de la ley es bienhechor en el más alto grado, no puede aceptarse el planteo riguroso de DUGUIT sin algunas salvedades, como, por ejemplo, las leyes que se llaman de dispensa, dictadas en circunstancias anormales, o sea las que nuestra Corte ha llamado de emergencia; las que tienden a sancionar actos cometidos en fraude de la ley, etcétera.

Fuera de estos casos excepcionales, las leyes no deben tener efectos retroactivos; en cambio, deben tener, en principio, efectos inmediatos, porque de lo contrario, resultaría inevitable que situaciones jurídicas de la misma naturaleza fueran regidas por leyes diferentes en forma concurrente, en el interior de un mismo país. Tomemos como ejemplo el usufructo: admitiendo que los derechos de usufructo existentes en el momento del cambio de legislación conservan el contenido que les fija la ley precedente, a poco que haya en la materia varias leyes sucesivas, se llegaría bien pronto a un concurso de legislación que se aplica a situaciones de la misma naturaleza y de nombre idéntico, lo que provocaría una enorme confusión en las relaciones jurídicas.

Pero este principio de la aplicación inmediata de la ley debe reconocer una importantísima excepción: los contratos sucesivos. ROUBIER considera que el contrato es el instrumento de la diferenciación de los individuos; por eso está caracterizado por la diversidad. No hay más que un casamiento, un derecho de propiedad, un usufructo; pero hay un número indefinido de contratos y de combinaciones de estipulaciones posibles. Además, el contrato por el cual las partes hacen esa elección, constituye un acto de previsión; los contratantes saben lo que ellos pueden esperar del juego de las cláusulas expresas del acto y aun de la ley. Es evidente que esta elección sería inútil, si una nueva ley, modificando las disposiciones del régimen en vigor el día en que el contrato se celebró, viene a traer una destrucción de sus previsiones.

Los argumentos de ROUBIER no nos parecen convincentes. Es verdad que el contrato es un instrumento de diferenciación del individuo. Pero es que hay casos en que el legislador estima que no es deseable esa diferenciación individual. La mayor parte de las leyes obreras, tienden precisamente a establecer una igualdad de trato para todos los trabajadores. En esos casos, el contrato deja de ser un instrumento de diferenciación, porque así lo cree indispensable el legislador.

No tiene mayor validez el argumento derivado del acto de previsión que importa todo contrato. Toda actividad jurídica o económica, supone un acto de previsión. Cuando compro una propiedad, especulo sin duda con el placer que ella me deparará, o con las rentas que ha de procurarme. Y sin embargo, ROUBIER admite que este derecho de propiedad puede ser modificado en su contenido y aun suprimido radicalmente; pero tan respetable es mi previsión al contratar una renta vitalicia como al comprar una propiedad.

Pero por encima de todas estas consideraciones, que no se refieren sino a aspectos parciales de la cuestión, está la gran objeción al planteo de ROUBIER: es inútil buscar argumentos ingeniosos y sutiles para demostrar que los contratos en curso de ejecución no pueden ser tocados por las nuevas leyes; quizá podemos de momento sentirnos atraídos por ellos en el terreno de la especulación abstracta. Pero la realidad jurídica impone otra solución. Todas las leyes obreras afectan los contratos en curso. ¿Se pretenderá convencernos de que está mal, de que no debe ser así? Mal sendero éste de apartarse de la realidad jurídica viva; se

puede llegar por él a cualquier resultado. Esto no significa justificar cualquier ley o cualquier tendencia legislativa por el hecho de que esté sancionada o se halle de moda. Pero es que, en este caso, la realidad se halla apoyada en una razón de justicia. Si una ley ha reemplazado a otra anterior, es porque se la presume mejor y más justa; de ahí que deba aplicársela con la mayor amplitud posible y hacerle producir sus efectos de modo inmediato.

1117/10400

D.— IMPOSIBILIDAD DE FORMULAR UN DERECHO TRANSITORIO

1117/169

169. RAZONES QUE SE OPONEN A LA FORMACIÓN DE UN DERECHO TRANSITORIO.— En los párrafos precedentes hemos puesto de manifiesto el fracaso de la teoría de los derechos adquiridos; pero hemos podido también apreciar que no han sido más felices los esfuerzos posteriores por formular un derecho transitorio.

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

En presencia de un cambio de legislación, se enfrentan dos principios que en abstracto, son muy dignos de respeto: por un lado, la seguridad jurídica, interesada en conferir a la vieja ley el máximo de vigencia posible; por el otro, la justicia y el progreso, interesados en atribuir a la nueva ley el mayor campo de aplicación. Es imposible pronunciarse de antemano en un sentido u otro. Es imposible hacer prevalecer siempre la seguridad, porque ello implicaría la paralización del derecho; es igualmente imposible llevar todo por delante en nombre de la justicia y el progreso, porque éstos están condicionados por la idea de seguridad, y porque sin ésta, no puede concebirse un orden justo, que por ser orden, la implica. Habrá casos en que el progreso que signifique la nueva ley no sea tanto que justifique arrasar de cuajo con los viejos derechos, y en que la sobrevivencia de éstos sea útil inclusive para prestar apoyo a los nuevos. Porque aquí se produce esta consecuencia aparentemente paradójica: muchas veces, el respeto de los derechos nacidos al amparo de la legislación anterior, en vez de retacear o disminuir los nuevos derechos, les da una mayor fuerza y, sobre todo, una mayor perdurabilidad, porque se establece una continuidad jurídica que impondrá respeto al futuro legislador, del mismo modo que el actual ha respetado lo que fue. Habrá, en cambio, casos en que la injusticia resultante de la vieja ley sea tan chocante a la nueva conciencia jurídica, que sea necesario procurar que desaparezca

todo vestigio del viejo régimen. Es éste un problema esencialmente legislativo. Sólo el legislador, representante directo del pueblo y en contacto inmediato con él, con sus problemas sociales y económicos, puede decidir en qué medida es conveniente la sobrevivencia de la vieja ley. Es un problema de política y de prudencia legislativas. Por eso las constituciones no deben contener ningún precepto de derecho transitorio, porque ello implica atar al legislador a soluciones rígidas, que no consultan las necesidades de la vida del derecho. La mejor solución puede ser fundamentalmente distinta si varían los casos y las circunstancias: si en algunos será utilísimo y aun necesario darle retroactividad a la ley, en otros, por el contrario, será preferible postergar sus efectos en relación con tal o cual hipótesis.

La prueba de este aserto es que allí en donde constituyentes demasiado previsores quisieron fijar en la Carta Magna el principio de la irretroactividad, no se ha tardado en buscar el camino para eludirlo, porque así lo han impuesto las circunstancias (véase nuestro núm. 180). Lo mismo ha ocurrido en nuestro país, cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema confirió rango constitucional a la protección de los derechos adquiridos patrimoniales; el mismo tribunal debió buscar caminos para eludir las consecuencias de su propia jurisprudencia (véase núms. 158 y sigs.).

1117/170

170. ¿EXISTEN CONFLICTOS DE LEYES EN EL TIEMPO?.—Con frecuencia se habla de conflictos de las leyes en el tiempo. Nos parece ésta una expresión errónea. Cuando una ley modifica o deroga otra anterior, no hay conflicto alguno: la única ley vigente es la última. Desde que ésta se sancionó, la anterior dejó de regir, no es más que una norma jurídica, pertenece a la historia del derecho. El juez no puede juzgar sino conforme a las reglas de derecho obligatorias; y sólo tienen fuerza obligatoria aquellas reglas vivas que están en vigor en el momento en que el juez dicta su sentencia. La vieja ley no puede ser tomada en consideración a menos que la ley nueva, por una razón cualquiera y bajo ciertas condiciones, preste su fuerza a la vieja ley. En el fondo, aun en esta hipótesis, es la nueva ley la que estatuye, la que ordena, porque es ella la que le está dando vida a la anterior (ver nota 6).

1117/171

171.— En el único caso en que podría hablarse con propiedad de conflicto de leyes en el tiempo es en aquel en que la Constitución estableciera normas de derecho transitorio, porque en tal hipótesis la ley anterior no podría ser derogada sino en la medida en que lo permitiera el texto constitucional, que le estaría prestando vigor, no obstante haber sido sustituida por una ley nueva. Pero éste no es el caso de nuestra legislación, ni el de la gran mayoría de los países extranjeros (véase núm. 180).

1117/10410

E.— REGLAS INTERPRETATIVAS ADMISIBLES

1117/172

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

1117/173

173.— En primer término, es indiscutible la conveniencia de sentar el principio de que las leyes no deben aplicarse con efectos retroactivos salvo que así los dispongan claramente. Bien entendido que, al hablar de retroactividad, lo hacemos en el sentido propio de la palabra (véase núm. 154).

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

1117/174

174.— La aplicación inmediata de la nueva ley se justifica por diversas razones: a) desde que ella significa un progreso sobre el estado de derecho anterior, debe asegurársele el mayor ámbito de vigencia posible; b) el legislador no nos garantiza el ejercicio indefinido para el futuro de nuestros derechos actuales; esos derechos no existen y no duran sino tanto como la ley que los rige y los permite; ellos deben seguir el efecto de todo cambio de legislación (ver nota 7); c) pero, sobre todo, nos parece decisiva la consideración que ya hemos formulado anteriormente: la nueva ley debe aplicarse en forma inmediata, porque es la única vigente, la única ley, ya que la anterior ha dejado de regir, no es más una norma jurídica.

1117/175

175.— De esta aplicación inmediata sólo debe excluirse a las leyes supletorias, por las razones que hemos expresado en otro lugar (núm. 150).

Todos estos principios han tenido recepción en el nuevo artículo 3° Ver Texto .

1117/176

176. SITUACIONES JURÍDICAS OBJETIVAS.— De acuerdo con los conceptos sentados en los párrafos precedentes, la nueva ley debe aplicarse de inmediato a las situaciones jurídicas objetivas, o sea a aquellos derechos que tienen los caracteres de generalidad y uniformidad y que están así reglados por la ley. Ejemplo: los reales y, en particular, la propiedad; los de esposo, padre, etcétera. Sobre estos derechos, que la teoría de los derechos adquiridos defendió con denuedo tan estéril, existe hoy completa uniformidad doctrinaria en el sentido de que pueden ser afectados por las leyes nuevas (ver nota 8), solución de todo punto de vista indiscutible porque, de lo contrario, quedaría paralizado el progreso del derecho.

Sin embargo, sobre la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en materia de derechos adquiridos patrimoniales, véase números 157 y siguientes.

1117/177

177. CONTRATOS EN CURSO DE EJECUCIÓN.— No obstante que la tendencia de la doctrina moderna se inclina evidentemente a ampliar el campo de aplicación de la ley nueva, se advierte todavía una general resistencia a admitir que ella pueda afectar los contratos en curso de ejecución. La mayor parte de los autores, aun reconociendo que en este caso no puede hablarse con propiedad de retroactividad, sostienen que los contratos sucesivos deben regirse siempre por la ley vigente en el momento de su celebración; una ley posterior no podría afectarlos.

En apoyo de este punto de vista se afirma que en el respeto de los contratos se halla en juego el principio de la autonomía de la voluntad y con él, el respeto de la libertad y la personalidad humana. Hay en todo ello una exageración evidente. Sin duda el principio de la autonomía de la voluntad se halla afectado, pues si una ley nueva modifica un contrato en curso de ejecución, es porque ya no reconoce a las partes el derecho de estipular condiciones, que antes les eran permitidas. Pero eso no significa necesariamente atacar la

libertad ni la personalidad del hombre. Por el contrario, la legislación obrera ha triunfado en nombre de ellas, porque es la dignificación y la liberación del trabajador lo que se ha perseguido con esas leyes, que afectan siempre los contratos en curso.

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

Por lo demás, es evidente que el individuo no puede, por un contrato u otro acto cualquiera, asegurarse derechos sino en cuanto lo permitan las leyes y en la medida que ellas lo hagan. Como bien lo dice LASALLE, el pensamiento debe agregar a todo contrato, una cláusula según la cual el derecho estipulado en aquél no será válido sino durante el tiempo que la legislación lo estima admisible. Adquirir un derecho y querer conservarlo para un tiempo en que la conciencia general no considera más ese derecho como admisible y lícito, es afirmar y negar, invocar y excluir, al mismo tiempo, el título jurídico en virtud del cual se adquiere, que es la conformidad con la ley (ver nota 9).

1117/178

178-179.— Por último, es necesario reconocer que la aplicación de la nueva ley a los contratos en curso de ejecución es, digámoslo así, un hecho consumado. La legislación obrera se aplica a todos los contratos en curso de ejecución; lo mismo ocurre con la copiosa legislación sobre locaciones urbanas y rurales. Y no se puede decir que éstos sean casos excepcionales, porque no cabe duda que los dos contratos sucesivos más importantes son precisamente el de trabajo y el de locación. De nada vale seguir sosteniendo que la nueva ley no debe aplicarse a los contratos en curso, cuando la realidad jurídica está indicando lo contrario.

Este punto de vista ha sido expresamente acogido por la nueva redacción del artículo 3º Ver Texto , cuyo primer párrafo dispone que las nuevas leyes se aplican aun a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al dictarse la ley.

1117/10420

F.— EL PROBLEMA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

180. INCONVENIENCIA DE QUE EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TENGA CARÁCTER CONSTITUCIONAL.— Hemos demostrado anteriormente (núm. 169) la inconveniencia de que el principio de la irretroactividad de la ley figure inserto en la Constitución Nacional, sobre todo si se lo vincula con el respeto de los derechos adquiridos, como lo hacía nuestro Código. Este principio tiene así una rigidez que no se aviene con las necesidades jurídicas, políticas y económicas de una sociedad. Por ello los pueblos de sólida tradición jurídica y de orden constitucional estable, han considerado con razón que el principio de la irretroactividad no debe estar asentado en la Carta Magna. Sólo algunos países latinoamericanos (Bolivia, art. 31; Costa Rica, art. 26; Cuba, arts. 22 y 23; Honduras, art. 54; México, art. 14; Nicaragua, art. 43; Paraguay, art. 26, y Perú, art. 25) y entre los europeos únicamente Noruega (art. 97) lo han establecido en su Constitución. Pero en estos mismos países, la vida del derecho ha demostrado que una regla rígida sobre este punto trae aparejados tan graves inconvenientes, que el legislador no ha podido menos que desconocerla y los jueces se ven obligados a admitir excepciones, abriendo una brecha por la que bien pronto pasa todo género de leyes retroactivas.

Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en México, cuya Constitución prescribe en el artículo 14 que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. No obstante el carácter bien expreso de la prescripción, los tribunales concluyeron declarando que ese precepto se dirige a los jueces, pero no al legislador (ver nota 10). Es lo que ha pasado también en los Estados Unidos (ver nota 11). Las provincias argentinas brindan asimismo ejemplos interesantes. El principio de la irretroactividad en materia civil, ha sido acogido por varias constituciones locales. Pero los tribunales provinciales han debido reconocer bien pronto distintas excepciones y han declarado la validez de las leyes retroactivas (ver nota 12).

Es también lo que ha ocurrido con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, según la cual el principio de que las leyes no pueden tener efectos retroactivos si alteran derechos adquiridos de orden patrimonial tienen fundamento constitucional; no obstante ello ha debido reconocer la constitucionalidad de numerosas leyes que los afectan (véase núms. 157 y sigs.).

181. INOPERANCIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.— Si, por consiguiente, el principio de la irretroactividad no obliga al legislador, que puede dictar leyes de ese carácter cuando lo estime conveniente; si sólo obliga al juez, en el caso de que

la ley nueva nada disponga sobre el punto, es evidente que su papel en el afianzamiento de la seguridad jurídica es muy modesto.

En efecto: los ataques contra la seguridad individual y los derechos personales, no han de temerse nunca de los jueces, que por razón de su inamovilidad, su educación jurídica, por tener su vida dedicada al derecho, son naturalmente conservadores y respetuosos de los derechos que las leyes reconocen. La inseguridad en el goce de los bienes, el desconocimiento de los derechos, nunca han provenido de ellos. Es al legislador al que hay que temerle. Los diputados surgen del pueblo, son intérpretes de sus aspiraciones, participan de sus pasiones, pulsan sus angustias y descontentos; muchas veces responden a intereses de grupos o de partido, quizá circunstanciales. No es extraño, pues, que impulsados por aquellos sentimientos, y puestos quizá en trance de tener que halagar su clientela política para mantener su caudal electoral, los legisladores dicten leyes injustamente retroactivas; que con gran precipitación y no mucho tino, sancionen leyes de las que tal vez mañana se arrepientan, pero que, entretanto, ya han producido perjuicios irreparables. Y resulta que contra este peligro, el único verdadero contra la seguridad jurídica, el principio de la irretroactividad no ofrece remedio alguno.

1117/182

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

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

La misma jurisprudencia de la Corte Suprema demuestra el acierto de estas conclusiones. Cuando ha querido proteger un derecho dado, o una determinada situación jurídica, no ha

acudido al artículo 3º Ver Texto del Código Civil, sino a la protección constitucional de la propiedad, lo que demuestra que aquél era insuficiente para dar seguridad y continuidad a los derechos. Es claro que la jurisprudencia que comentamos se ha resentido por la admisión de la teoría de los derechos adquiridos, que ningún texto constitucional ha protegido y que ha obligado al Alto Tribunal a incurrir en las contradicciones y vacilaciones que hemos destacado (véase núms. 157 y sigs).

Es indudable que el derecho de propiedad que la Constitución protege, no se ve lesionado porque cualquier derecho adquirido al amparo de la legislación anterior sea afectado por la nueva. Al garantizar la propiedad, sin duda no ha sido el propósito cristalizarla, momificarla, conservarla indiferente a todo cambio y toda evolución. Lo que se ha querido es proteger ese derecho frente a toda ley que lo afecte sustancialmente, lo desnaturalice. Y los jueces deben estar atentos contra estos ataques, pues son ellos los custodios de ese derecho —como de todos los otros garantizados por la Constitución— que es uno de los pilares de nuestra organización social y política. Cuando la propiedad se vea realmente afectada, la Corte debe declarar inconstitucional la ley, sin preocuparse de que tenga efectos retroactivos o disponga sólo para el futuro.

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

(nota 1) Según lo indicamos en el texto, sólo expondremos las teorías que reputamos más importantes y que mayor eco han tenido. Para una síntesis muy completa de las distintas opiniones sostenidas hasta el presente, véase ROUBIER, P., *Les conflits des lois dans le temps*, t. 1, y PACE, G., *Il diritto transitorio*, n° 50 y s.

(nota 2) Véase principalmente: VAREILLES-SOMMIERES, *Une nouvelle théorie sur la rétroactivité des lois*, París, 1933, ps. 24 y s., n° 44 y s.; CHIRONI y ABELLO, *Trattato de diritto civile*, 1904, t. 1, p. 83; COVIELLO, N., *Doctrina general del Derecho Civil*, ed. México, ps. 118 y s.

(nota 3) COVIELLO, N., *Doctrina general del Derecho Civil*, ed. México, p. 119.

(nota 4) DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., t. 2, § 21, t. 6, § 26; JÈZE, O., *Les principes généraux de droit administratif*, 2ª ed., ps. 9 y s.; íd., *Cours de droit public*, ps. 109 y s.; íd., *Revue de droit public*, 1924, ps. 157 y s.

(nota 5) ROUBIER, P., *Les conflits des lois dans le temps*, t. 1, ps. 379 y s. El mérito principal de ROUBIER consiste en haber precisado con toda claridad cuáles son los efectos retroactivos de la ley, terminando con una confusión de conceptos muy frecuente, que consistía en considerar retroactivos efectos de la ley que nuestro autor llama inmediatos. Ante todo pone de manifiesto que las relaciones jurídicas o, como él prefiere llamarlas, las situaciones jurídicas, se desarrollan a lo largo de cierto tiempo, de modo que la nueva ley puede intervenir en un momento dado de ese desenvolvimiento; si esta ley afecta o se refiere a las partes anteriores, tiene efectos retroactivos; si por el contrario, sólo se refiere a las partes posteriores, tiene efectos inmediatos.

(nota 6) SZASZY, E., *Recueil de Cours de l'Academie de Droit International*, 1934, t. 47, p. 206.

(nota 7) De acuerdo: PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. 1, p. 99, n° 256; RAYCES, *Los derechos adquiridos en los contratos sucesivos*, Buenos Aires, 1943, ps. 29 y s.; LASALLE, F., *Théorie systematique des droits acquis*, trad. francesa, t. 1, ps. 211 y s.

(nota 8) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., t. 2, § 21; t. 6, § 26; JÈZE, *Les principes généraux de droit administratif*, 2ª ed., ps. 9 y s.; íd., *Cours de droit public*, 1913, ps. 109 y s.; ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps*, t. 1, ps. 564 y s.; SZASZY, E., *Recueil de Cours de l'Academie de Droit International*, 1934, t. 47; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, n° 249 y s.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 1, n° 57 y s.; COVIELLO, *Doctrina general del Derecho Civil*, ed. México, ps. 121 y s.

(nota 9) LASALLE, F., *Théorie systematique des droits acquis*, trad. fr., t. 1, ps. 211 y s.

(nota 10) ANDRADE, M., *Nuevo Código Civil Anotado*, México, 1948, nota al art. 5º y jurisprudencia allí citada.

(nota 11) Sobre el problema de la retroactividad de la ley en la Constitución y jurisprudencia norteamericana, véase nuestro libro: *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, p. 26, n° 12; BRYANT SMITH, *Retroactive law and vested rights*, *Selected essays on constitutional law*, 1938, t. 2; CAMPBELL BLACK, H., *An essay on the constitutional prohibition against legislations impairing the obligations of contract*, Boston, 1987; y CORWIN, E., *La Constitución norteamericana y su actual significado*, trad. esp., Buenos Aires, 1942, ps. 85 y s.

(nota 12) Sup. Trib. Córdoba, 23/6/1944, J.A., 1944-III, p. 89; mismo Tribunal, 6/9/1930, J.C., t. 3, p. 564, Rep. L.L., t. VII, p. 1134.

No ha faltado quien pretendiera poner el principio de la irretroactividad más allá de los poderes de los propios constituyentes, dándole categoría de derecho natural. Ya MIRABEAU lo sostuvo en la Asamblea francesa de 1790, con ese tono grandilocuente de la época: Ninguna potencia humana o sobrenatural puede legitimar un efecto retroactivo; he pedido la palabra para hacer esta profesión de fe. Similar es la postura de DUGUIT (*Traité de droit constitutionnel*, t. 3, § 98, p. 661). La idea de que el principio es de derecho natural, estaba muy difundida en la época de la Revolución Francesa, que como toda revolución profunda dictó numerosas leyes retroactivas; las desviaciones al principio de la irretroactividad se explicaron también por una razón profunda en el derecho natural. Todas las leyes que no hacían, dentro del concepto revolucionario, sino aplicar principios superiores de justicia y de equidad, debían aplicarse por ello mismo, por ser declaratorias de esos grandes principios preexistentes, hacia el pasado y respecto a una legislación juzgada viciosa. Este es un ejemplo bien ilustrativo de cómo, aun juzgando que nuestro principio es de derecho natural, se encuentra siempre la forma de eludirlo, invocando para ello también el derecho natural.

1117/10430

§ 3.— Del modo de contar los intervalos del Derecho (ver nota 1)

1117/183

183. EL CALENDARIO GREGORIANO.— El segundo Título Preliminar del Código Civil, artículos 23 Ver Texto a 29, trata del modo de contar los intervalos del derecho.

La primera regla sentada en esta materia, es que los días, meses y años se contarán por el calendario gregoriano, como se llama al sistema puesto en vigencia por el Papa Gregorio XIII en 1582. Hasta esa fecha regía el calendario juliano, implantado por Julio César, conforme al cual el año se dividía en doce meses y contaba con 365 días, debiendo intercalarse un día más cada cuatro años. De acuerdo con este cálculo, el año venía a tener una duración efectiva de 365 días y 6 horas. Pero en verdad la duración exacta del año solar, es decir, el tiempo transcurrido entre dos pasos consecutivos del sol por el equinoccio de primavera, es de 365 días, 5 horas, 48 minutos, 50 segundos. Esta diferencia entre el año del calendario juliano y el año solar, había alcanzado a diez días en la época de Gregorio XIII y se hacía necesario corregirla. El Papa resolvió eliminar esa diferencia llamando 15 de octubre al día 5 de aquel mes y año y, en lo sucesivo, se implantó esta reforma: los años seculares no son bisiestos; salvo que el siglo fuera divisible por cuatro (1600 sería bisiesto, 1700, 1800, 1900, no lo serían). Suprimidos estos tres días, la diferencia entre el calendario y el año solar equivalía a 1 día cada 3225 años. Para enjugar esa diferencia se dispuso que el año 4000 no sería bisiesto.

Este es el sistema adoptado por casi todo el mundo civilizado. En Rusia, sin embargo, se ha mantenido el calendario juliano (ver nota 2).

1117/184

184. PLAZOS DE DÍAS Y HORAS.— El artículo 24 Ver Texto dispone que el día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha.

Sin embargo, la ley o las mismas partes (art. 29 Ver Texto , Cód. Civ.) pueden resolver que el plazo se compute por horas, en cuyo caso se contará de hora a hora. Queda la duda de si el plazo fijado en 24 o 48 horas debe entenderse en el sentido de uno o dos días, lo cual significa que vence recién a medianoche o si, por el contrario, debe contarse de hora en hora. Creemos que se trata de una cuestión de interpretación y que el juez debe resolverla de acuerdo a las circunstancias del caso (ver nota 3).

Así, por ejemplo, en materia procesal, la Corte Suprema ha resuelto que los plazos de horas comienzan a contarse a partir de aquella en que se ha realizado la notificación y se computan hora a hora (ver nota 4). En cambio la Justicia de Paz Letrada de la Capital resolvió que el plazo de 48 horas fijado en la ley 11924, artículo 38, se cuenta a partir del día hábil siguiente al que se realizó la notificación (ver nota 5).

1117/185

185. PLAZOS DE SEMANAS (ver nota 6).— El Código Civil no prevé el caso de los plazos por semana, a diferencia del alemán (art. 188) y el suizo de las obligaciones (art. 77, inc. 2º). Significa siete días completos, contándose éstos de acuerdo a las reglas sentadas en el párrafo anterior, y a partir del día en que se celebró el acto (ver nota 7).

Alguna dificultad se presenta con respecto al plazo de ocho días. VON TUHR estima que esa expresión comúnmente se refiere a la semana y que debe interpretársela en ese sentido (ver nota 8). En cambio ENNECCERUS cree que es una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, que variará según los casos (ver nota 9). El Código Civil alemán, por su parte, establece que, en caso de duda, se presume que son ocho días enteros. Entendemos que ésta es la solución justa, porque es menos rigurosa para el deudor.

La Cámara Comercial de la Capital resolvió que si en un contrato se estipula afianzar por una o varias semanas de flete, la obligación del fiador no se extiende más allá de un mes, porque, de lo contrario, el plazo se hubiera estipulado en estos períodos (ver nota 10).

1117/186

186. PLAZOS DE MESES O AÑOS.— Los artículos 25 Ver Texto y 26 disponen la manera de contar los períodos de meses y años. El primero establece que los plazos de mes o meses, de año o años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año. El artículo 26 Ver Texto prevé un caso especial: Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años, constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriese desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes. Así, por ejemplo, si se estipula un plazo de un mes a partir del 31 de enero, aquél vence el 28 de febrero, o el 29 si el año fuera bisiesto.

1117/187

187. FORMA DE COMPUTAR LOS PLAZOS.— Todos los plazos serán continuos y completos, dispone el artículo 27 Ver Texto , debiendo terminar siempre en la medianoche del último día; y así, los actos que deben ejecutarse en o dentro de cierto plazo, valen si se ejecutan antes de la medianoche en que termina el último día del plazo. Agrega el artículo siguiente que en los plazos que señalasen las leyes o los tribunales, o los decretos del gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así.

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

Pero el plazo fijado para el cumplimiento de una sentencia, comprende los días inhábiles, porque no es un plazo procesal, sino judicial, regido por el artículo 28 Ver Texto , Código Civil (ver nota 11).

1117/188

188. CARÁCTER DE LAS NORMAS DE ESTE TÍTULO.— Las normas sobre la manera de computar los períodos de tiempo, contenidas en el segundo Título Preliminar del Código, son de carácter meramente supletorio (art. 29). En consecuencia, las partes pueden convenir en sus contratos que el plazo se computará de una manera distinta. Del mismo modo, las leyes provinciales, los decretos nacionales y provinciales, y las ordenanzas municipales, pueden apartarse de estas normas, que sólo se aplican en caso de silencio de las leyes especiales o locales y de las partes en los contratos.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BUSSO, E., Código Civil Anotado, t. 1, coment. a los arts. 23 a 29; SAVIGNY, C.F., Sistema de derecho romano actual, t. 3, ps. 199 y s., n° 177 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, ps. 450 y s.

(nota 2) BUSSO, E., op. cit., t. 1, coment. al art. 23, n° 59; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 2, p. 452.

(nota 3) De acuerdo: ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 452, nota 2.

(nota 4) C.S.N., 3/8/1938, J.A., t. 63, p. 352; 3/8/1899, Fallos, t. 80, p. 167.

(nota 5) C. Paz. Let. Cap., 26/5/1937, J.A., t. 58, p. 655.

(nota 6) BOFILL SOLER, M., Plazos de semana, Boletín Inst. de Ens. Práct. de Buenos Aires, mar.-abr., 1939, sec. doct., p. 11; BUSSO, t. 1, comentario arts. 25 y 26, n° 12 y s.

(nota 7) C. Com. Cap., 9/3/1939, L.L., t. 14, p. 172; J.A., t. 65, p. 844.

(nota 8) VON TUHR, Obligaciones, t. 2, p. 47.

(nota 9) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 452.

(nota 10) C. Com. Cap., 9/5/1938, G.F., t. 134, p. 179.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala G, 11/4/1984, E.D., t. 110, p. 419; LLAMBÍAS, Código Civil Anotado, t. 1, p. 62; BELLUSCIO-ZANNONI, Código Civil Anotado, t. I., p. 120.

1117/10440

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

1117/189

189. BREVES NOCIONES Y REMISIÓN.— Las relaciones jurídicas no se desenvuelven siempre dentro de un mismo territorio nacional. Un argentino, que vive en nuestro país, puede tener bienes inmuebles en el Uruguay. ¿Qué ley se aplica a su sucesión, la argentina o la uruguaya? Dos personas contratan en un país y cumplen sus obligaciones en otro: ¿por qué ley se rigen las obligaciones que nacen del contrato y la forma de éste? La forma de casamiento y sus efectos ¿se gobiernan por la ley del lugar de su celebración, de la nacionalidad de los contrayentes o de su domicilio?

Estos ejemplos demuestran cómo la comunidad internacional hace surgir problemas en lo que atañe a la ley aplicable a las relaciones jurídicas. Tales problemas son complejísimo y forman el objeto del derecho internacional privado. Ocuparnos de ellos excedería visiblemente el marco de nuestro estudio; nos remitimos, por consiguiente, a los tratados de aquella materia, limitándonos a hacer una transcripción de los artículos 6° Ver Texto a 14 del Código Civil, con el propósito de completar el examen del contenido de los dos Títulos Preliminares.

a) Respecto del estado y capacidad de hecho de las personas, el artículo 6° Ver Texto del Código Civil dispone: La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero. El artículo siguiente agrega: La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.

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

Respecto a la capacidad e incapacidad de derecho, el artículo 9º Ver Texto dispone que las incapacidades contra las leyes de la naturaleza, como la esclavitud, o las que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales; disposición complementada por el artículo 949 Ver Texto , que dice: La capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad, por las leyes de este Código. Lo que significa que, en este caso, se aplica la ley territorial.

b) El artículo 8º Ver Texto dispone que los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas.

c) Respecto de los bienes inmuebles, el artículo 10 Ver Texto dispone que los situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o pedido de conformidad con las leyes de la República.

d) Con relación a los bienes muebles, el Código hace una distinción entre los que tienen una situación permanente, que son regidos por las leyes del lugar en que están situados, y los que el propietario lleva consigo, o son de uso personal, o los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, que se rigen por la ley del domicilio del dueño, esté o no en él (art. 11 Ver Texto).

e) Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieran otorgado (art. 12 Ver Texto). Es la aplicación del principio clásico *locus regit actum*.

f) Finalmente, los artículos 13 Ver Texto y 14 establecen las condiciones requeridas para que los jueces nacionales puedan hacer aplicación de una ley extranjera: La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptuánse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial (art. 13 Ver Texto).

El artículo siguiente agrega: Las leyes extranjeras no serán aplicables:

1º Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres;

2º Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código;

3º Cuando fueren de mero privilegio;

4º Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.

Sobre este punto, nos remitimos a nuestros números 49 y siguientes.

1117/10450

CAPÍTULO V - INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY (ver nota 1)

1117/190

190. CONCEPTOS GENERALES.— Los órganos de aplicación de la ley son los jueces; a ellos les toca velar por su cumplimiento y cuidar que las relaciones humanas se desenvuelvan en concordancia con las normas del derecho positivo.

Esta tarea supone, previamente, fijar el recto sentido de la ley que debe aplicarse; pero, además —y esto pone de manifiesto cabalmente la importancia del papel desempeñado por el juzgador—, el tribunal debe decidir cuál es la norma aplicable al caso. Porque del complejo de normas jurídicas que forman un orden positivo determinado, es necesario elegir aquella que el juez repunte adecuada para resolver el litigio. En este último aspecto, la labor judicial es eminentemente valorativa. Y no pocas veces las peculiaridades del caso obligan a los magistrados a atribuir a la ley un significado distinto del que hasta ese momento se le atribuía. Pues la ley no es una regla constante y deshumanizada, dentro de la cual hay que encajar, resulte bien o mal, el caso presentado ante el magistrado. Hoy se la concibe como una materia plástica, que debe acomodarse a las nuevas circunstancias o a las peculiaridades del caso, que no fueron previstas por el legislador. El juez a veces amplía la aplicación de una regla más allá de lo que parecen ser sus límites lógicos; otras, limita o restringe su aplicación a tales o cuales casos, declarando que no abarca tales otros, no

obstante que de su enunciación general pareciera resultar lo contrario. Interpretando la ley ora extensivamente, ora restrictivamente, sosteniendo que en el caso llevado a la decisión del tribunal no es aplicable tal norma sino tal otra, los jueces van amoldando la ley a las necesidades del momento y del caso. La interpretación está, pues, influida por las circunstancias propias del pleito, la buena o mala fe de los litigantes, la convicción de que se debe proteger la una y castigar la otra. El caso influye así en la comprensión de la norma.

Interpretar la ley es, por consiguiente, establecer su recto sentido, en relación a un caso dado.

Esta tarea es complejísima y envuelve los problemas más delicados. Las dificultades provienen, sobre todo, del frecuente choque entre la ley —norma abstracta— y la justicia concreta del caso sometido a decisión judicial; entre la norma jurídica positiva, que da soluciones generales y uniformes, y la vida del derecho, que tiene una multiplicidad infinita.

1117/191

191. INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA.— La interpretación judicial es, desde luego, la típica, la única que interesa del punto de vista del derecho positivo, puesto que los jueces integran el ordenamiento jurídico y sus fallos tienen carácter obligatorio para las partes. En definitiva, la ley es lo que los jueces dicen que es; el significado que le atribuyen los tribunales, es el único a cuyo servicio está el imperium del Estado.

Pero al lado de esta interpretación judicial debe mencionarse la que hacen de la ley los autores y tratadistas, que si no tiene en su apoyo la fuerza del Estado, significa, en cambio, un importante aporte al esclarecimiento del sentido de los textos legales, que los jueces utilizan con frecuencia.

Hay, además, otra profunda diferencia entre la interpretación doctrinaria y la judicial, en cuanto al método y a los resultados. La primera es abstracta y casi siempre puramente lógica; la segunda, en cambio, es concreta: busca el sentido de la ley que más convenga al caso que debe decidir; es una interpretación influida por los hechos del caso, por los intereses en juego, por la justicia y la moral que resultan de una solución dada. De ahí que muchas veces la doctrina y la jurisprudencia marchen por sendas distintas y sostengan soluciones divergentes. Cuando ello ocurre, hay que presumir, casi siempre, que son los jueces los que han dado con la solución acertada; porque la vida del derecho, siempre presente en los pleitos, es una sagaz maestra que rara vez penetra en el silencio de la biblioteca de los juristas.

192. LA LLAMADA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA.— Al lado de la interpretación judicial y de la doctrina, se suele hablar generalmente de la interpretación legislativa o auténtica. Ya hemos dado nuestro punto de vista sobre esa materia y a él nos remitimos (véase núms. 150-160). Agreguemos, a modo de conclusión, que es impropio hablar de interpretación legislativa; el Poder Legislativo dicta la ley, pero no la interpreta, pues tal función está reservada constitucionalmente a los jueces (ver nota 2). Por lo demás, el legislador no tiene para qué interpretar la ley, puesto que le basta con el poder de dictar la norma, modificarla, sustituirla por otra, incluso con efectos retroactivos. Las llamadas leyes interpretativas significan en realidad una nueva norma jurídica, que modifica la anterior basándose en razones de política legislativa, pero sin ajustarse a ningún método o criterio de lógica o hermenéutica.

En cambio, en el derecho antiguo sí existía la interpretación auténtica. En el Imperio Romano sólo el Emperador podía interpretar la leyes establecidas por él, que eran oscuras. Este principio pasó a las legislaciones europeas posteriores. Así, por ejemplo, la Ordenanza francesa de 1667, tít. 1, artículo 7º, obligaba a los jueces, en caso de duda o de oscuridad de la ley, a suspender el proceso y elevarlo al Rey para su decisión. Este procedimiento ha desaparecido del derecho moderno.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: COSSIO, C., El derecho en el derecho judicial, Buenos Aires, 1945; íd., El substrato filosófico de los métodos interpretativos, Santa Fe, 1940; BUSSO, E., Métodos de interpretación de nuestra jurisprudencia civil, Buenos Aires, 1921; LLAMBÍAS, Parte General, t. 1, nº 90 y s.; AFTALIÓN, E., La interpretación en la ciencia del derecho, L.L., t. 57, p. 819; CARRILLO, P., Algunas normas de interpretación de las leyes aplicadas por la Suprema Corte, L.L., t. 38, p. 962; ESPIL, F., nota sobre interpretación de la ley, J.A., t. 1, p. 136; FERNÁNDEZ, Función creadora del juez, Buenos Aires, 1970; CASTIGLIONE, El razonamiento jurídico, en Revista Propuestas de la Universidad Católica de Santiago del Estero, nº 7, agosto de 1983; AYASTA GONZÁLEZ, J., Interpretación de la ley, Anales Fac. Der. La Plata, t. 12, p. 942; RECÁSENS SICHES, Nueva filosofía de la interpretación del derecho, México, 1956; PUIG BRUTAU, La jurisprudencia como fuente de derecho, Barcelona; CASTRO y BRAVO, F., Derecho Civil de España, 2ª ed., t. 1, ps. 439 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, J., Teoría de la aplicación e investigación del derecho, Madrid, 1947; GÈNY, F., Métodos de interpretación y fuentes del derecho privado positivo, trad. esp., Madrid, 1925; BONNECASE, J., La escuela de la exégesis en derecho civil, trad. esp., México, 1944; Recueil en l'honneur de F. Gèny, París; KOHLER, J., Judicial interpretation of enacted law, trad. inglesa, en Science of Legal Method, 1907, t. 9, ps. 187 y s.; REICHEL, H., La ley y la sentencia, trad. esp., Madrid, 1921; STAMMLER, R., El juez, trad. esp., La Habana; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 202 y s.; BEROLSKEIMER, F., The perils of emotionalism sentimental administration of justice, trad. inglesa, en Science of Legal Method, 1917, cap. 5; SILVEIRA, A., La interpretação das leis com face dos

varios regímenes políticos, S. Paulo; *íd.* O factor político social na interpretação das leis, S. Paulo, 1946; *íd.*, Ruy Barbosa y los métodos de interpretación de las leyes, L.L., t. 59, p. 955; ESPÍNOLA, E. y ESPÍNOLA, E., (h.), La interpretação e la aplicação do direito objetivo, Río de Janeiro, 1939; FERRARA, E., Interpretação e aplicação das leis, trad. portuguesa, S. Paulo, 1940; FIORE, P., De la irretroactividad e interpretación de las leyes, trad. esp., Madrid, 1927; DEGNI, F., L'interpretazione della legge, Napoli, 1909; DE RUGGIERO, R., Institución de derecho civil, ps. 131 y s.; SACCO, R., Il concetto de interpretazione del diritto, Torino, 1947; BETTI, E., Interpretazione della legge e degli atti giuridiche, Milano, 1949.

(nota 2) De acuerdo: ARAUZ CASTEX, Derecho Civil, Parte General, t. 1, nº 220.

1117/10460

§ 1.— Métodos de interpretación

1117/10470

A.— LOS MÉTODOS TRADICIONALES

1117/193

193.— Antes de la Revolución Francesa, mientras dominó en el mundo el sistema absolutista, se miraba con desconfianza la actuación judicial, como es propio de los regímenes políticos que concentran todos los poderes en manos del Ejecutivo.

Aquella desconfianza hizo que la función interpretativa de los jueces se redujera al mínimo posible. Si la ley era clara, debían aplicarla tal como surgía de su texto; si, por el contrario, ofrecía alguna dificultad o era oscura, tenían que dirigirse al Príncipe pidiéndole que fijase su recto sentido, o bien remitirle el caso, sometiéndolo a su decisión. Se temía que el juez, so color de interpretación, alterase o modificara la voluntad del soberano, lo que se traducía en desmedro de su autoridad. El apego a la ley llegó a tales exageraciones, que un tribunal inglés absolvió a un acusado de bigamia al que el jurado declaró convicto al tener tres mujeres, porque la ley sólo contemplaba el caso del que tuviera dos (ver nota 1).

El único método interpretativo lícito era, por consiguiente, el gramatical. Consistía éste en fijar el sentido cabal de cada palabra; se atribuía gran importancia a la etimología; se utilizaban, además, los llamados textos paralelos, que eran pasajes clásicos y preferiblemente de la Biblia, en donde estaba empleada la palabra que ofrecía dificultades, para cotejar así su significado en su relación al texto que se interpretaba.

1117/194

194.— El odio al despotismo del soberano trajo aparejado, después de la Revolución Francesa, el despotismo de la ley. Para ser libre, se afirmaba, es necesario ser esclavo de la ley. El juez, sujeto antes a la voluntad del Príncipe, quedó entonces prisionero de aquélla. Pero, de todas maneras, el campo de acción de los jueces se amplió notablemente, desde que estaban obligados a fallar en todos los casos, aunque la ley fuera oscura o deficiente, sin remitir el problema al Poder Ejecutivo o Legislativo, como antaño al Rey.

Para seguir la evolución del pensamiento jurídico en esta materia es útil recordar los métodos interpretativos puestos en práctica en Francia después de la sanción del Código Civil.

a) Los primeros comentaristas del Código Napoleón aplicaron el método exegético. Llenos de admiración por el nuevo cuerpo de leyes, que al parecer preveía todos los casos posibles, sostuvieron que la tarea del juez debía consistir en analizar con la mayor prolijidad el significado de los textos y precisar todas sus consecuencias posibles. Esto bastaba para la solución de los casos que podían presentarse ante los tribunales.

b) Bien pronto la vida del derecho se encargó de demostrar la insuficiencia de los textos legales. La experiencia iba señalando, cada vez en mayor número, que existían casos no previstos por la ley. Era necesario adoptar, por consiguiente, un método más elástico, que no se ciñera tanto al texto legal, pero que, por otro lado, no se apartara de lo que había sido la intención del legislador. Tal fue el método dogmático. Se procedía de la siguiente manera: de distintas normas diseminadas en el Código se inducía el principio general que las había inspirado, aun cuando no estuviese expresamente establecido; y una vez obtenido el principio, se lo aplicaba a casos no previstos en el Código. Se trataba, pues, de un doble proceso lógico: por inducción se obtenía el principio, y por deducción se descendía a los casos no contemplados expresamente. Tales construcciones jurídicas, de las que son buenos ejemplos la teoría del patrimonio, la del enriquecimiento sin causa, etcétera, manejadas con sagacidad por los juristas y jueces, fueron en su momento un aporte inestimable para las soluciones jurisprudenciales. Este método tuvo una gran repercusión en nuestro país.

1117/195

195. CARACTERES COMUNES DE LOS MÉTODOS TRADICIONALES.— Todos estos métodos, que hemos llamado tradicionales, tienen una nota en común que les es propia: el apego a la intención del legislador. Los procedimientos lógicos suelen variar según el intérprete, pero, de todas maneras, lo que se pretende descifrar es tan sólo la intención del legislador al establecer la norma. El juez en ningún caso puede apreciar la conveniencia o inconveniencia de la solución legal, su justicia o injusticia. Estos valores deben ser tenidos en cuenta por el legislador; pero el juez es nada más que un instrumento de la ley. Aun injusta, debe aplicarla: *dura lex, sed lex*. El respeto ciego por la ley era considerado el fundamento mismo de la libertad.

La aplicación de estos conceptos convertía al juez en un autómatas; su misión consistía en apreciar la voluntad del legislador por un juego de procedimientos lógicos —inducciones, deducciones, silogismos—, sin caer jamás en una valoración de las soluciones. PLANIOL ha podido así escribir estas duras palabras respecto de LAURENT, el eminente tratadista belga: “Las soluciones injustas o desagradables no lo asustaban” (ver nota 2). Y MONTESQUIEU quería que el juez fuera un “ser inanimado que repite las palabras de la ley, sin suavizarle la fuerza o el rigor” (ver nota 3).

De ahí que tuvieran tanta importancia en este método los llamados antecedentes históricos de la ley, o sea, las fuentes que la inspiraron, el debate parlamentario y los anteproyectos; todos ellos facilitaban la captación del pensamiento del legislador.

Esta sujeción servil del juez a la ley, debía conducir a la distinción entre leyes claras y oscuras. En el primer caso, el juez debía limitarse a aplicarlas; la interpretación del texto sólo era posible en la segunda hipótesis. Pero esta distinción, planteada en tales términos, es totalmente arbitraria; sin duda, algunos textos legales ofrecen mayores dificultades que otros; pero de allí a pretender establecer dos categorías de leyes, las claras y las oscuras, relegando a éstas la labor interpretativa del juez, hay una gran distancia. La experiencia jurídica demuestra, a cada paso, que las leyes aparentemente más claras son objeto de interpretaciones distintas a través de un breve lapso de tiempo (ver nota 4). LINARES señala con acierto que las leyes no son claras porque gramaticalmente o lógicamente lo sean, sino porque además son justas en el caso a que se aplican. Lo que significa que ningún precepto es claro en sí mismo, pues su oscuridad o claridad sólo aparece cuando se lo aplica a casos que plantea el comportamiento humano. Aun las normas correctamente redactadas con acuerdo a la gramática, la semántica y la lógica pueden ser oscuras frente a la compleja realidad de la conducta regulada (ver nota 5).

1117/10480

B.— LOS MÉTODOS MODERNOS

1117/196

196. REACCIÓN CONTRA LOS MÉTODOS TRADICIONALES.— El criterio jurídico que reducía a los jueces a un triste papel y los convertía en instrumentos ciegos de la ley, debía provocar naturalmente serias reacciones. A fines del siglo pasado se levantó, principalmente en Alemania, una verdadera tempestad de críticas contra los métodos interpretativos tradicionales. Este movimiento propugnó la necesidad de dar al juez un campo de acción más amplio y digno de la altura de su función. La reacción desembocó — como todas las reacciones — en las mayores exageraciones, pero no por ello dejó de ser fecundísima. Resultaría imposible e inconveniente hacer en un tratado general como éste una reseña completa de las distintas opiniones sostenidas sobre tal cuestión; nos hemos de limitar, por consiguiente, a desarrollar las teorías que consideramos más expresivas, para exponer finalmente el estado de la cuestión en el derecho contemporáneo (ver nota 6).

1117/197

197. EL MÉTODO HISTÓRICO (ver nota 7)— El punto de partida de este método es negar que el objeto de la interpretación sea descubrir la intención del legislador. Lo que han pensado en su fuero interno el hombre u hombres que sancionaron la ley, carece de toda importancia. La ley es, ante todo, un producto de la época, del medio social, una aspiración de la comunidad, de la cual el legislador no es sino el órgano y vocero. Más aún: aquél trabaja sobre conceptos y nociones tomadas de la atmósfera intelectual en la cual vive e, inclusive, emplea palabras cuyo sentido es dado por un proceso sociológico de centurias.

Por lo demás, descubrir la intención del legislador es imposible. Porque no se trata de un hombre-legislador, sino de cuerpos colegiados, que están formados heterogéneamente por distintos grupos y partidos; y prestan su aprobación a la ley, cada uno entendiendo cosas distintas de las mismas palabras.

Por último, no se advierte qué justificación tiene la pretensión de mantener la ley amarrada al pensamiento del legislador que la dictó. Una vez sancionada, se incorpora al medio social; ley y sociedad se influyen recíprocamente, aquélla forma parte de la vida del derecho, sigue su evolución. Si las circunstancias cambian, la ley debe ser interpretada, no ya como lo deseó su autor 50 o 100 años atrás, sino como lo exigen las actuales circunstancias; pues de dos, tres o más pensamientos que puedan inferirse de un mismo texto legal, el juez no debe buscar aquel que pudo estar en la mente del remoto legislador, sino el que dé a la norma su significado más razonable y beneficioso y el que más se adecue a los nuevos tiempos y dé mejor solución a sus problemas. Porque la ley no se dicta tan sólo para el presente, sino también para el futuro, para satisfacer y servir las necesidades del porvenir.

198. MÉTODO DE GÈNY (ver nota 8).— En una obra que alcanzó una notoria y quizá exagerada resonancia en nuestro ambiente jurídico, François GÈNY propugnó un nuevo método de interpretación. En principio, sostiene, es necesario aplicar la ley en su sentido original y no deformada como lo pretende la escuela histórica, porque de esa manera se incurre en el peligro de caer en la arbitrariedad judicial. Pero cuando la ley no da una solución clara y expresa del problema, es necesario recurrir a las otras fuentes formales del derecho, sin torturar los textos legales y pretender extraer de ellos una solución que evidentemente no ha sido prevista por el legislador. Las otras fuentes formales son, para GÈNY, la costumbre, la tradición (jurisprudencia y doctrina antiguas) y la autoridad (jurisprudencia y doctrina modernas). Finalmente, si tampoco éstas dieran la solución adecuada para el caso, el juez debe proceder a lo que el autor ha llamado la libre investigación científica. Mediante el examen de la naturaleza positiva de las cosas, de los elementos objetivos presentes en el caso, debe decidir el litigio aplicando la norma que él dictaría si fuera legislador.

Adelantándose a una posible objeción, sostiene GÈNY que este método no es más peligroso que el tradicional, que desnaturaliza la más segura de las fuentes formales, la ley, para arrancarle por la fuerza preceptos que ella no puede contener, y que abusa de la lógica para sustituir con ella las enseñanzas de la vida misma; porque bajo la apariencia de permanecer fiel a ley, el método tradicional da margen al subjetivismo más desordenado.

Las ideas de GÈNY han ejercido una visible influencia en el Código Civil suizo, cuyo artículo 1º establece que, a falta de disposición aplicable, el juez se pronunciará según el derecho consuetudinario, y en ausencia de éste, por las reglas que él establecería si fuese legislador. Semejante es la disposición del Código de Procedimiento del Brasil, cuyo artículo 114 dispone que cuando el juez estuviese autorizado a fallar según equidad, debe aplicar la regla que establecería si fuera legislador.

199. LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE.— La tendencia a reconocer una mayor libertad a los jueces en la aplicación de la ley, tuvo su expresión extrema en la escuela del Derecho libre. Muchos son los matices con que esta tendencia doctrinaria ha sido expuesta por sus sostenedores. Para unos, el juez debe atenerse a la ley, si su texto es claro y evidentemente aplicable al caso; fuera de esta hipótesis, debe actuar libremente. Para otros, inclusive puede fallar en contra de la ley, si la solución dada por ésta fuera manifiestamente injusta. Finalmente, no faltan quienes sostienen que la ley no es más que una guía para el

juez, pero que éste debe separarse de ella cada vez que su conciencia se lo imponga (ver nota 9).

1117/200

200.— El derecho contemporáneo ofrece dos interesantes y aleccionadores ejemplos de la aplicación de esta teoría. En Rusia, una circular de la Corte de Casación de 1927 ordenaba a los jueces fallar inclusive en contra de la ley, si los intereses de los trabajadores lo exigen imperiosamente, o si lo impone la política general del Estado o el espíritu de la legislación soviética. En Alemania, el nacional-socialismo adoptó la teoría de que el juez puede y debe apartarse de la aplicación de un texto legal que, según el sentimiento personal del intérprete, repugna aquello que él considera como la expresión de la voluntad colectiva del pueblo; en tal caso, debía fallar de acuerdo con la conciencia nacional-socialista del pueblo alemán y aplicar lo que FRANK llamó Führer-princip: ¿cómo decidiría el Führer en mi lugar? (ver nota 10).

Es fácil advertir que en ambos casos la liberación del juez con respecto a la ley tenía un propósito revolucionario: no aplicar la legislación anterior en cuanto chocara con los principios comunistas o nacional-socialistas. Pero la libertad del juez resultó, en la práctica, una quimera, porque no podía fallar según su conciencia, sino conforme al espíritu de la legislación revolucionaria; y cuando ésta fue dictada, la libertad judicial desapareció completamente por efecto de la dependencia respecto del Poder Ejecutivo.

200-1. EL REALISMO NORTEAMERICANO (ver nota 11).— Tal vez las más agudas críticas contra el método racionalista hayan sido formuladas por los juristas norteamericanos. El problema de la interpretación de la ley ha motivado en aquel país un fecundo análisis, facilitado, sin duda, porque el espíritu mismo del common law es contrario a soluciones deducidas de reglas generales abstractas (véase núm. 77 y nota 168). Dentro de las diversas tendencias y opiniones, nos parece especialmente interesante hacer una referencia a la escuela del realismo jurídico.

John GRAY, precursor de este movimiento, sostuvo la necesidad de distinguir entre el derecho efectivo y las fuentes del derecho. El derecho efectivo consiste únicamente en las reglas sentadas por los tribunales y aplicadas por éstos; fuentes del derecho, en cambio, son los materiales en los que el juez se inspira para establecer las reglas efectivas de su fallo. Estos materiales son los siguientes: leyes, precedentes jurisprudenciales, opiniones doctrinales y principios éticos. Una ley por sí sola no es derecho, mientras no haya sido interpretada y aplicada por los tribunales. Es verdad que hay límites en la facultad legal de interpretación; pero esos límites son vagos y no están definidos con precisión. Todo derecho efectivo es elaborado por los tribunales.

Los actuales sostenedores de esta doctrina han llegado más allá todavía: el derecho efectivo no es el que aparece declarado en las leyes, ni tampoco el que los jueces declaran o dicen aplicar, sino lo que los jueces hacen, independientemente de lo que manifiestan sus sentencias. Es frecuente, en efecto, que los magistrados mencionen tal o cual norma, pero luego eludan parcial o totalmente su aplicación, por medio de razonamientos interpretativos. Tales razonamientos interpretativos pretenden mostrar que el juez cumple lo dispuesto por dichas normas, cuando en realidad son solamente un disfraz de la otra norma diferente, que sigue efectivamente el juez en su fallo, norma que no es declarada sino más bien encubierta.

A la inversa de lo que sostenía la lógica racionalista, según la cual el juez parte de principios legales que aplica a los hechos probados en el expediente, la realidad muestra un proceso distinto. El juez, a la vista de las pruebas, se forma una opinión sobre el caso y una convicción de lo que es justo respecto de éste; y después busca los principios o considerandos que puedan justificar esa opinión (ver nota 12). Claro está que en la formación de esa convicción de justicia interviene también el conocimiento que él tiene de las leyes, decretos, precedentes jurisprudenciales y opiniones doctrinarias.

En la concepción clásica el Derecho era cierto, constante, igual, preciso, fijado en leyes y reglamentos. Pero esto es una mera ilusión. Por el contrario, el Derecho tiene una dimensión esencialmente plástica, de adaptación a nuevas circunstancias y situaciones. Tuvo siempre ese carácter, en mayor o menor medida; pero en nuestra época lo tiene en una proporción enorme. En efecto, el derecho en nuestros días, lejos de poseer una seguridad estática, encaminada a la conservación de las viejas situaciones establecidas, tiende más bien a una especie de seguridad dinámica para la protección de las personas dedicadas a nuevas empresas. Por otra parte, los rápidos y complejos cambios de las realidades sociales de nuestro tiempo determinan que se presenten nuevas situaciones, ni remotamente previstas en las normas preestablecidas. Entonces el juez tiene que formular una norma, aunque la más de las veces lo haga bajo la apariencia de interpretar normas (ver nota 13).

200-2. LA ESCUELA EGOLÓGICA (ver nota 14).— COSSIO ha sostenido sobre este tema una teoría profundamente original. Según él, la labor del juez no es nunca de interpretación de la ley, sino de interpretación de la conducta humana mediante la ley. El juez debe vivenciar la conducta humana de las partes que están ante sus estrados y elegir la ley aplicable, que será aquella en que pueda subsumirse una conducta justa. Para efectuar esa subsunción podrá valerse de cualquier argumento que le dé fuerza de convicción (inclusive los usuales en los métodos tradicionales) e introducir las extensiones o distinciones que sean necesarias, pero deberá cuidarse de no contradecir la ley.

El gran acierto de COSSIO ha sido poner de relieve la importancia que en la faena judicial tiene la interpretación de la conducta de las personas cuyo conflicto humano ha de decidirse. Pero, a nuestro entender, hay una exageración en su teoría. La labor del juez importa interpretación de conducta humana, pero también interpretación de la ley. Esta

objeción ha sido replicada por COSSIO (ver nota 15) sobre la base de una distinción conceptual entre conocer y saber. Ilustra su idea con el siguiente ejemplo: un hombre de ciencia diserta sobre el sistema planetario; en esa disertación hay algo que es el objeto del conocimiento: el sistema planetario; y algo que se sabe: las palabras empleadas para disertar. Del mismo modo, el objeto del conocimiento del juez es la conducta de las partes; la ley la sabe.

Es, nos parece, una explicación inconvincente. No es exacto que el juez haga aplicación de la ley con la misma irrazonada comprensión con que él mismo utiliza las palabras que forman su sentencia. Lo mismo que el astrónomo, el juez sabe las palabras que emplea, pero procura conocer la ley y la conducta de las partes. La sentencia dedica ordinariamente al problema legal prolijos considerandos, haciendo de él el objeto de un conocimiento pleno de lúcida racionalidad; más aún, utiliza métodos interpretativos que suelen ser distintos, variando inclusive el resultado de la sentencia. En suma, es claro que el juez se propone conocer no sólo la conducta de los litigantes, sino también la ley aplicable al caso.

1117/201

201. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO.— Si bien aún hoy se mantiene abierta y viva la polémica sobre los métodos interpretativos, lo cierto es que se ha producido un acercamiento entre los distintos puntos de vista, sobre todo en la práctica de los tribunales.

Es necesario, en primer término, afirmar el respeto de la ley, puesto que ése es el requisito indispensable de la libertad, de la seguridad individual y la igualdad entre los hombres. La libre interpretación, llevada a sus consecuencias extremas, importaría la arbitrariedad y el desorden. El juez reuniría en sí las funciones de magistrado y de legislador, provocando un grave desequilibrio de los poderes del Estado.

De esta manera, lejos de lograr soluciones más justas, se caería en el peligro de obstaculizar la evolución del derecho, puesto que los jueces, tanto por su inamovilidad, su educación y su cultura jurídica, como por su desvinculación con los problemas de las masas, son siempre conservadores; ante leyes dictadas con el propósito de satisfacer necesidades y aspiraciones populares, pero que chocarán con los derechos e intereses vigentes en ese momento, sentirían la tentación de alterar su significado, de desconocer y desviar sus fines, esterilizándolas.

Pero, por otro lado, los jueces se han liberado ya del servilismo ciego de la ley y de la intención del legislador. Es verdad que todavía los fallos hablan con frecuencia de la voluntad del legislador; pero con ello no se quiere significar (como no se trate de algún juez de criterio anacrónico) la intención psicológica del legislador-hombre, sino el propósito

perseguido por la ley y los fines tenidos en cuenta al sancionarla, lo que es perfectamente legítimo. Dice con acierto DE RUGGIERO que el pensamiento y la voluntad de la ley que debe ser indagada no es una voluntad del pasado, ni la de los particulares que concurrieron a formar la norma, ni siquiera la suma de voluntades particulares, sino que es presente, como si fuera renovada a cada momento y representa el querer común de toda la organización estatal, de toda la comunidad (ver nota 16).

Es indiscutible ya que la tarea del juez no se reduce a un mero procedimiento lógico, que permita extraer el significado de la ley sin considerar ningún factor que le sea extraño; es indiscutible que el juez no debe aplicar ciegamente la ley a los hechos, como el sello al lacre; por el contrario, está en el deber de valorar las soluciones; y de todas las interpretaciones posibles, debe elegir aquella que mejor se adapte a las actuales circunstancias y que implique una solución más beneficiosa y justa. Como lo ha dicho la Corte Suprema, la búsqueda de soluciones justas y adecuadas para la adjudicación de los derechos de los conciudadanos, es una tarea común de legislador y jueces (ver nota 17). Los fallos de los tribunales han sido en todo tiempo, lo supieran o no los jueces, creadores de derecho. Pero descubrirlo y declararlo ha resultado grávido de consecuencias. No sólo los jueces son hoy más valientes y contribuyen más fecundamente al quehacer jurídico común, sino que al tomar conciencia de su papel como creadores del derecho, han comprendido claramente que no deben permanecer indiferentes a los resultados de la interpretación de la ley que suya es la culpa si la ley no se adapta a las cambiantes circunstancias. No se trata, ya lo hemos dicho, de que los jueces puedan fallar libremente, haciendo caso omiso de la ley. Eso sería desorden y caos. Pero tampoco debe creerse que la ley sea una “camisa de fuerza jurídica” (ver nota 18); la ley ofrece siempre o casi siempre posibilidades de interpretación más o menos flexibles. Dentro de ellas debe moverse el juez procurando ensancharlas al máximo, para lograr una solución más feliz del caso y sentar la regla más valiosa del punto de vista social. Por ello, ha podido decir FRANK que la interpretación de la ley no es una ciencia sino un arte (ver nota 19).

Por lo demás, es necesario recordar que el juez no tiene frente a la ley un papel pasivo, como si fuera un extraño al ordenamiento jurídico en sí mismo. Por el contrario, integra el orden jurídico, está inserto en él como un elemento vivo, destinado a darle a la ley la flexibilidad que le permita brindar no sólo la justicia más ajustada a las circunstancias del caso y de las personas, sino también más sensible a las cambiantes exigencias sociales. Porque, evidentemente, los jueces de hoy no pueden interpretar el Código Civil con el espíritu de 1869; no en vano ha transcurrido un siglo y se han modificado profundamente los conceptos políticos, sociales y económicos imperantes en aquella época. Esta adecuación de la ley a las circunstancias sociales del momento en que el fallo se dicta, no importa de ninguna manera dejar librado el significado de ella a la arbitrariedad judicial y desnaturalizar, según lo temía GÈNY, la más segura de las fuentes formales, que es la ley (ver nota 20); porque el juez no puede interpretar caprichosamente los nuevos hechos y circunstancias sociales, sino que debe hacerlo a la luz y con el espíritu de la nueva legislación; así, por ejemplo el Código Civil no podrá ser ya interpretado con el espíritu individualista que lo inspiró, sino con el criterio social que insufla la moderna legislación nacional. De esta manera, el juez no aplica un criterio subjetivo y, por consiguiente,

cambiante, inseguro, desigual; sino uno objetivo, dado por el espíritu de la nueva legislación y que, por ello, está exento de todos esos riesgos.

Es además indiscutible que el caso influye decididamente en la interpretación de la ley. Nuevas circunstancias, hechos no previstos al dictarse la norma, no pueden estar sujetos a reglas abstractas o deshumanizadas. El juez amplía la aplicación de ciertas normas, restringe o limita otras, según se lo dicta su sentimiento de justicia. Es perfectamente cierto lo sostenido por los realistas norteamericanos en el sentido de que, en la mayor parte de los casos, el juez se forma primero una conciencia o convicción acerca de lo que es justo decidir y luego busca las razones legales para apoyar esta solución. Todo esto convierte a la ley en una materia plástica y flexible, muy distinta de la norma constante que imaginaron los racionalistas.

Sobre todas estas cuestiones puede considerarse que, con diferencia de matices, se ha logrado un acuerdo general. Queda, sin embargo, en pie, un problema realmente arduo. ¿Puede el juez negarse a aplicar una ley que reputa injusta?

1117/202

202. EL PROBLEMA DEL DERECHO INJUSTO.— Según lo hemos dicho, la postura tradicional en esta materia es la que el intérprete no puede juzgar acerca de la justicia de la ley: *dura lex, sed lex*. El derecho, aun injusto, debe ser aplicado.

Nosotros hemos adelantado ya nuestra opinión en otro lugar de ese Tratado (núms. 8 y sigs.). No concebimos la existencia de un derecho injusto. Entendemos que el concepto de derecho implica la idea de justicia. Las normas dictadas por el poder público para merecer el nombre de jurídicas, deben ser justas. Si, por consiguiente, el juez estima que una norma es injusta, debe negarse a aplicarla, porque no es una ley, no es derecho. Es claro que para decidirse a negar validez a una ley el juez no puede determinarse por apreciaciones de carácter estrictamente subjetivo; no basta que estime que la solución legal puede ser sustituida por otra mejor o que es inconveniente. Para que sea legítima la negativa del juez a aplicar la ley, debe haber una colisión radical entre ella y los principios de derecho natural.

1117/203

203.— En nuestro derecho positivo, la negativa a aplicar una ley injusta no ofrece ningún conflicto de orden legal. La Constitución Nacional incluye entre sus preceptos todos los principios fundamentales del derecho natural. Así, por ejemplo, la garantía de la libertad y de la dignidad humanas (arts. 14 Ver Texto , 15, 16, 18 y 19), la propiedad (art. 17 Ver

Texto), el derecho de asociación (art. 14 Ver Texto). Y con carácter general el Preámbulo establece que uno de los objetos de la Constitución Nacional es afianzar la justicia, lo que significa que toda ley injusta es anticonstitucional (ver nota 21). Por consiguiente, el juez argentino puede y debe negarse a aplicar una ley injusta, sin salirse por ello de nuestro ordenamiento legal y, más aún, por imposición de él.

(nota 1) Cit. por CASTRO y BRAVO, F., Derecho Civil de España, t. 1, p. 448, nota 1.

(nota 2) PLANIOL, M., Traité Elémentaire, 7ª ed., t. 1, nº 131.

(nota 3) Cit. por SILVEIRA, A., Ruy Barbosa y los métodos de interpretación de las leyes, L.L., t. 59, p. 955.

(nota 4) En concordancia con esta conclusión, por lo demás muy general en la doctrina moderna, véase principalmente el artículo de SILVEIRA, A., citado en la nota anterior. COSSIO dice que la ley más clara puede tornarse oscura en razón de las circunstancias en que habría de aplicársela (La teoría egológica, 2ª ed., p. 17). La C. Civil Cap., Sala C, dijo que aun las leyes claras necesitan ser interpretadas porque, además de su sentido externo y gramatical, tienen otro sutil y profundo que resulta de su confrontación con otros preceptos y con el sistema general de la ley (16/4/1963, L.L., t. 110, p. 696).

(nota 5) LINARES, Aplicación de la ley clara, L.L., t. 141, p. 968.

(nota 6) Puede verse una buena reseña de las distintas opiniones doctrinarias en CASTRO y BRAVO, F., Derecho Civil de España, t. 1, ps. 446 y s.; y en REICHEL, H., La ley y la sentencia, ps. 18 y s.

(nota 7) Véase principalmente, KOHLER, J., Judicial interpretation of enacted law, en Science of Legal Method, 1907, t. 9, p. 187; SALEILLES, R., Introduction a l'étude du droit civil allemand, París, 1904, ps. 98 y s.; íd., Declaration de la volonté, París, 1901, coment. al art. 133. Cód. Civil alemán.

(nota 8) GÈNY, F., Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo, trad. esp., 2ª ed., Madrid, 1925; véase además, Recueil en l'honneur de F. Gèny, París.

(nota 9) Véase reseña de estas opiniones en CASTRO y BRAVO, F., Derecho Civil de España, 2ª ed., ps. 451 y s.; REICHEL, H., La ley y la sentencia, ps. 32 y s.; FERRARA, E., Interpretação e aplicação das leis, trad. portuguesa, São Paulo, 1940, ps. 67 y s.

(nota 10) SILVEIRA, A., La interpretação das leis com face dos varios regimes politicos, ps. 34 y 194; íd. O factor político social na interpretação das leis, São Paulo, 1946, ps. 264 y s.; COT, M., La conception hitlerienne du droit, París, 1938; MIRKINE GUETZEVICHT, L'Etat sovietique et l'Etat de droit, Revue Critique de Droit Public, 1927, p. 309.

(nota 11) GRAY, The nature and sources of the law, 1909; RICHARD LEWLYN, My University of Chicago Law Review, t. 9, 1942; FRANK, Law and Modern Mind, 1930; íd., Courts on trial, 1949. Puede verse un excelente resumen de este movimiento en Philosophy of law, 1941; y On the Good, the True and the Beautiful on Law; RECÁSENS SICHES, Nueva filosofía de la interpretación del derecho, ps. 99 y s.; y en PUIG BRUTAU, La jurisprudencia como fuente del derecho, Barcelona.

(nota 12) Es lo que FRANK llama el predominio de la conclusión deseada (Law and the modern mind, p. 101).

(nota 13) Véase el resumen de RECÁSENS SICHES, cit. en nota 329, ps. 109 y s.

(nota 14) Véase COSSIO, C., El derecho en el derecho judicial, Buenos Aires, 1945, ps. 117 y s.; Reflexiones sobre la ley como saber y la conducta como el objeto interpretado al dictarse una sentencia, L.L., t. 111, p. 1015.

(nota 15) Sobre este punto véase el artículo de L.L., citado en nota anterior.

(nota 16) DE RUGGIERO, R., Instituciones de derecho civil, t. 1, p. 142.

(nota 17) C.S.N., 18/10/1973, J.A., t. 20, 1973, p. 191.

(nota 18) Expresión de la Corte Suprema de Estados Unidos, cit. por PEKELIS, La tecla para una ciencia jurídica estimativa, en El actual pensamiento jurídico norteamericano, p. 128.

(nota 19) FRANK, Música y palabras, en El actual pensamiento jurídico norteamericano, p. 175.

(nota 20) GÈNY, F., Método de interpretación, ed. Madrid, p. 672.

(nota 21) De acuerdo: CASARES, T., El orden de la justicia y el recurso de inconstitucionalidad, apéndice a La Justicia y el Derecho, 2ª ed., p. 284.

1117/10490

§ 2.— Reglas prácticas de interpretación

1117/204

204.— Fijada ya la posición del juez frente a la ley, y sentados los principios generales en que se funda su labor, vemos ahora las reglas prácticas que debe aplicar en su tarea de descubrir el recto sentido de una ley.

1117/205

205. a) El texto de la ley.— La primera regla interpretativa es que el juez debe atenerse al texto de la ley, considerando el lenguaje técnico-jurídico.

Por texto de la ley debe entenderse, no sólo la letra, sino también su espíritu. En realidad, la distinción entre la letra y el espíritu de la ley, en que se solazaban algunos exégetas, es arbitraria; el texto debe tenerse siempre presente como manifestación auténtica y solemne del espíritu, pues su finalidad es, precisamente, revelarlo (ver nota 1).

1117/206

206. b) Relación de la disposición interpretada con otras de la misma ley o de otras leyes.— Las normas legales no deben interpretarse nunca aisladamente, sino armonizándolas con las otras disposiciones de la misma ley (ver nota 2); únicamente así puede obtenerse el recto significado de sus disposiciones.

Pero no sólo es necesario armonizar las diferentes disposiciones de una misma ley, sino que también debe coordinárselas con las de otras leyes, particularmente de las que son posteriores (ver nota 3). Esta tarea es fecundísima, porque permite hacer concordar la vieja

ley con el espíritu de la legislación contemporánea, e interpretar aquélla de acuerdo con las necesidades y tendencias jurídicas actuales (ver nota 4).

La interpretación, por consiguiente, debe ser sistemática.

1117/207

207. c) Condiciones económicas, sociales y políticas.— El juez debe apreciar las circunstancias económicas y sociales del momento en que dicta su sentencia. El Código Civil argentino no puede ser interpretado y aplicado con el espíritu individualista de 1869, sino en concordancia con las nuevas ideas jurídicas, que han sido el resultado de profundas transformaciones sociales y que han cristalizado en numerosas leyes (ver nota 5). Porque, como dice COLMO, las leyes también envejecen y su reforma legislativa suele ser tardía; y como la ley inadecuada e inoportuna se hace necesariamente injusta, y como no es imaginable que el legislador haya querido una injusticia, es necesario acomodarla a los principios actuales (ver nota 6). Los jueces tienen el deber de mantener el derecho en consonancia con la realidad (ver nota 7). Y así lo hacen en los hechos, aun contra toda teoría. Nada menos que en la Francia racionalista, SALEILLES pudo decir: el texto del Código Civil ha permanecido idéntico, pero el contenido que él recubre se ha modificado totalmente (ver nota 8).

1117/208

208. d) El fin de la ley.— Toda norma jurídica se dicta con un propósito determinado, tiene un fin; el intérprete debe tenerlo presente para contribuir a que ese fin se cumpla (ver nota 9). Este es el sentido más frecuente con que los fallos de los tribunales emplean la expresión voluntad del legislador o de la ley: cuando se refieren a ella, aducen casi siempre al propósito que ha inspirado la norma jurídica y no la intención psicológica del legislador-hombre. Con tal alcance, la expresión resulta perfectamente legítima.

La importancia de este elemento interpretativo se pone de relieve en algunos casos en que precisamente por haberse omitido la consideración del fin de la ley, se ha incurrido en gruesos errores. Así, por ejemplo, la Cámara Civil 2ª de la Capital resolvió que era nulo un testamento hecho por escritura pública porque el escribano omitió la edad de uno de los testigos, limitándose a decir “mayor de edad” (ver nota 10). Se interpretaba así, ciñéndose a la letra de la ley, el artículo 3657 Ver Texto del Código Civil, que menciona la edad de los testigos, entre los requisitos formales de aquellos testamentos. Ahora bien: es evidente que el propósito de la ley es asegurarse que los testigos sean hábiles, es decir, mayores de edad. Basta, pues, con esta mención para que se cumpla el propósito de la ley. De haberse tenido en cuenta esta consideración, se hubiera evitado una solución injustísima, sobre la que felizmente han vuelto con posterioridad los tribunales de la Capital (ver nota 11).

1117/209

209. e) Las fuentes, la discusión parlamentaria y otros trabajos preparatorios (ver nota 12).— En los métodos tradicionales para los cuales el objeto de la interpretación era establecer la intención del legislador, era muy importante la consideración de estos factores, puesto que ellos permitían seguir el pensamiento de los autores de la ley y precisar, dentro de lo posible, su alcance. Hoy, tal procedimiento ha caído en desprestigio; lo que interesa al intérprete no es lo que han pensado en su fuero íntimo el autor o autores de la ley (lo que resulta imposible descubrir la mayor parte de las veces), sino cuál es la interpretación más justa, la que mejor se adapta a las actuales circunstancias, la que satisface con mayor acierto el fin de la ley, que es siempre el bien común (ver nota 13). Además, los trabajos preparatorios suelen ser confusos, contradictorios, ofrecen armas a todas las opiniones y dan lugar a argumentos que se anulan recíprocamente (ver nota 14). La interpretación gana en certeza y autoridad, si se prescinde de ellos (ver nota 15). La sensatez y el agudo sentido práctico, que es una de las más ponderables condiciones de los jueces y juristas anglosajones, los han llevado a prescindir de los antecedentes parlamentarios en la interpretación de la ley (ver nota 16).

1117/210

210.— KOHLER ha ridiculizado la opinión según la cual la ley debe interpretarse de acuerdo con la discusión parlamentaria: “Que una cosa sea dicha o no en los debates, depende de muchos accidentes. Más importante que dar una opinión favorable, puede ser el hecho de que un orador voluble sufra un catarro, de que un miembro de la oposición sufra del hígado o que las atracciones o diversiones de la capital sean demasiado fuertes para otros. Seguramente sería un método bien extraño de interpretación aquél según el cual la validez de la ley pueda depender del estado de digestión de algunos parlamentarios. Más de un discurso no ha sido pronunciado en virtud de la extensión de las cuestiones previas o porque algún miembro sufre fatiga o porque se halla conversando fuera del recinto” (ver nota 17).

Nuestra jurisprudencia registra un caso curioso y, por cierto, bien expresivo de las exageraciones a que puede conducir esta pesquisa de la intención del legislador a través de los trabajos preparatorios. Se trataba de precisar el sentido de la expresión legal “satisfacer deseos propios”, contenida en el artículo 125 del Código Penal. Ante la duda, la Suprema Corte de Tucumán no encontró mejor solución que dirigirse al doctor Rodolfo Moreno para que, en su carácter de legislador, informara sobre el sentido auténtico de la expresión. El Dr. Moreno dio traslado de la consulta al Dr. Rodolfo Rivarola, coautor del Proyecto de 1906, que había sido la fuente del texto en cuestión. Rivarola, por su parte, informó que tampoco él era autor de la expresión, sino que ella fue incluida por sugestión del ex Jefe de Policía Francisco Beazley, miembro también de la Comisión redactora del Proyecto de

1906. Beazley había querido castigar con la introducción de esa cláusula a los seductores que, para conseguir su víctima, la corrompen primero. Por esta complicada vía, la Suprema Corte de Tucumán llegó a conocer el pensamiento del legislador. Queda bien demostrada así la ficción que encierra esa expresión. Concluyamos diciendo que la jurisprudencia se apartó muy razonablemente de aquella interpretación “auténtica” (ver nota 18) y que luego esta disposición ha sido reformada por la ley 17567 .

1117/211

211.— Por ello es objetable la jurisprudencia de la Corte Suprema, en cuanto ha reconocido el valor de interpretación auténtica, a las manifestaciones del miembro informante de las comisiones parlamentarias (ver nota 19), o a los fundamentos del mensaje del Poder Ejecutivo en que eleva al Congreso un proyecto de ley que después resulta sancionado (ver nota 20). Aun limitada a las palabras del miembro informante, esta jurisprudencia se presta a serios reparos y ha provocado una reacción jurisprudencial cada vez más acentuada (ver nota 21), no obstante la alta autoridad de aquel Tribunal.

Pero, en realidad, la reacción contra las consideraciones de la fuente y la discusión parlamentaria se ha producido silenciosamente (ver nota 22). En la práctica de los tribunales, se las invoca solamente si favorecen la interpretación que se cree preferible; pero se callan si la contradice (ver nota 23). En verdad, ya nadie se decide en un sentido dado por lo que pueda haber dicho un diputado o sostenga el autor de la ley, que han servido de fuente, si ello se opone a la solución que se estima más adecuada al caso.

1117/212

212.— Pero no queremos con ello desconocer todo valor a los llamados antecedentes históricos. Las opiniones vertidas en el seno del Parlamento o en informes previos, tienen, desde luego, valor doctrinario (ver nota 24), tanto como puede tenerlo la opinión de los tratadistas, que con frecuencia son citados en los fallos; además, la discusión parlamentaria suele ser útil para poner de manifiesto el fin de la ley, cuando éste no surge claramente de su texto; finalmente, a veces ayudan a reconstruir las circunstancias políticas, económicas, etcétera, del momento en que se dictó la ley y, con ello, a determinar la ratio legis, de manera que el juez pueda interpretarla de modo que satisfaga las necesidades que le han dado nacimiento y amoldarla a su evolución.

1117/213

213. f) Las notas del Código Civil (ver nota 25).— Las consideraciones precedentes son aplicables, en buena medida, a las notas que el autor del Código Civil ha puesto al pie de

los artículos. Estas notas no forman parte de la ley; por consiguiente, carecen de fuerza obligatoria. No tienen otro valor que el meramente doctrinario, realzado en este caso por emanar de un jurista tan eminente como VÉLEZ SARSFIELD; pero no lo tienen mayor que la opinión vertida por el propio codificador en sus otros libros o trabajos, hoy tan injustamente olvidados.

Por lo tanto, el juez no debe vacilar en desdeñar la solución que surge de la nota, si se considera que el artículo puede ser interpretado de otra manera más justa y que mejor resuelva los intereses en juego. VÉLEZ no revisó personalmente todas las notas (véase núm. 119), no obstante haber modificado el texto de los artículos en las últimas redacciones. Ello explica que algunas resulten francamente contradictorias con la norma que comentan, como, por ejemplo, la del artículo 2311 Ver Texto ; la del artículo 4023 Ver Texto , en la que se dice que el término de la prescripción para las acciones derivadas de hechos ilícitos es de 10 años; etcétera.

1117/214

214.— Nuestra jurisprudencia ha sido vacilante en lo que atañe al valor interpretativo que debe reconocerse a las notas del Código. Algunas veces ha llegado a manifestar que, cuando VÉLEZ desarrolla una explicación propia de la doctrina que considera oportuna, asume un valor especial y debe verse en ella la expresión del pensamiento del legislador y del alcance de la ley (ver nota 26). Pero no debe exagerarse la importancia de estos fallos, cuya tesis es evidentemente excesiva e inadmisibile: por lo general, los jueces acuden a las notas y las invocan cuando en ellas encuentran la interpretación que estiman preferible. De lo contrario, y con razón, se apartan de ellas. Pues, en definitiva, VÉLEZ no fue legislador; y el verdadero legislador (que fue el Congreso) no atribuyó a las notas fuerza de ley.

1117/215

215. g) El resultado de la interpretación.— Si de un texto legal pueden resultar dos o más interpretaciones distintas, debe preferirse aquella que sea más justa y que resuelva con mayor acierto y equidad los intereses en juego (ver nota 27); ello debe ser así aunque la aplicación de una lógica rigurosa basada en los términos gramaticales de la ley o en la tan manida intención del legislador favoreciera quizá la interpretación menos deseable (ver nota 28).

Si se hubiera tenido en cuenta este principio interpretativo, no se hubiera llegado a anular el testamento en el caso referido en nuestro número 208. Ni se hubiera sancionado la iniquidad de que fue autora la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el siguiente caso: Una persona que vivió muchos años en concubinato con otra, testó en su

favor y pocos días antes de morir se casó con ella. Como el artículo 3573 Ver Texto priva de derechos hereditarios al cónyuge cuando el causante ha muerto dentro de los treinta días del matrimonio, de la misma enfermedad que lo aquejaba al contraerlo; y como, además, el artículo 3826 Ver Texto tiene por revocado el testamento cuando el testador contrae matrimonio con posterioridad a él, el Tribunal llegó a la conclusión de que la cónyuge carecía de todo derecho hereditario (ver nota 29). No conmovió al Tribunal la voluntad del causante, que testó en favor de quien había sido su compañera de largos años; no le importó tampoco que esa voluntad de dejarle sus bienes fuera ratificada con el casamiento posterior. Desinteresándose de las consecuencias del fallo, la Corte aplicó mecánicamente los textos legales: *dura lex, sed lex*. Era muy simple, sin embargo, encontrar una solución más justa. El artículo 3573 Ver Texto se propone evitar la captación de herencias por parte de quienes se aprovechan de la debilidad del moribundo para inducirlo al casamiento, pero no puede aplicarse a los concubinos, que al contraer matrimonio no hacen sino regularizar su situación y legalizar sus relaciones, lo cual es deseable y debe ser favorecido por la ley. Así lo reconocieron más tarde todos los tribunales del país (ver nota 30) y la solución fue expresamente acogida por el nuevo artículo 3573 Ver Texto (ref. por ley 17711). La caducidad del testamento por el casamiento posterior se funda en que la ley presume que este acto ha producido un desplazamiento tan radical de los sentimientos del testador, que deben tenerse por revocadas, implícitamente, las disposiciones testamentarias anteriores. Pero cuando el casamiento se contrae con la misma persona favorecida por el testamento, no puede presumirse una voluntad de revocar, sino, por el contrario, una de confirmar aquel acto. De nada valieron estas consideraciones. Entre dos interpretaciones posibles, el Tribunal prefirió aquella que desembocaba en una verdadera injusticia, como era desconocer la voluntad del testador y despojar al cónyuge heredero instituido de sus bienes. Si se hubiera tenido en cuenta el principio interpretativo de considerar el resultado, la solución hubiera sido precisamente la opuesta.

Con razón levanta DANZ su protesta contra estos fallos basados, según él, en la glorificación de conceptos artificiales. Es ella “la que engendra el orgullo de muchos juristas que fallan desdeñosamente contra el sentimiento jurídico del pueblo, porque así lo exige el concepto que se inventan y al que llaman ‘lógicamente necesario’; y si el profano se lleva las manos a la cabeza, aterrado ante la sentencia, le despachan con una sonrisa de superioridad y diciéndole: ¡Qué sabes tú de esto!” (ver nota 31).

Los tribunales revelan una tendencia cada vez mayor a tener en cuenta el resultado de la interpretación (ver nota 32). Y la Corte Suprema ha declarado que la búsqueda de soluciones justas y adecuadas es una tarea común del legislador y los jueces (ver nota 33).

1117/216

216. h) Consecuencias no previstas.— En algunos casos, la aplicación de normas legales, que en abstracto son justas, suele acarrear consecuencias que evidentemente no se han tenido en cuenta al dictar la ley y que importan una verdadera injusticia. Si es indudable

que esta particular consecuencia no ha sido prevista por el legislador, el juez puede y debe apartarse del texto, y aplicar otras normas o principios legales (ver nota 34). Es lo que se llama la interpretación restrictiva de la ley.

En este sentido, han declarado nuestros tribunales, que los jueces no pueden amparar a quienes propician soluciones que, fundadas en una aplicación abstracta de la ley, violan su principio mismo, que es alcanzar el medio para soluciones justas (ver nota 35); el juez debe atenerse más al espíritu de la ley que a su letra, si ésta aparece contrariando principios de equidad (ver nota 36); el abuso del sistema de interpretación hierática o mecánica de la ley, sacrificando todo al principio general, conduce a soluciones no concordes con lo humano y lo justo (ver nota 37).

En manos de jueces inteligentes y valientes, esta regla es fecundísima para aproximar el derecho al ideal de justicia. Pero, por desgracia, hay todavía numerosos magistrados que prefieren cultivar el fetichismo de la ley que hacer auténtica justicia.

1117/217

217. i) La analogía (ver nota 38).— La analogía, autorizada expresamente por el artículo 16 Ver Texto , es un viejo procedimiento interpretativo, que se expresaba así: ubi eadem est legis ratio, eadem est legis dispositio. Su fundamento reside en que, si el motivo de la ley es el mismo del caso no previsto, debe darse a éste la misma solución. La interpretación analógica es, pues, perfectamente legítima, pero debe aplicársela con cuidado. En primer lugar, es necesario que el caso no esté previsto expresamente por la ley (art. 16 Ver Texto , Cód. Civ.). En segundo término debe requerirse: 1) que haya afinidad de hecho y una relación precisa en el caso previsto por la ley y el conflicto llevado ante los tribunales; 2) que haya identidad de razones para resolver el conflicto en la misma forma en que lo hace la ley análoga (ver nota 39).

La analogía no es aplicable al caso de las leyes de interpretación restrictiva (véase núm. 219).

1117/218

218. j) Los adagios.— En los métodos tradicionales, para los cuales la interpretación era un procedimiento puramente lógico, destinado a poner de relieve el contenido de la ley, se utilizaban ciertos adagios, que no eran sino preceptos lógicos, y principios de dialéctica jurídica, que facilitaban el razonamiento y prestaban apoyo a la argumentación.

Algunos ejemplos son los siguientes: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir); *ubi eadem est legis ratio, eadem est legis dispositio* (donde existe la misma razón de la ley, debe aplicarse la misma disposición); *cessante ratione legis, cessat eius dispositio* (cesando la razón de la ley, cesa su disposición); *inclusio unius, fuit exclusio alterius* (al incluir a uno, se excluye a otro), que se expresa también así: *quod lex dicet de uno, negat de altero* (es el famoso argumento a contrario sensu); *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (las excepciones deben interpretarse estrictamente); *argumentum a maiori ad minus* (el que tiene derecho a lo más, tiene derecho a lo menos). Otros adagios tenían por objeto mantener firme el espíritu del juzgador, aunque la solución derivada de la interpretación resultara injusta: *dura lex, sed lex* (la ley dura es, sin embargo, ley); *lex statuit de eo quod plerumque fit* (la ley estatuye teniendo en cuenta lo que sucede generalmente), con lo que se señalaba que los casos particulares debían sacrificarse al bien general.

La modificación sustancial operada en cuanto a los métodos interpretativos, debía provocar naturalmente el desprestigio de estas reglas. La interpretación no es ya un mero ejercicio lógico, sino que importa la valoración de diversos e importantísimos factores sociales y políticos. Además, estos adagios suelen ser muchas veces contradictorios entre sí, como ocurre con los argumentos *ubi lex non distinguit ...y cessante ratione legis ...* “Cuando en una contienda judicial —dice DUALDE— se invoca uno de esos proverbios, a poca cultura jurídica que tenga el adversario, es seguro que lanzará otro, cabal y consagrado, que conduce a un resultado diferente”. Y añade: “Generalmente se anuncian en latín, con lo que ganan en prestigio y acreditan a la par su estado de momias” (ver nota 40). No es extraño, por consiguiente, que la doctrina moderna se haya pronunciado severamente contra ellos. DE RUGGIERO afirma que bajo la apariencia de principios absolutos no hay uno solo que no sea falso como máxima general y previene a los jueces contra su uso (ver nota 41).

Los tribunales suelen todavía invocarlos, pero justo es reconocer que lo hacen con moderación y, por lo general, para apoyar una solución por la que ya se han decidido de antemano (ver nota 42). Y no pocos pronunciamientos han puesto de manifiesto sus inconvenientes e incongruencias, si se los adopta como principios generales interpretativos (ver nota 43).

(nota 1) GÈNY, F., *Método de interpretación*, ed. Madrid, p. 267, nº 100; SILVEIRA, A., *Ruy Barbosa y los métodos de interpretación de las leyes*, L.L., t. 59, p. 955; REICHEL, *La ley y la sentencia*, p. 64.

(nota 2) C.S.N, 31/3/1939, Fallos, t. 138, p. 241 y J.A., t. 65, p. 610; 20/4/1925, Fallos, t. 143, ps. 118 y 282; J.A., t. 62, p. 343; *id.*, 3/12/1985, E.D., t. 116, p. 334; C. Civil 1ª Cap., 7/7/1937, L.L., t. 7, p. 247; 19/6/1941, L.L., t. 23, p. 401 y J.A., t. 72, p. 259; C. Fed. Cap. 11/12/1931, J.A., t. 37, p. 53; C. Com. Cap., 31/5/1935, J.A., t. 50, p. 621. La opinión doctrinaria sobre este punto es unánime.

(nota 3) C.S.N., 4/12/1964, Doct. Jud., n° 2452; íd., 5/10/1976, L.L., 1976-D, p. 515 (y del modo que mejor concuerden con los principios y garantías de la Constitución Nacional agregó el Tribunal); íd., 3/12/1985, E.D., t. 116, p. 334; Sup. Corte Buenos Aires, 7/12/1976, E.D., t. 72, p. 167.

(nota 4) De acuerdo: juez BARGALLÓ CIRIO, 24/8/1949, Rev. Fac. Der. Buenos Aires, septiembre-octubre, 1949, p. 1315. También en este punto la doctrina es unánime.

(nota 5) De acuerdo: C.S.N., Fallos, t. 241, p. 291; íd., 16/12/1993, L.L., 1994-B, p. 77 (voto del Dr. Barra; la mayoría no se pronunció sobre el tema); C.S.N., 9/10/1939, L.L., t. 18, p. 732; C. Civil Cap., Sala C, 31/12/1952, L.L., t. 69, p. 503; C. Civil Cap., Sala B, 26/5/1955, fallo n° 37.713; C. Civil 1ª Cap., 2/3/1942, J.A., 1942-II, p. 58 y L.L., t. 26, p. 318; C. Paz Letrada Cap., 16/1/1946, L.L., t. 43, p. 721; íd., 8/7/1949, J.A., 1949-III, p. 582.

(nota 6) COLMO, A., La Justicia, Buenos Aires, 1930, ps. 106 y s.

(nota 7) PUIG BRUTAU, La jurisprudencia como fuente del derecho, p. 167.

(nota 8) PUIG BRUTAU, op. cit. en nota anterior, p. 148.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala F, 29/8/1978, L.L., 1979-A, p. 215 y J.A., 1979-I, p. 598.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 31/5/1943, J.A., 1943-III, p. 122; véase la jurisprudencia concordante con ese punto de vista de la antigua Cám. Civil de la Cap. en Bol. Inst. Ens. Práct., Buenos Aires, t. 8, n° 36, p. 41.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., causa n° 27.572; C. Civil Cap., Sala D, 5/6/1951, L.L., t. 63, p. 115; de acuerdo con esta solución, SPOTA, A.G., nota en J.A., 1946-IV, p. 360; FORNIELES, C., Sucesiones, ed. 1932, t. 2, n° 371.

(nota 12) BIBLIOGRAFÍA: AFTALIÓN, E., La interpretación en la ciencia del derecho, L.L., t. 57, p. 819; SCATENA, Los trabajos preparatorios y la interpretación de la leyes, L.L., t. 14, sec. doct., p. 48; PARRY, A., Interpretación de las leyes e historia fidedigna de su sanción, Revista de Der. Jurisp. y Administ., Montevideo, 1940, t. 40, p. 285; CAPITANT, H., Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois, Recueil d'études en

l'honneur de F. Gèny, t. 2, ps. 204 y s.; KOHLER, J., Judicial interpretation of enacted law, trad. inglesa, en Science of Legal Method, 1907, t. 9, ps. 187 y s.

(nota 13) C.S.N, 28/10/1935, L.L., t. 1, p. 620 (sostuvo el Tribunal que las leyes deben ser interpretadas como una ordenación de la razón para el bien común).

(nota 14) PLANIOL, M., Traité élémentaire, t. 1, n° 218; CAPITANT, H., op. cit., en nota 351, t. 2, p. 21.

(nota 15) CAPITANT, H., op. cit., t. 2, p. 214.

(nota 16) CAPITANT, H., op. cit., t. 2, p. 204. Sin embargo, actualmente se está abriendo paso en la jurisprudencia norteamericana una tendencia a considerar los trabajos preparatorios y en particular los debates en el seno de las comisiones parlamentarias donde se elaboran las leyes; pero hay que hacer notar que esta tendencia tiene por objeto luchar contra un principio clásico del derecho inglés según el cual los estatutos o leyes del Parlamento deben interpretarse en forma rigurosamente limitada al caso previsto en la ley. La consideración de los debates permite una aplicación más flexible a situaciones análogas pero que no fueron expresamente previstas (véase, TUNC y TUNC, El derecho de los Estados Unidos de América, n° 151 y s.; WILLIAMS, Interpretación de las leyes en el derecho norteamericano, Buenos Aires, 1959, n° 9).

(nota 17) KOHLER, J., Judicial interpretation of enacted law, Science of Legal Method, t. 9, 1907, p. 197.

(nota 18) Caso referido por AFTALIÓN, E., La interpretación en la ciencia del derecho, L.L., t. 57, p. 819, nota 28; ver antecedentes en L.L., t. 10, p. 1118.

(nota 19) C.S.N., 19/4/1888, Fallos, t. 33, p. 288; 2/8/1904, Fallos, t. 100, p. 62; 6/10/1904, Fallos, t. 100, p. 341; 7/6/1910, Fallos, t. 113, p. 135; Fallos, t. 114, p. 304; 2/3/1918, Fallos, t. 127, p. 125; J.A., t. 1, p. 135; Fallos, t. 184, p. 5, L.L., t. 14, p. 1013; 15/3/1940, Fallos, t. 186, p. 258 y L.L., t. 17, p. 877; 20/3/1942, Fallos, t. 192, p. 183 y L.L., t. 26, p. 126; 2/4/1948, L.L., t. 50, p. 562. En el mismo sentido, C. Civiles capital en pleno, 8/5/1922, J.A., t. 8, p. 518; Sup. Corte Buenos Aires, 15/5/1928, J.A., t. 27, p. 873.

(nota 20) C.S.N, 25/11/1940, L.L., t. 20, p. 841 y J.A., t. 72, p. 642.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala D., 22/9/1965, Doct. Jud. n° 2687, sum. 3874 (en este último caso se aludió expresamente a la fundamentación del miembro informante y se dijo que tiene valor muy relativo); C. Apel. Santa Fe, 30/12/1936, L.L., t. 5, p. 837; íd., 25/10/1940, L.L., t. 21, p. 194. El Sup. Trib. de Entre Ríos sostiene que sólo tiene valor doctrinario: 12/9/1936, L.L., t. 4, p. 728.

(nota 22) En algunos casos, sin embargo, la reacción ha sido expresa. Véase sobre todo esto, un importante fallo de la C. Civil Cap., Sala A, 27/12/1951, en el que categóricamente se resta validez a los antecedentes parlamentarios (L.L., t. 65, p. 467); en igual sentido: C. Civil Cap., Sala A, 10/8/1956, J.A., 1956-IV, p. 145.

(nota 23) REICHEL, H., La ley y la sentencia, p. 67.

(nota 24) Sup. Trib. Entre Ríos, 12/9/1936, L.L., t. 4, p. 728.

(nota 25) DÍAZ DE GUIJARRO, E., El valor de las notas del Código Civil, J.A., t. 44, p. 223.

(nota 26) C. Civil 2ª Cap., 20/11/1933, J.A., t. 44, p. 223; C. Civil 1ª Cap., 25/5/1940, J.A., t. 70, p. 857.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala E, 22/12/1981, E.D., t. 98, p. 468; íd., 10/8/1982, L.L., 1983-B, p. 164; C. Com. Cap., Sala A, E.D., t. 90, p. 820; C. Com. Cap., Sala C, 12/7/1974, L.L., 1975-A, p. 191; Sup. Corte Buenos Aires, 1/4/1975, J.A., 1976-1, p. 560; LLAMBIÁS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, Buenos Aires, 1951, p. 143 y Parte General, t. I, n° 128; SPOTA, t. 1, vol. 1, n° 29; FORNIELES, Reivindicación contra el adquirente de buena fe, J.A., 1943-IV, sec. doc., p. 12, n° 4; KOHLER, J., op. cit., Science of Legal Method, 1907, t. 9, p. 191; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 212; REICHEL, H., La ley y la sentencia, p. 73.

(nota 28) RECÁSENS SICHES; Nueva filosofía de la interpretación del derecho, p. 173.

(nota 29) Sup. Corte Buenos Aires, Acuerdos y sentencias, Serie I, t. 9, p. 81.

(nota 30) C. Civil 1ª Cap., 22/11/1934, J.A., t. 48, p. 481; C. Civil 2ª Cap., 25/7/1946, J.A., 1946-IV, p. 224; C. Fed. Bahía Blanca, 20/12/1945, J.A., 1946-II, p. 169; C. Apel. 2ª La Plata, 22/10/1926, J.A., t. 22, p. 1929. La doctrina es unánime.

(nota 31) DANZ, E., La interpretación de los negocios jurídicos, trad. esp., Madrid, 1926, p. 139.

DEWEY llegó a sostener que la lógica deductiva (que parte de la norma, para aplicar sus disposiciones al caso) debe ser sustituida por una lógica diferente, por un tipo de lógica que en lugar de arrancar de sus antecedentes tenga su centro de gravedad en la consideración de las consecuencias. Y aunque no compartimos este criterio que en el fondo importa prescindir lisa y llanamente de la ley (que para DEWEY es solamente una hipótesis de trabajo para el juez), lo cierto es que su tesis revela una reacción exasperada contra el frío racionalismo de los juristas que no ven en la interpretación de la ley nada más que un problema de deducciones e inducciones lógicas (véase RECÁSENS SICHES; Nueva filosofía de la interpretación del derecho, p. 89).

(nota 32) C. Civil 1ª Cap., 12/3/1936, L.L., t. 2, p. 642; C. Civil 2ª Cap., 12/8/1944, L.L., t. 35, p. 673; C. 2ª Apel. La Plata, 27/2/1940, L.L., t. 18, p. 311 y J.A., t. 70, pág. 277.

(nota 33) C.S.N., 18/10/1973, J.A., t. 20, 1973, p. 191.

(nota 34) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 224 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, Teoría de la aplicación e investigación del derecho, Madrid, 1947, p. 279.

(nota 35) C. Civil 1ª Cap., 12/3/1936, L.L., t. 2, p. 642.

(nota 36) C. 2ª Apel. La Plata, 27/2/1940, L.L., t. 18, p. 311 y J.A., t. 70, p. 277.

(nota 37) C. Apel. Trab. Cap., 28/11/1947, J.A., 1948-I, p. 594.

(nota 38) Véase GOYTÍA, V.D., La interpretación analógica de la ley, J.A., t. 71, sec. doct., p. 101; LINARES, J.F., El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional, Buenos Aires, 1942; CASTRO y BRAVO, Derecho Civil de España, 2ª ed., t. 1, ps. 478 y s.

(nota 39) C. Civil Cap., Sala D, 22/8/1960, L.L., t. 99, p. 535; Sup. Trib. Santa Fe, R.S.F., t. 16, p. 123; GOYTÍA, op. cit., en nota anterior, J.A., t. 71, sec. doct., p. 101.

(nota 40) DUALDE, J., Una revolución en la lógica del derecho, Barcelona, 1933, p. 9. Ocurre con estos adagios lo que en algunos proverbios populares. Es ya clásica la

contradicción entre. “Al que madruga Dios lo ayuda” y “No por mucho madrugar, amanece más temprano”.

(nota 41) DE RUGGIERO, Instituciones de Derecho Civil, trad. esp., t. 1, p. 124; de acuerdo: COLMO, A., La justicia, Buenos Aires, 1936, ps. 107 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil Español, 7ª ed., t. 1, p. 187; CASTRO y BRAVO, Derecho Civil de España, 2ª ed., t. 1, p. 471; FERRARA, F., La simulación de los negocios jurídicos, trad. esp., Madrid, 1926, p. 337, COVIELLO, N., Doctrina General del Derecho Civil, ps. 82. y s.

(nota 42) De acuerdo CASTRO y BRAVO, Derecho Civil de España, t. 1, p. 471.

(nota 43) Véase, sobre todo, el fallo del juez DR. BARGALLÓ CIRIO, Rev. Fac. Der. Buenos Aires, septiembre-octubre, 1949, p. 1310; además, Sup. Corte de Mendoza, J.A., 1944-I, p. 548, en que sostiene que el argumento a contrario es por sí mismo deleznable; Sup. Corte Buenos Aires, 7/3/1944, J.A., 1945-II, sec. doct., p. 14, que sostiene que el argumento a contrario debe hacerse con suma prudencia, porque a él se opone el argumento por analogía.

1117/10500

§ 3.— Reglas de interpretación de ciertas leyes especiales

1117/219

219. LEYES DE EXCEPCIÓN (ver nota 1).— Las leyes excepcionales o los preceptos que constituyen excepciones a una regla general, son de interpretación restrictiva, vale decir, no pueden aplicarse por analogía (ver nota 2).

De ahí que se haya declarado que son de interpretación estricta: los privilegios (ver nota 3), las leyes de concesión (ver nota 4), los casos de pérdida de patria potestad (ver nota 5), las nulidades (ver nota 6), etcétera.

1117/220

220. LEYES FORMALES.— Los preceptos formales deben interpretarse restrictivamente, puesto que las formas tienen carácter excepcional, ya que el principio es la libertad y la falta de formalidades. Por consiguiente, si la ley no se expresa claramente, el intérprete debe decidirse en contra de la acumulación de requisitos formales materialmente inútiles (ver nota 7).

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que los preceptos de esta naturaleza, como todos, tienen un fin, que deberá tenerse principalmente en cuenta en la interpretación (ver nota 8).

Si estos principios se hubieran tenido en consideración en los casos de los testamentos aludidos en nuestro número 215, la solución no habría sido la nulidad.

Por razones similares, en la duda de si una formalidad es exigida *ad solemnitatem* o simplemente *ad probationem*, debe decidirse en el último sentido, que es el más favorable a la validez de los actos (ver nota 9).

1117/221

221. LEYES DEL TRABAJO Y DE PREVISIÓN SOCIAL (ver nota 10).— Los tribunales han sido generosos con el obrero en lo que atañe a la interpretación de las leyes que lo protegen. Esta tendencia se funda en una razón de simpatía por la parte más débil de una relación jurídica. Es verdad que, según se ha hecho notar con acierto (ver nota 11), esta debilidad ha desaparecido prácticamente en el derecho contemporáneo, en el que, por efecto de las leyes protectoras, la agremiación, los contratos colectivos de trabajo, etcétera, los obreros resultan tanto o más fuertes que los patrones. Pero cuando se lleva el caso concreto a los tribunales, el conflicto suele presentarse ante el juez como la pugna entre un industrial e entidad generalmente poderosa, a los que el pago de una cierta suma no les afecta mayormente, y el obrero, para quien la misma indemnización tiene una gran importancia práctica. En esa pugna, el juez se inclina generalmente por el obrero.

Esta tendencia jurisprudencial ha sido acogida por la ley 20744, que expresamente dispone que en la duda sobre la interpretación de la ley, ella se decidirá en el sentido más favorable para el trabajador (art. 9º Ver Texto).

Sin pretender contradecir una tendencia simpática y fecunda en sus resultados, creemos, sin embargo, que las nuevas condiciones en que se desarrolla el trabajo en nuestro país, justifican un replanteo del problema. Este es particularmente necesario en materia de previsión social, en donde el conflicto de intereses se produce, no ya entre patrón y obrero, sino entre el Instituto de Previsión Social y los beneficiarios. Ya la Corte Suprema, en

defensa del patrimonio de las Cajas, ha resuelto en numerosos casos, que los beneficios conferidos por las leyes de previsión social, son de interpretación restrictiva (ver nota 12). No es conveniente, pues, sentar a priori, principios absolutos; en cada caso, será necesario analizar las circunstancias, tener presentes el fin de la ley, los intereses superiores de la comunidad, y no perder de vista el espíritu generoso que las inspira (ver nota 13).

1117/222

222. LEYES IMPOSITIVAS (ver nota 14).— En materia impositiva prevalece en nuestros tribunales la tesis de que las cargas públicas deben interpretarse con criterio restrictivo: in dubio contra fiscus (ver nota 15). Está excluida, por consiguiente, la interpretación analógica.

Sólo por excepción se ha sostenido un criterio opuesto y ha llegado a decirse que el impuesto a la transmisión gratuita de los bienes, hoy derogado, debía ser mirado con gran simpatía y, en consecuencia, aplicado con liberalidad (ver nota 16).

La firmeza con que nuestros tribunales han sostenido el carácter restrictivo de la interpretación de las leyes tributarias —tendencia que en la doctrina moderna ha suscitado algunas críticas (ver nota 17)— ha cedido en su rigor en la última jurisprudencia de la Corte, según la cual si bien las normas impositivas no han de extenderse más allá de su texto y de su espíritu, su aplicación debe ser tal que el propósito de la ley se cumpla, dentro de una sana y discreta interpretación (ver nota 18), que debe respetar los fines perseguidos de orden económico-financiero y de promoción de la comunidad (ver nota 19). Esta tendencia a una mayor elasticidad interpretativa se advierte sobre todo en materia de tasas (ver nota 20).

Pero si las leyes impositivas son de interpretación estricta, las exenciones a los gravámenes también lo son (ver nota 21), solución justa, puesto que ellas constituyen un privilegio. Sin embargo, una ley de fomento en procura de un beneficio público, y que en concepto del mismo gobierno es ampliamente liberatoria de toda clase de impuestos fiscales, debe ser interpretada con criterio de amplitud concordante con los propósitos de interés general que determinan (ver nota 22).

Cuando se trata de multas impuestas a los que transgreden leyes impositivas, debe aplicarse siempre la sanción más benigna, pues se las equipara a las sanciones penales (ver nota 23).

(nota 1) ROBINE, L'interpretation des textes exceptionnels en droit civil français, Bordeaux, 1933.

(nota 2) Esta regla es de aplicación frecuentísima en nuestros tribunales. Veamos algunos casos a título de ejemplo: C.S.N., 10/5/1865, Fallos, t. 2, p. 29; 2/6/1939, L.L., t. 14, p. 1013 y Fallos, t. 184, p. 5; 2/6/1939, Fallos, t. 184, p. 14; C. Fed. Cap., 21/3/1931, J.A., t. 26, p. 1292. Sin embargo, véase: DE LA CERDA, J., Las normas excepcionales pueden interpretarse extensivamente, Rev. Esc. Nac. de Jurisp., México, julio-septiembre, 1942, ps. 293 y s.

(nota 3) C.S.N., 21/9/1927, J.A., t. 25, p. 1205; íd., 28/10/1935, L.L., t. 1, p. 623; C. Com. Cap., 26/6/1925, J.A., t. 27, p. 1309; íd., 27/10/1931, J.A., t. 36, p. 1514; Sup. Corte Buenos Aires, 5/8/1924, J.A., t. 13, p. 888; íd., 18/3/1938, L.L., t. 10, p. 898; C. Fed. Paraná 10/4/1940, J.A., t. 70, p. 426; C. Apel. Rosario, 7/11/1928, J.T.S.F., t. 7, p. 412; íd., 14/11/1928, J.T.S.F., t. 7, p. 418; íd., 4/7/1930, J.T.S.F., t. 11, p. 186.

(nota 4) C.S.N., 21/9/1927, J.A., t. 25, p. 1205; íd., 28/8/1940, L.L., t. 19, p. 1066 y J.A., t. 73, p. 25; íd., 17/12/1941, L.L., t. 25, p. 387.

(nota 5) BUSSO, E., t. 1, comentario al art. 15, n° 82, nota 2.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 22/6/1939, J.A., t. 67, p. 113; C. 1ª Córdoba, 22/7/1940, L.L., t. 19, p. 603; BUSSO, E., t. 1, comentario al art. 16, n° 106.

(nota 7) DANZ, E., La interpretación de los negocios jurídicos, p. 215.

(nota 8) DANZ, E., op. cit., p. 214.

(nota 9) De acuerdo, SALVAT, R., Parte General, 6ª ed., p. 739, n° 1643, in fine.

(nota 10) BIBLIOGRAFÍA: GOÑI MORENO, J.M., Cómo interpretar las leyes de previsión social, L.L., t. 52, sec. doct., ps. 974 y s.; DEVEALI, M., Interpretación de las leyes del trabajo, Derecho del Trabajo, abril 1948, p. 161; VIDELA MORÓN, M.E., Algo más sobre la interpretación de las leyes de previsión social, Derecho del Trabajo, julio 1947, p. 330; SILVEIRA, A., O factor político na interpretação das leis, ps. 97 y s.; BARASSI, L., Diritto del lavoro, 1935, t. 1, ps. 83 y s.; véase también nota jurisprudencial en L.L., t. 61, p. 46, de E.F.G.

(nota 11) GOÑI MORENO, J.M., op. cit., L.L., t. 52, sec. doct., p. 976, n° 5; DEVEALI, M., Lineamientos de derecho del trabajo, 1948, ps. 46 y 47.

(nota 12) C.S.N., 21/7/1930, J.A., t. 33, p. 726; 10/8/1931, J.A., t. 36, p. 1930; 31/8/1931, J.A., t. 36, p. 439. En el mismo sentido: C. Fed. Cap., 28/4/1939, L.L., t. 14, p. 336; C. Fed. Cap., 29/9/1939, G.F., t. 144, p. 11; Sup. Corte Mendoza, 30/3/1936, J.A., t. 53, p. 837; Sup. Trib. Córdoba, 23/6/1936, J.A., t. 55, p. 694.

(nota 13) De acuerdo, GOÑI MORENO, J.M., op. cit., L.L., t. 52, sec. doct., p. 978, n° 10 y s.

(nota 14) BIBLIOGRAFÍA: PETRACCHI, C., Criterio interpretativo de las leyes impositivas, Bol. Inst. Ens. Práct. Buenos Aires, t. 11, n° 48, p. 9; BUSSO, E., t. 1, coment. art. 16, n° 155 y s., ps. 161 y s.; LUQUI, J.C., Interpretación de las leyes tributarias, J.A., 1947-IV, p. 138; GARCÍA BELSUNCE, La interpretación de la ley tributaria, Buenos Aires, 1959.

(nota 15) C.S.N., 6/10/1947, J.A., 1947-IV, p. 403; C. Fed. Cap., 9/9/1931, J.A., t. 36, p. 862; C. Civ. Cap., en Pleno, 22/9/1920, J.A., t. 5, p. 81; C. Civil 1ª Cap., 10/12/1931, J.A., t. 37, p. 212; 20/7/1945, L.L., t. 39, p. 532; 11/9/1947, L.L., t. 48, p. 232; C. Civil 2ª Cap., 10/10/1941, L.L., t. 24, p. 418 y J.A., t. 76, p. 651; 11/6/1943, L.L., t. 31, p. 711, J.A., 1943-II, p. 728; 14/3/1944, G.F., t. 181, p. 357; C. Com. Cap., 4/12/1929, J.A., t. 32, p. 382; 4/6/1930, J.A., t. 33, p. 571; C. Paz Let. Cap., 15/9/1937, L.L., t. 7, p. 1095; 29/2/1940, L.L., t. 18, p. 596; 26/8/1940, L.L., t. 19, p. 920; Sup. Corte Buenos Aires, 21/9/1943, Diario Jur. Buenos Aires, 1943, t. 6, p. 827; C. 2ª Apel. La Plata, 20/10/1944, L.L., t. 38, p. 37; C. Fed. La Plata, 5/10/1953, L.L., t. 72, p. 332.

(nota 16) Voto del doctor JUÁREZ CELMAN, en C. Civil Cap., en Pleno, 22/9/1920, J.A., t. 5, p. 81; C. Civil 1ª Cap.; 14/2/1924, J.A., t. 12, p. 106.

(nota 17) TROTABAS, L., El principio de la interpretación literal de las leyes fiscales, Rev. de Der. Jurisp. y Adm., Montevideo, octubre 1937, p. 97; GARCÍA BELSUNCE, La interpretación de la ley tributaria, ps. 14 y s.

(nota 18) C.S.N., 26/6/1952, L.L., t. 67, p. 657; íd., 20/9/1963, L.L., t. 114, p. 67 (en este caso dijo expresamente que debía rechazarse el principio de que las leyes fiscales deben interpretarse en sentido favorable al contribuyente); íd., 18/10/1973, J.A., t. 20, 1973, p. 191.

(nota 19) C.S.N., 18/10/1973, J.A., t. 20, 1973, p. 191.

(nota 20) C. Civil 2ª Cap., 3/3/1947, L.L., t. 45, p. 607.

(nota 21) C.S.N., 23/12/1958, J.A., t. 64, p. 719; 20/10/1939, Fallos, t. 185, p. 51; 15/12/1946, L.L., t. 41, p. 620; 29/8/1947, L.L., t. 47, p. 717; C. Fed. Cap., 16/10/1940, L.L., t. 20, p. 322; 18/10/1940, L.L., t. 20, p. 328; C. Civil 2ª Cap., 11/4/1928, J.A., t. 27, p. 1099; C. Com. Cap., 21/12/1940, L.L., t. 21, p. 323, y J.A., t. 73, p. 646.

(nota 22) C.S.N., 14/3/1930, Fallos, t. 156, p. 417.

(nota 23) C. Fed. Cap., 11/7/1924, J.A., t. 13, p. 331; 31/7/1925, J.A., t. 16, p. 495; 17/9/1928, J.A., t. 28, p. 329; C. Com. Cap., 27/12/1929, J.A., t. 32, p. 434; 14/8/1945, J.A., 1945-IV, p. 488; Sup. Corte Buenos Aires, Ac. y Sent., 5ª serie, t. 2, p. 238.

1117/10510

SEGUNDA PARTE - EL SUJETO

1117/10520

CAPÍTULO VI - PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA (ver nota 1)

1117/223

223. CONCEPTO DE LA PERSONA NATURAL.— La persona natural es el hombre. Esta verdad axiomática y elemental ha quedado esfumada en la doctrina moderna, sobre todo después de las enseñanzas de KELSEN por un abuso en el desarrollo lógico del concepto.

Se sostiene que, si bien desde el punto de vista biológico y metafísico, persona significa hombre, desde el punto de vista jurídico designa simplemente a todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; por consiguiente, la circunstancia de que el Derecho objetivo atribuya a algo o alguien esa capacidad, convierte a ese ente en persona. De aquí

no hay sino un paso a las conclusiones finales de KELSEN: persona, jurídicamente hablando, no es un algo concreto y externo al Derecho; es simplemente un centro de imputación de normas, es una manera de designar la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen derechos y deberes. De ahí que el maestro vienés pueda sostener que la noción de persona no es esencial al Derecho y que no juega otro papel que el de facilitar su exposición. En la doctrina pura del derecho, la noción de persona ha quedado “disuelta” (ver nota 2).

En este desarrollo lógico, el divorcio entre hombre y persona es claro y completo. También es claro el sofisma implícito en aquel razonamiento. En efecto, la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona. En otras palabras, la persona no es un producto del Derecho, no nace por obra y gracia del Estado; es el “hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere —sobre todo muere— el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere” (ver nota 3). Aun en las “personas jurídicas” el destinatario último y verdadero de los derechos y obligaciones es siempre el hombre porque el derecho no se da sino entre hombres (para mayores desarrollos de esta idea véase núm. 621). Por eso es que el Derecho, que no crea esas personas, tampoco podría desconocerlas ni menos aún crear arbitrariamente otras que no fueran el hombre o las entidades en que él desenvuelve sus actividades y sus derechos. No podría, por ejemplo, reconocer el carácter de personas a los animales o a las cosas inanimadas.

No poco ha contribuido a esta confusión de ideas la circunstancia de que, en un derecho positivo determinado, por ejemplo el nuestro, es perfectamente posible afirmar que persona es todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, puesto que ese derecho positivo no atribuye capacidad sino a las entidades que realmente lo son (el hombre y las instituciones); de ahí que el concepto expresado en el artículo 30 Ver Texto del Código Civil sea exacto en nuestro derecho. De igual modo ha favorecido el equívoco la circunstancia de que los juristas no se han detenido a pensar en el origen del concepto jurídico de persona. En un comienzo, la confusión de los conceptos hombre y persona, en el plano jurídico, era completa (véase núm. 610). No se concebía otra persona que el hombre. Pero éste no interesa al derecho en todas sus infinitas facetas biológicas, psicológicas y metafísicas, sino solamente en cuanto puede ser sujeto de derechos y obligaciones; con un criterio simplista, se pudo decir que, jurídicamente, persona era el sujeto de derechos y obligaciones. Pero esta conclusión resulta excesiva. Persona es el hombre pleno e integral, aunque el derecho sólo se ocupe de él en tanto sujeto de derecho y deberes jurídicos. El Derecho se ocupa de uno de los aspectos del hombre, sin perder de vista que se trata de él, criatura de Dios, y no de una entidad abstracta y puramente formal.

Para mayores desarrollos del tema, nos remitimos a los números 613 y siguientes.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBÍAS, t. 1, n° 314 y s; ORGAZ, A., Personas individuales, Buenos Aires, 1946; íd., La persona humana, en Bol. Inst. Derecho Civil, Córdoba, abril-setiembre, 1942, año VII; RIVERA, Instituciones de derecho civil, Parte General, t. 1; BUSSO, E., Código Civil anotado, t. 1, coment. arts. 63 y s; SPOTA, A. G., Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol. 3; SALVAT, R. M., Parte General, 6ª ed.; MORENO(h), R., Las personas en el derecho civil comparado, Madrid, 1911; LEÓN, P., La persona y los derechos subjetivos, Revista Jurídica de Córdoba, octubre-diciembre, 1947, ps. 511 y s.; CASTRO y BRAVO, F., Derecho Civil de España, Madrid, 1952, t. 2, vol. 1, ps. 9 y s.; DEGNI, F., Le persone fisiche, Torino, 1939; GANGI, C., Persone fisiche e persone giuridiche, Milano, 1946; REICKE, S., Diritto delle persone e di famiglia, Annuario di dir. comp. e di studii legisl., t. 7, ps. 3 y s., Roma, 1933.

(nota 2) KELSEN, H., La teoría pura del derecho, 2ª ed., Buenos Aires, 1946, ps. 83 y s.

(nota 3) MIGUEL DE UNAMUNO, cit. por LEÓN, P., en La persona y los derechos subjetivos, Revista Jurídica de Córdoba, octubre-diciembre, 1947, p. 595. Este trabajo es una valiosa contribución al establecimiento del concepto de persona. Véase también en sentido concordante con las ideas expuestas en el texto: KROTOSCHIN, Ensayo sobre la persona como concepto de valor en el derecho privado actual, Santa Fe, 1960 y LLAMBÍAS, t. 1, n° 314 y s.

1117/10530

I. PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA (ver nota 1)

1117/10540

A.— DESDE QUÉ MOMENTO SE REPUTA EXISTENTE LA PERSONA

1117/224

224-227. PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA.— La vida comienza en el momento mismo de la concepción (Pacto de San José de Costa Rica, arts. 1º Ver Texto y 4º Ver Texto , ratificado y aclarado expresamente en este punto por el art. 2º Ver Texto de la ley 23849, incorporado a la Constitución Nacional, art. 75 Ver Texto , inc. 22; Cód. Civ., arts. 70 Ver Texto y 264 Ver Texto). Está científicamente comprobado que desde que el

espermatozoide fecunda el óvulo, nace un individuo único, irrepetible, diferente de cualquier otro individuo; en ese embrión está todo el hombre (ver nota 2).

Cabe notar que el artículo 70 Ver Texto , Código Civil, dispone que la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno. Se explica que lo disponga así, porque en la época de la sanción del Código, no se podía concebir la idea de que la fecundación del óvulo podía realizarse en otro lugar que en el seno materno. Pero hoy la fecundación in vitro (F.I.V.) posibilita hacerlo fuera de él, permitiendo la posterior implantación en la madre.

1117/228

228. CONDICIÓN DEL NACIMIENTO CON VIDA.— No obstante que según el artículo 70 Ver Texto , la existencia de las personas comienza desde la concepción, esa existencia está subordinada al hecho de que nazcan con vida, pues si muriesen antes de estar completamente separadas del seno materno, serán consideradas como si no hubieran existido (art. 74 Ver Texto).

La cuestión tiene importancia en el caso de que la persona por nacer haya heredado o recibido un legado o donación: la ley considera que la persona no ha existido y, por consiguiente, queda sin efecto dicha transmisión de bienes.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 405, BANCHIO, Status jurídico del nasciturus, El Derecho y los problemas contemporáneos, p. 399; ALVARADO URIBURU y Mc LEAN, Ciencia y ética, La Nación, 20/3/1994, Sección 7, p. 2; GOWLAND, Patria potestad y derecho a la vida, E.D., t. 149, p. 903; BUTELER, J., Personas por nacer, Boletín Instituto Derecho Civil, Córdoba, julio-diciembre, 1952, ps. 104 y s.; SEBAG, La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, París, 1938.

(nota 2) ALVARADO URIBURU y Mc LEAN, op. cit. en nota anterior, quienes citan la opinión concordante de JEROME LEJEUNE, profesor de genética de la Universidad René Descartes de París y la de ALEC JEFFREYS, genetista inglés; GOWLAND, op. cit. en nota anterior. En torno a la discusión científica acerca de si debe considerarse como inicio de la vida el momento de la concepción o 14 días después, véase el erudito trabajo de CIFUENTES, El inicio de la vida humana, en Derecho Civil de nuestro tiempo, Lima, Perú, 1995.

Sobre los problemas que suscite la fecundación in vitro, véase BOSSERT, Fecundación humana asistida, en la misma obra antes citadas, Lima, Perú; BANCHIO, Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida, Córdoba, 1991.

1117/10550

B.— CONCEPCIÓN Y EMBARAZO

1117/229

229. IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN.— Puesto que la existencia de las personas comienza con la concepción, resulta imprescindible fijar ese momento. La importancia práctica de esta cuestión se pone de relieve en los siguientes casos: a) en caso de que la viuda se case antes de los diez meses del fallecimiento del marido anterior, tiene importancia para saber si los hijos pertenecen al primer o segundo esposo; b) depende del momento de la concepción, la adquisición de derechos por donación o herencia, puesto que si la donación se hubiera hecho y la sucesión se hubiera abierto antes de aquel momento, la persona no podría adquirir ningún derecho por tales conceptos.

De ahí que el Código fije con toda precisión la época de la concepción y la duración del embarazo.

1117/230

230. TÉRMINOS LEGALES (ver nota 1).— El artículo 76 Ver Texto dispone que: La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el mínimo de la duración del embarazo. Y el artículo siguiente agrega: El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días, y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario (art. 77 Ver Texto , ref. por ley 23264).

Como puede apreciarse, el Código ha tomado, para fijar la época de la concepción, una fecha cierta, la del nacimiento, sobre la base de la cual se ha calculado aquélla, teniendo en cuenta la duración posible del embarazo. Es a partir de la fecha del nacimiento que se cuentan para atrás, ciento ochenta y trescientos días: en el período de ciento veinte días que corren entre estas dos fechas, se presume ocurrida la concepción. Así, por ejemplo, si una persona hubiera nacido el 31 de diciembre, la concepción se supone entre el 6 de marzo y el 4 de junio del mismo año. Para contar este plazo se excluye el día del nacimiento y el del matrimonio o su disolución (ver nota 2).

1117/231

231. CARÁCTER DE LA PRESUNCIÓN.— En el Código Civil, esta presunción no admitía prueba en contrario; pero la ley 23264 invirtió la regla, y es así como el nuevo artículo 77 Ver Texto establece expresamente que la presunción legal admite prueba en contrario. La reforma obedece a dos razones. La primera, que se ha demostrado científicamente que puede haber embarazos de menos de ciento ochenta días y de más de trescientos. La segunda, que los nuevos métodos para establecer una relación de filiación han progresado tanto recientemente, que puede determinarse con un porcentaje de más del 99% si una persona es hija o no de otra; de tal modo que ante esa prueba, la presunción legal debe ceder.

1117/232

232. LEGISLACIÓN COMPARADA.— La mayor parte de las legislaciones extranjeras adoptan los mismos plazos fijados por nuestro Código, que eran ya los supuestos en el derecho romano (Dig., Lib. I, tít. 5, L. 12). Por excepción, algunos códigos admiten un embarazo mayor: de trescientos dos días el Código Civil alemán (arts. 1592 y 1593) y de diez meses el Código Civil boliviano (art. 160), término este último que puede significar en ciertas épocas trescientos cinco días.

1117/233

233. RECONOCIMIENTO DEL EMBARAZO: SU INTERÉS.— Puesto que la persona está jurídicamente protegida desde el momento de su concepción, hay un indiscutible interés en determinar la efectividad del embarazo. Pero no sólo está de por medio el interés de la persona por nacer y la necesidad de amparar su vida y sus derechos, sino que eventualmente, pueden existir otras personas cuyos derechos patrimoniales dependan del nacimiento.

Puede ocurrir, en efecto, que el parto sea simulado o supuesto, para perjudicar en sus derechos hereditarios, a los parientes consanguíneos de su marido fallecido; puede ocurrir que con análogos propósitos se sustituya el hijo nacido muerto, por otra criatura viva; finalmente, puede la madre tener interés en suprimir u ocultar el nacimiento, ya sea para eliminar la prueba inequívoca del adulterio, o para heredar sola los bienes de su marido fallecido.

1117/234

234.— Se justifica, por consiguiente, la preocupación de la ley en el reconocimiento del embarazo. Por ello, el artículo 65 Ver Texto dispone que se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella o del marido, o de otras partes interesadas. Basta la denuncia de parte interesada para que el embarazo se tenga por admitido. La ley no tolera sobre este punto controversia alguna y es lógico que así sea. La dilucidación del problema de si el embarazo es o no efectivo, obligaría a adoptar medidas lesivas para la dignidad de la madre y que no tendrían en realidad objeto, pues muy pronto el proceso natural del aquel embarazo, con el consiguiente nacimiento, demostrará la verdad o falsedad de la denuncia. Desde el punto de vista de la protección de la persona por nacer, basta la simple sospecha de embarazo, para que se adopten las medidas precautorias correspondientes. Desde el punto de vista del interés de terceros, los derechos de éstos dependen siempre del hecho de que la persona nazca con vida. De todas maneras, la controversia sobre si el embarazo es o no efectivo, resultaría inútil.

1117/235

235. PERSONAS INTERESADAS.— Según el artículo 66 Ver Texto , son partes interesadas en el reconocimiento: 1) Los parientes en general del no nacido y todos aquellos a quienes los bienes hubieren de pertenecer si no sucediere el parto, o si el hijo no naciera vivo, o si antes del nacimiento se verificare que el hijo no fuera concebido en tiempo propio; 2) Los acreedores de la herencia; 3) El Ministerio de Menores.

La enumeración de este artículo tiene en cuenta la protección de la persona por nacer y el interés de terceros. Para el amparo de aquélla, que, desde luego, es la preocupación fundamental de la ley, se considera parte interesada a los parientes del no nacido; la ley no determina el grado ni exige que tenga un interés eventual en la sucesión; por consiguiente, cualquier pariente, consanguíneo o afín, puede hacer la denuncia (ver nota 3). Por igual razón, ésta puede ser hecha por el Ministerio de Menores (inc. 3°).

En consideración al interés de terceros, la ley admite que la denuncia pueda ser hecha por todos aquellos que tengan derechos subordinados al hecho del nacimiento. También se permite formularla a los acreedores, porque si bien el derecho de éstos no depende del nacimiento, su interés consiste en poder cobrar sus deudas, para lo cual es necesario que el concebido esté representado, a fin de que puedan demandar al representante; y no hay en realidad razón de hacerlos esperar hasta que se produzca el nacimiento (ver nota 4).

La enumeración del artículo 66 Ver Texto es limitativa, vale decir, que sólo las personas por él indicadas pueden hacer la denuncia del embarazo (ver nota 5).

1117/236

236. MEDIDAS DE SEGURIDAD AUTORIZADAS.— Según se ha puesto de relieve en los párrafos anteriores, el interés en la efectividad del embarazo y del nacimiento es muy grande. No es extraño, por consiguiente, que en las legislaciones antiguas se extremasen los procedimientos para evitar fraudes y los consiguientes perjuicios para terceros. En el derecho romano, la mujer embarazada debía someterse a revisiones periódicas por parteras designadas por el marido; podía ser depositada en casa honesta; treinta días antes del parto el marido tenía derecho a “la custodia del vientre”, a cuyo fin hacían guardia en la puerta de la habitación tres mujeres y tres hombres libres; se reglamentaba el número de personas que podían asistir al parto y, finalmente, se disponía que en la habitación debía haber permanentemente encendidas tres luces, porque la oscuridad es más a propósito para la sustitución del hijo (Digesto, Lib. 25, tít. 3, L. 1). Muy similares eran las disposiciones de las Partidas (Partida 6, tít. 6, L. 17).

Para el concepto moderno, tales medidas resultan vejatorias para la mujer; por eso, en el derecho actual se prohíben todos los procedimientos o medidas que puedan afectar la dignidad de la futura madre.

En concordancia con este criterio, el Código dispone en el artículo 78 Ver Texto que: No tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto o después de tener lugar, ni a requerimiento de la propia mujer antes o después de la muerte del marido, ni a requerimiento de éste o de partes interesadas.

Como se ve, el texto no puede ser más expreso en el sentido de prohibir cualquier medida que signifique el reconocimiento del embarazo o del parto; sin embargo, el sistema legal se complica singularmente con el artículo 67 Ver Texto que deja a salvo las medidas policiales que sean necesarias.

¿Cómo se concilian estos textos?

La doctrina nacional se ha dividido sobre la cuestión. Para algunos autores, debe quedar librado a la prudencia del magistrado el acordar ciertas medidas, siempre que ellas no afecten el decoro ni el pudor de la mujer; sería posible, según este punto de vista, designar judicialmente parteras o médicos que presencien el parto (ver nota 6). Para otros, debe hacerse prevalecer la disposición terminante del artículo 78 Ver Texto , que prohíbe todo reconocimiento, dejando a salvo, sin embargo, las medidas policiales de que habla el artículo 67 Ver Texto , que podrían consistir en la vigilancia de la casa donde se asiste la embarazada para evitar la posible comisión de un delito, tal como la supresión o la suposición de parto (ver nota 7). LLAMBÍAS, por su parte, opina que la solución general está dada por el artículo 78 Ver Texto ; excepcionalmente pueden disponerse medidas

judiciales de vigilancia y contralor en los supuestos de muerte del marido y de la mujer embarazada y de divorcio (ver nota 8).

Por nuestra parte, adherimos a la primera opinión. Creemos que el juez debe estar autorizado, en algunos casos, a proteger la vida de la persona por nacer y dictar prudentes medidas que no afecten el decoro de la presunta madre. De ahí el acierto de la reforma propuesta en los Proyectos de 1936 (art. 19) y de 1954 (art. 29), según los cuales el juez puede adoptar disposiciones tendientes a garantizar la efectividad del parto, proteger la vida del recién nacido y determinar la fecha del nacimiento.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: ZANNONI, Los conflictos de presunciones legales sobre la concepción en el Código Civil, E.D., t. 72, p. 731.

(nota 2) SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 734.

(nota 3) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 197, n° 377; BUSSO, coment. a los arts. 65 y 66, n° 14. SPOTA, en cambio, considera que ese derecho se limita a los parientes en grado sucesible (Tratado, t. 1, vol. 3.2, n° 722), adhiriendo así a la tesis de BIBILONI (Observaciones y Actas, t. 1, p. 160).

(nota 4) De acuerdo: FREITAS, Esboço, nota al art. 57; SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 198, n° 377; BUSSO, t. 1, coment. arts. 65 y 66, n° 20; LLAMBÍAS, t. 1, n° 353.

(nota 5) ORGAZ, Personas individuales, p. 278; ARAUZ CASTEX, Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 359; LLAMBÍAS, t. 1, n° 354.

(nota 6) MACHADO, t. 1, p. 498 y s.; LLERENA, t. 2, p. 11, art. 247, nota 3; BUSSO, t. 1, coment. arts. 67 y 68, n° 25 y s.; LAFAILLE, H., Familia, p. 309 y s., n° 439; ARAUZ CASTEX, Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 361-363.

(nota 7) SALVAT, Parte General, 6ª ed., ps. 195 y s., n° 376; SEGOVIA, t. 1, nota al art. 65; SPOTA, Tratado, t. 1, vol. 3.2 y s., n° 725; BUTELER, Personas por nacer, Boletín Inst. Derecho Civil de Córdoba, julio-diciembre, 1952, p. 128; ORGAZ, A., Personas individuales, ps. 278 y s. Sin embargo, el autor citado en último término, no obstante considerar que éste es el sistema de nuestro Código, adhiere en el plano teórico al opuesto, tal como está expresado en el Proyecto de 1936.

(nota 8) LLAMBIÁS, t. 1, nº 360.

1117/10560

C.— EL NACIMIENTO

1117/237

237. INTERÉS JURÍDICO.— Hemos dicho ya que si bien la persona comienza su vida desde la concepción en el seno materno (art. 70 Ver Texto), su existencia jurídica está supeditada al hecho de que nazca viva: si muere antes de estar completamente separada de la madre, se reputará que nunca ha existido (art. 74 Ver Texto).

Desde el punto de vista patrimonial, el nacimiento tiene, pues, una gran importancia. Así, por ejemplo, puede ocurrir que la persona por nacer haya recibido un legado; si no naciera o naciera muerta, esos bienes se reparten entre los herederos legítimos del testador; en cambio, si hubiere nacido viva, aunque fuera por algunos instantes, aquéllos resultan definitivamente adquiridos por la criatura, y a su muerte los heredan sus sucesores legítimos y no los del testador.

1117/238

238. LA CONDICIÓN DEL NACIMIENTO CON VIDA.— No basta que se produzca el alumbramiento para que los derechos se adquieran definitivamente: es necesario el nacimiento con vida.

¿Cuándo debe reputarse que la persona ha vivido? El Código sienta en esta materia dos principios fundamentales: 1) basta que la persona haya vivido después de estar separada del seno materno, aunque sea por algunos instantes (art. 70 Ver Texto); 2) en caso de duda si nació o no con vida, debe reputarse que sí, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario (art. 75 Ver Texto).

Vamos a ocuparnos separadamente de estos dos principios.

1117/239

239. a) Vida posterior a la separación de la madre.— Basta que haya vivido, aunque sea por unos instantes (art. 70 Ver Texto), sin que quepa hacer ninguna distinción entre el nacimiento espontáneo y el logrado con medios quirúrgicos (art. 71 Ver Texto) o entre el parto prematuro o tardío y el sobrevenido en tiempo adecuado.

No es indispensable, sin embargo, que haya sido cortado el cordón umbilical; lo que importa es que la criatura haya vivido fuera de la matriz (ver nota 1).

El artículo 51 Ver Texto exige también que la persona tenga signos característicos de humanidad. Esta disposición es un resabio de las viejas leyes romanas y españolas, en cuyo tiempo se creía que las mujeres podían dar a luz monstruos o prodigios, tal como el ser que tuviera “la cabeza u otros miembros de bestia” (Partida 4ª, tít. 23, L. 5; y Digesto, Lib. I, tít. 5, L. 14). La ciencia ha demostrado la imposibilidad de que estos hechos ocurran. Pero puede presentarse el caso de un aborto, producido cuando el feto no presenta aún las formas y características de la persona; en ese caso, aun cuando los testigos del nacimiento hayan visto movimientos, debe considerarse que éstos no han sido sino reflejos y que no importan una verdadera prueba de vida (ver nota 2).

1117/240

240. b) Prueba: presunción legal.— El nacimiento se prueba por todos los medios. Tiene especial importancia el testimonio del médico o partera o de los otros testigos asistentes al parto que hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos o hubiesen observado otros signos de vida (art. 73 Ver Texto). Actualmente, el perfeccionamiento de la ciencia obliga a considerar especialmente la pericia médica y se atribuye importancia decisiva al hecho de que haya penetrado aire a los pulmones (ver nota 3), aunque no hay que descuidar la posibilidad de que se produzca una insuflación artificial y fraudulenta de aire en los pulmones de una criatura muerta (ver nota 4).

Pero es necesario destacar que la ley presume, en caso de duda, que la criatura ha nacido con vida; la prueba incumbe al que alegue lo contrario (art. 73 Ver Texto). Esta presunción de vida ha sido criticada por BIBILONI, que la eliminó en su Anteproyecto, sosteniendo que el problema de si la criatura nació viva o no, se plantea sólo en el caso de que esté actualmente muerta; ¿por qué ha de presumirse entonces que nació con vida? (ver nota 5) Agreguemos que esta disposición está excluida de todos los códigos civiles, con excepción del austríaco (art. 23 Ver Texto), que tiene una norma semejante a la del nuestro.

No obstante estas observaciones, creemos que el sistema de nuestra ley se justifica. Para ella, la persona existe desde su concepción; a partir de ese momento tiene vida; es lógico,

pues, presumir la vida no sólo en el feto sino en el momento del nacimiento, porque eso es lo natural, lo que sucede según el curso ordinario y normal de las cosas.

1117/241

241. LA CUESTIÓN DE LA VIABILIDAD (ver nota 6).— Algunas legislaciones extranjeras exigen, para tener por cierta la existencia jurídica de una persona, el requisito de la viabilidad, es decir, la aptitud física para sobrevivir. No bastaría, por consiguiente, que la criatura hubiera vivido algunos momentos u horas, si se demuestra que por un defecto orgánico estaba impedida de seguir viviendo.

Nuestro Código, con gran acierto, ha rechazado este requisito. En el artículo 72 Ver Texto se dispone que no importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo (art. 72 Ver Texto). A nuestro entender, el sistema del Código se justifica plenamente por las siguientes razones: a) en primer término, es la solución que impone el respeto debido al ser humano; basta que la criatura haya tenido aunque sea por instantes el soplo de la vida, para que el derecho no pueda considerarla como inexistente, puesto que existió; b) en segundo lugar, ¿qué diferencia hay, desde el punto de vista jurídico, entre una criatura que ha vivido algunos instantes y fallecido por un hecho accidental y otra que ha fallecido por un defecto orgánico? ¿por qué ha de ser más persona aquélla que ésta?; c) por fin, la cuestión de si hay o no una incapacidad orgánica para sobrevivir, da origen a innumerables y enojosas cuestiones de hecho, que no siempre pueden resolverse satisfactoriamente. Puede tratarse de un defecto que le permita vivir algunos meses, ¿en qué sentido resolver la cuestión de la viabilidad?

A ello se debe que las legislaciones modernas estén abandonando este requisito, que algunas adoptaron por la prestigiosa influencia del Código francés. Actualmente sólo lo requieren aquel Código (arts. 314, 725 y 906), el uruguayo (arts. 191 y 797), el ecuatoriano (art. 71) y el boliviano (art. 507); el Código español exige un plazo de vida de 24 horas (art. 30).

1117/242

242. CASOS DE MELLIZOS (ver nota 7).— El momento del nacimiento tiene un interés peculiar en el caso de mellizos. En el derecho antiguo, cuando se admitía el mayorazgo, que implicaba que los títulos y bienes del padre pasaban al hijo mayor, tenía importancia fundamental la determinación de quién había nacido en primer término.

En nuestro país la abolición de títulos de nobleza y la igualdad de todos los hijos frente a la sucesión del padre, han disminuido el interés de la cuestión, pero no lo han suprimido totalmente. En efecto, puede ocurrir que una persona deje como heredero o legatario al “hijo mayor” de un pariente o amigo.

El Código Civil ha resuelto este problema, tan difícil en caso de mellizos, de la siguiente manera: Si nace más de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con iguales derechos para los casos de institución o substitución a los hijos mayores (art. 88 Ver Texto). Es una solución justa que distribuye equitativamente los derechos, evita pruebas difíciles e impide posibles fraudes, como podría ocurrir en el caso de que los padres, en vista de los derechos a un legado o donación, manifestasen que nació primero el varón, cuando en verdad había sido la mujer o viceversa.

La disposición del artículo 88 Ver Texto se aplica en todos los casos, y aun en la hipótesis de que los mellizos hubieran nacido en diferentes días, lo que es perfectamente posible (ver nota 8).

Sin embargo y luego de no pocas vacilaciones, la jurisprudencia había resuelto que tiene derecho a eximirse del servicio militar amparándose en la ley 4707, artículo 63 , inc. e) aquél de los mellizos que el padre repute mayor (ver nota 9). Hoy la conscripción militar obligatoria ha sido suprimida.

1117/243

243. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS POR NACER: REMISIÓN.— Sobre este punto nos remitimos a los números 475 y siguientes.

(nota 1) De acuerdo: ORGAZ, A., Personas individuales, p. 39; BUSSO, t. 1, coment. art. 74, n° 4; SPOTA, Tratado, t. 1, vol. 3.2, n° 738; MACHADO, t. 1, p. 141; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 329; COVIELLO, N., Doctrina General del Derecho Civil, p. 159; DEGNI, F., Le persone fisiche, p. 2.

(nota 2) ORGAZ, Personas individuales, p. 39; SPOTA, Tratado, t. 1, vol. 3.2, n° 740.

(nota 3) BUSSO, t. 1, coment. art. 73, n° 6; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 743; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, p. 329; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 1, n° 10.

(nota 4) ROMANESE, Manuale di medicina legale, cit. por SPOTA, t. 1, vol. 32, n° 743 y nota 173.

(nota 5) BIBILONI, Observaciones y Actas, t. 1, ps. 179 y s.; de acuerdo con este punto de vista: BUSSO, t. 1, coment. art. 75, n° 4; en cambio, de acuerdo con la solución del Código: ORGAZ, Personas individuales, p. 41; SALVAT, R., y LAFAILLE, H., Observaciones y Actas, t. 1, ps. 147 y s.; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 742.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA: CASTILLA, C. J., La viabilidad de las personas al nacer, tesis, Buenos Aires, 1951; PINTO, S., El derecho a nacer y el niño concebido como persona jurídica, Montevideo 1936; PÉREZ GONZÁLEZ, B., El requisito de la viabilidad, Rev. Derecho Privado, Madrid, 1944, ps. 273 y s.; SEBAG, L., La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, París, 1938.

(nota 7) INFANTE, F. J., Los mellizos en el derecho, Boletín Instituto Ens. Práct. Fac. Der. de Buenos Aires, t. 3, ps. 75 y s.

(nota 8) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, p. 45; LLAMBÍAS, t. 1, n° 368.

(nota 9) Véase jurisprudencia citada en el Boletín Instituto Ens. Práct. Der. de Buenos Aires, 1937, t. 3, ps. 77 y s.

1117/10570

II. FIN DE LA EXISTENCIA

1117/10580

§ 1.— Muerte comprobada

1117/244

244. LA MUERTE.— La existencia jurídica de las personas naturales termina con la muerte.

Anteriormente se creía que la muerte se producía en un solo instante, cuando cesaba de latir el corazón o el enfermo dejaba de respirar. Pero los nuevos avances de la medicina han podido demostrar que el pasaje de la vida a la muerte no es instantáneo, sino gradual, porque las células del organismo no cesan de vivir en un solo momento. Es así que se puede hablar de una muerte “relativa” que se produce cuando cesan las funciones nerviosa, cardiovascular y respiratoria, pero de una manera reversible, es decir, que aún resulta posible por distintos medios técnicos, recuperar aquellas funciones y mantener vivo al enfermo. En cambio, la muerte total o definitiva hace imposible la recuperación de la vida.

Ahora bien: la nueva técnica del trasplante de órganos ha dado a esta cuestión una importancia fundamental, porque cuanto más inmediata a la muerte sea la ablación de los órganos, mayores son las posibilidades de que su implantación en otro enfermo sea exitosa. De modo que, por una parte, los médicos se ven impulsados a proceder a la ablación lo antes posible y, por la otra, insoslayables exigencias humanas y religiosas obligan a asegurarse de que la muerte es definitiva e irreversible. La ley 24193 ha establecido normas precisas. Para proceder a la ablación es indispensable que hayan transcurrido por lo menos seis horas, desde que se verifiquen los siguientes signos: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos e instrumentos adecuados a las diversas situaciones clínicas, con nómina actualizada periódicamente por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional de Ablación e Implante (art. 23 Ver Texto). La certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos médicos, uno de los cuales por lo menos, deberá ser neurólogo o neurocirujano. Y todavía la ley agrega una seguridad más para evitar que pueda haber un interés profesional en la ablación: ninguno de los médicos que suscriban el certificado de defunción podrá ser el que realice la ablación o la implantación del órgano, ni formar parte de su equipo médico (art. 24 Ver Texto) (ver nota 1).

1117/11780

244 bis. PRUEBA.— La vieja ley 1565 establecía que para tener por acreditada la muerte, era necesaria la identificación del cadáver (art. 73).

La jurisprudencia anterior a la sanción de la ley 14394 había mantenido este principio con una rigidez intolerable. Sin la identificación del cadáver, no podía tenerse por acaecido el fallecimiento, no obstante la ausencia más prolongada, ni aun en el caso de que hubiera desaparecido en un desastre de mar o aéreo (ver nota 2). Esto daba lugar a las consecuencias más injustas, sobre todo teniendo en cuenta el régimen legal de la ausencia

con presunción de fallecimiento en nuestro Código. Para disponer de los bienes era necesario esperar los largos plazos legales; el cónyuge presente no podía volver a contraer matrimonio por prolongada que fuera la ausencia. Los inconvenientes de esta jurisprudencia se pusieron de manifiesto de una manera dramática y evidente con motivo del hundimiento del Fournier; no se hallaron los cadáveres, pero técnica y científicamente era imposible que ninguno de sus tripulantes hubiera sobrevivido, dadas las condiciones climáticas, el frío de la región, la aridez de los canales fueguinos. Enfrentándose con aquella jurisprudencia, un tribunal bonaerense reputó fallecido y no simplemente ausente, a un oficial de aquella nave (ver nota 3).

La ley 14394 ha puesto punto final a esta cuestión con un precepto de todo punto de vista plausible: En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la correspondiente inscripción en el Registro, siempre que la desaparición se hubiese producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuese posible la identificación del cadáver (art. 33 Ver Texto).

Sobre los medios de prueba de la muerte, véase número 433 y sig.

1117/245

245. CASO DE CONMORENCIA.— Puede ocurrir que en un accidente mueran varias personas; interesa sobremanera determinar legalmente quién ha fallecido primero, puesto que ello puede resultar decisivo para la transmisión de los derechos sucesorios. Si, por ejemplo, viajaren juntos el padre y un hijo casado, y se probare que el hijo falleció algunas horas después que aquél, los bienes del progenitor pasarán a poder de su nuera en la porción que le hubieran correspondido a su marido, puesto que la muerte del padre tuvo como efecto la transmisión de sus derechos al hijo, y la muerte de éste a su cónyuge. Si, por el contrario, el padre hubiera muerto algunas horas después que el hijo, la nuera no hereda.

Con frecuencia resulta imposible determinar quién ha muerto primero; en este caso nuestra ley presume que todas las personas que hubieren fallecido en un desastre común, o en cualquier otra circunstancia, han fallecido al mismo tiempo, sin que pueda alegarse transmisión alguna de derechos entre ellos (art. 109 Ver Texto , Cód. Civ.). Como se ve, nuestro Código se refiere no solamente a un desastre común, sino también a cualquier otra circunstancia, vale decir que la presunción es aplicable a cualquier hipótesis en que no se pueda determinar quién ha fallecido primero, aunque no se trate de un mismo accidente o desgracia común; así, por ejemplo, podría ocurrir que dos personas murieran en lugares diferentes y por distintas causas, y no haya posibilidad de determinar el día o momento de las respectivas muertes (ver nota 4).

246. **LEGISLACIÓN COMPARADA.**— El principio de la conmorencia ha sido adoptado en la mayor parte de las legislaciones: Código alemán, art. 20; suizo, art. 32; español, art. 33; brasileño, art. 11; chileno, art. 79; peruano, art. 62; italiano, art. 4°. En cambio, el Código Civil francés establece un complicado sistema en el que el orden del fallecimiento se presume de acuerdo con la edad y el sexo y teniendo en cuenta si el fallecido es menor de 15, o de 15 a 60 años o mayor de esta edad (arts. 721 y 722). Similar es el sistema inglés, que tiene en cuenta la edad (Law of Proerty Act, 1925, Sec. 184). Con razón dice ORGAZ que la muerte no se lleva de tales distingos ni de semejantes prolijidades (ver nota 5). No es extraño, por tanto, que el sistema de nuestro Código predomine tan acentuadamente en la legislación comparada.

247. **LA MUERTE CIVIL.**— Las legislaciones antiguas conocían una institución repugnante al sentimiento jurídico moderno y que perduró en algunos países hasta mediados del siglo pasado: la muerte civil. Los delincuentes condenados por ciertos delitos graves a deportación eran reputados, a manera de condena adicional, como civilmente muertos. En el derecho germánico, el juez pronunciaba estas palabras al condenar a una persona a esta pena: “Tú quedarás fuera del derecho. Viuda es tu mujer; sin padre tus hijos. Tu cuerpo y tus carnes son consagrados a las fieras de los bosques, a los pájaros del aire, a los peces de las aguas. Los cuatro caminos del mundo se abren ante ti para que vayas errante por ellos; donde todos tienen paz, tú no la tendrás”. Esta rudeza legislativa tendió a aminorarse a lo largo de la Edad Media. En la misma condición se encontraban, aunque naturalmente por distintos motivos, los sacerdotes que ingresaban como regulares a una orden religiosa, haciendo votos perpetuos de obediencia, pobreza y castidad.

Los efectos de la muerte civil eran los siguientes: a) apertura de la sucesión, pasando sus bienes a los herederos legítimos o testamentarios; b) pérdida de los derechos civiles y políticos, fueran de familia, patrimoniales, etcétera, como también de los títulos de nobleza; c) disolución del vínculo matrimonial; sin embargo, las Partidas sólo admitían la disolución del matrimonio si uno de los cónyuges “entrarse en orden de religión antes que se ayuntasen carnalmente” (Partida 4ª, tít. 10, L. 5).

248.— El derecho moderno ha repudiado unánimemente esta institución inconciliable con la dignidad humana y con los derechos naturales. Nuestro Código lo ha hecho en forma expresa en el artículo 103 Ver Texto ; estrictamente no era necesaria esta disposición, puesto que la muerte civil resulta incompatible con diversas prescripciones de la

Constitución Nacional (arts. 14 Ver Texto y 16 Ver Texto). Del mismo modo, repudia la esclavitud, el racismo o cualquier otra institución o doctrina que importe desconocer la igualdad de los hombres, que fue predicada por Cristo en el Sermón de la Montaña: “Habéis oído que fue dicho: Amarás a tu prójimo como a tu enemigo. Mas yo os digo: Amad a vuestros enemigos, haced bien a los que os aborrecen y orad por los que os persiguen y calumnian, para que seáis hijos de vuestro Padre Celestial, el cual hace nacer el sol sobre los buenos y malos y llover sobre los justos e injustos” (San Mateo, 5, 43).

RIPERT, sin embargo, cree observar un renacimiento de la muerte civil en algunas leyes dictadas en su país después de la última guerra, tales como las que crean la pena de confiscación general de los bienes o la de degradación nacional (ver nota 6). Confiemos en que las leyes sean tan sólo la expresión de la convulsión y el desconcierto y consecuentes a toda guerra y que el buen sentido y respeto de los derechos naturales del hombre, vuelvan a imperar.

(nota 1) Sobre este tema puede verse: RIVERA, Instituciones de derecho civil, Parte General, t. 1, n° 797 y s.; CIFUENTES, Los trasplantes de órganos cadavéricos, E.D., t. 154; p. 922; TOBIÁS, Fin de la existencia de las personas físicas, n° 3 y s. Este autor, citando a MANTOVANI, dice que las fases del proceso de la muerte, son las siguientes: a) fase de la muerte relativa, en la cual las funciones nerviosa, cardiocirculatoria y respiratoria, quedan suprimidas por un breve lapso, pero es posible la recuperación del enfermo; b) fase de la muerte intermedia, en la cual la muerte es irreversible, sin ninguna posibilidad de recuperación, aunque todavía hay supervivencia biológica de algunos grupos de células; c) muerte absoluta o biológica, en la cual se produce una ausencia definitiva de toda actividad biológica en lo que fue el organismo humano (n° 4°).

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 31/10/1937, J.A., t. 61, p. 159; C. Fed. Cap., 12/5/1937, J.A., t. 58, p. 363; ORGAZ, Personas individuales, p. 48.

(nota 3) C. 1ª Apel. La Plata, 20/5/1952, J.A., 1952-II, p. 455. Ya antes hubo dos pronunciamientos interesantes, en los que, sin plantear a fondo la cuestión, se hizo lugar a la indemnización por accidente del trabajo con motivo de dos obreros desaparecidos en ocasión de aquél: C. Fed. Cap., 25/4/1947, J.A., 1947-II, p. 130 (con nota de DÍAZ DE GUIJARRO, La prueba de la muerte y las leyes de previsión social) y C. Fed. Bahía Blanca, 2/4/1951, L.L., t. 63, p. 38. En nuestra 1ª edición habíamos sostenido que no era indispensable la identificación del cadáver (núm. 244).

(nota 4) De acuerdo: ARAUZ CASTEX, Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 681; ORGAZ, A., Personas individuales, p. 51. Sobre conmorencia, véase el artículo de PORTAS, N., L.L., t. 67, p. 868.

(nota 5) ORGAZ, A., *Personas individuales*, p. 50.

(nota 6) RIPERT, G., *La confiscation des biens*, *Jurisclasser periodique*, 1957, I, p. 625; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, nº 412.

1117/10590

§ 2.— Muerte presunta (ausencia con presunción de fallecimiento) (ver nota 1)

1117/249

249. LA INSTITUCIÓN DE LA AUSENCIA Y LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.— Ocurre con frecuencia que una persona desaparece de su domicilio y del lugar habitual de sus actividades, sin que se tenga noticia alguna de ella. La simple ausencia, si el tiempo no es muy prolongado, no tiene por qué dar origen a sospechas de fallecimiento, ni a tomar medidas respecto de los bienes de esa persona; pero cuando la desaparición se prolonga, sobre todo si ella ha importado el abandono de la familia, los intereses, etcétera, no puede evitarse la sospecha del fallecimiento. Además, la desaparición suele ocurrir a veces en circunstancias que hacen más que probable ese desenlace, como por ejemplo, si hubiere mediado un naufragio, un accidente de aviación, un hecho de guerra. No se tiene en ningún caso la certeza de la muerte, y, por consiguiente, puede ocurrir que el desaparecido esté aún con vida. Pero, sin duda, lo más probable, después de transcurrido algún tiempo sin que se tengan noticias de él, es que haya fallecido. El derecho interviene entonces, en defensa de los intereses del ausente y de sus causa-habientes, o para decirlo de una manera más general y comprensiva, de todos los que tienen un derecho subordinado a la condición de su muerte.

1117/250

250.— El régimen del Código Civil en materia de ausencia resulta en nuestros días anacrónico. El prodigioso adelanto de la técnica de las comunicaciones, producido desde 1870 a nuestros días, ha cambiado totalmente el problema.

Antiguamente, un viaje significaba siempre una incertidumbre. En la práctica, no había otro medio de tener conocimiento de un naufragio que por la circunstancia de que el barco no llegara a destino; pero quizás era sólo una pérdida de rumbo, o un acto de piratería a

consecuencia del cual los tripulantes estuvieran prisioneros, o tal vez algunos o todos los náufragos hubieran llegado a tierra firme en un bote. Un viaje por tierra no estaba expuesto a menos contingencias y, sobre todo, implicaba la misma imposibilidad de comunicarse y explicar la tardanza. Actualmente, la radio, el avión, han suprimido estos riesgos. Los medios de comunicación y de transporte permiten saber de inmediato quiénes sobreviven en un naufragio o en un accidente de aviación u otro cualquiera. Era evidente, pues, que en tiempos normales, los largos y prudentes plazos de nuestra legislación no tenían razón de ser. Es claro que todavía es posible la hipótesis de la persona que se va a un país lejano y abandona todo, cortando a designio toda comunicación con su familia, sus amigos, sus intereses. Pero quien procede así no merece la protección del Derecho, por lo menos en la misma medida que el ausente desaparecido contra su voluntad.

Pero si la institución de la ausencia con presunción de fallecimiento ha disminuido de importancia e interés en tiempos normales, en cambio cobra gran actualidad en caso de guerra. Los dos últimos conflictos mundiales lo han demostrado con harta elocuencia. Millones de personas desaparecieron sin que su familia tuviera noticias durante años, ¿estaban muertos, prisioneros, ocultos, o en misión secreta? Estos problemas originaron en los países envueltos en el conflicto una copiosa legislación tendiente a resolverlos (ver nota 2). Tampoco hay que olvidar, desgraciadamente, la hipótesis de persecuciones políticas en los países en donde está suprimida la libertad de opinión, que frecuentemente se traducen en la desaparición del adversario.

Todo ello estaba exigiendo, de manera imperiosa, una reforma. La ley 14394 ha venido a llenar esta necesidad impostergable. Las características más salientes del nuevo ordenamiento legal, son las siguientes: se ha legislado sobre el período anterior a la presunción del fallecimiento, que estaba omitido en el Código; se han abreviado considerablemente los plazos; se autoriza el casamiento del cónyuge del presunto fallecido; y se ha corregido y mejorado la técnica legislativa.

1117/251

251. LOS AUSENTES CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO NO SON INCAPACES.— El codificador, incurriendo en un evidente error de concepto, consideraba incapaces a los ausentes con presunción de fallecimiento. El artículo 54 Ver Texto , en su inciso 5° los reputaba incapaces absolutos. No hay tal; sobre el ausente no pesa ninguna interdicción (ver nota 3). Así, por ejemplo, la venta de sus bienes, hecha en lugar de su residencia, es perfectamente válida, como lo son todos los actos celebrados por él. Más aún: si un ausente no ejerce personalmente sus derechos es porque la misma ausencia se lo impide, haya o no sido declarada la presunción de fallecimiento. No se explica entonces, que sólo los ausentes declarados por sentencia judicial sean tenidos por incapaces, puesto que la sentencia en nada modifica la capacidad o incapacidad.

Finalmente, cabe añadir que en el régimen actual creado por la ley 14394 ni siquiera puede hablarse de los representantes legales de los ausentes con presunción de fallecimiento como lo hacía el Código, pues hoy las personas indicadas en la ley toman posesión de los bienes del ausente a título de herederos y no de representantes.

El problema de la ausencia no se vincula con la incapacidad, sino con el fin de la existencia de la persona.

La ley 17711 ha puesto fin a esta confusión de concepción derogando el inciso 5° del artículo 54 Ver Texto . Hoy, pues, está claro que los ausentes no son incapaces.

1117/10600

A.— PERÍODO ANTERIOR A LA DECLARACIÓN DE PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

1117/252

252. INTERÉS JURÍDICO.— Para declarar el fallecimiento presunto la ley exige el transcurso de cierto término, que varía según los casos (véase núms. 260 y sig.). Pero desde el momento que una persona ha desaparecido del centro de sus actividades y aunque no haya transcurrido un tiempo tan prolongado como para hacer lógica la presunción de fallecimiento, existe ya interés en adoptar algunas medidas en protección de sus intereses. En efecto, esa persona puede haber dejado bienes, que es necesario conservar y que no podrían quedar abandonados sin grave perjuicio personal y aun social.

El Código Civil no contenía ninguna disposición sobre este período; el vacío ha sido llenado por la ley 14394 , que ha acogido la mayor parte de las reglas aceptadas ya por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Conviene destacar que, en este período, no existe todavía una presunción de fallecimiento: lo único que hay es una simple ausencia. No se justificaría, por lo tanto, ninguna medida que fuera más allá de lo que exige la defensa y conservación de los intereses del ausente.

1117/253

253. CURADOR A LOS BIENES.— Cuando una persona hubiese desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias, podrá el juez, a instancia de parte interesada, designar curador de sus bienes, siempre que el cuidado de éstos lo exigiere (art. 15 Ver Texto , ley 14394). La designación sólo procede en el caso de que el ausente no hubiere dejado apoderado o si, habiéndolo dejado, sus poderes son insuficientes o hubiere caducado el mandato (art. cit.). Si, en efecto, hubiera administrador designado por el ausente, los bienes están ya suficientemente resguardados y no se concebiría la designación de un curador de oficio. Ni aun la propia esposa del ausente puede en tal caso pretender que se la designe curadora (ver nota 4). Sin embargo, si las personas interesadas en los bienes demostraren que el apoderado dejado por el ausente no desempeña convenientemente el mandato, el juez puede removerlo y nombrar un curador de oficio (art. 15 Ver Texto , ley 14394).

Este curador a los bienes no debe ser confundido con el administrador provisional de que hablaremos en el número 257, e.

1117/254

254. QUIÉNES PUEDEN PEDIR LA DESIGNACIÓN DE CURADOR.— Podrán pedir el nombramiento de curador el Ministerio Público y toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente (art. 17 Ver Texto , ley 14394). Como se ve, la disposición de la ley es amplia; comprende no sólo a los herederos y a las personas que tuvieran derecho a los bienes, subordinados a la condición de su muerte, sino también a todos los que tengan interés legítimo en su conservación; tal es el caso de los acreedores, los socios, los condóminos, los titulares de derechos reales sobre las cosas que posea el desaparecido, etcétera.

Aunque la ley no lo dispone expresamente, consideramos que también puede pedir la designación de curador, el administrador o mandatario dejado por el ausente, cuyos poderes fueran insuficientes. En efecto, nadie mejor que él para apreciar la necesidad de la medida que solicita en defensa de los intereses que le fueron confiados.

En cambio, no puede hacerlo el Ministerio Público, a menos que sea en representación de un incapaz interesado en los bienes (ver nota 5).

1117/255

255. EN QUIÉNES DEBE RECAER LA DESIGNACIÓN.— Establece el artículo 19 Ver Texto , ley 14394, que para la designación de curador serán preferidos los parientes idóneos del ausente, en el siguiente orden:

1º) El cónyuge cuando puede conservarse la vocación hereditaria o subsistiera la sociedad conyugal; 2º) los hijos; 3º) el padre o, en su defecto, la madre; 4º) los hermanos y los tíos; 5º) los demás parientes en grado sucesible.

La ley dice, los parientes idóneos; y como el artículo 20 Ver Texto establece, a su vez, que las calidades personales del curador se rigen por lo dispuesto en el Código respecto de los tutores y curadores, carecen de idoneidad las personas enumeradas en el artículo 398 Ver Texto , Código Civil. Remitimos sobre este punto al Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 2, número 998.

Es necesario puntualizar que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de fallecimiento presunto, el nombramiento de curador debe recaer sobre una sola persona. Lo que se tutela fundamentalmente, es el interés del ausente; y mientras no haya razones legales para suponer el deceso, sería inexplicable la partición de los bienes.

1117/256

256. JUEZ COMPETENTE.— Será competente para entender en la designación de curador el juez del domicilio o, en su defecto, el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiera tenido en el país o no fuesen conocidos, lo será el del lugar en que existiesen bienes abandonados o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones (art. 16 Ver Texto , ley 14394).

No resulta claro el sentido de la última cláusula de esta norma, cuando se refiere al lugar que hubiese prevenido cuando los bienes se encontraren en distintas jurisdicciones. Entendemos que en este caso es competente el juez de cualquiera de las jurisdicciones en que se encontraren bienes del ausente y que, fijado el juicio en una de ellas, quedan excluidas las demás.

1117/257

257. TRÁMITE PARA LA DESIGNACIÓN.— El procedimiento para la designación de curador es sumario, debiendo cumplirse las siguientes formalidades:

a) Debe mediar un pedido de declaración de ausencia formulado por parte interesada (art. 17 Ver Texto , ley 14394).

b) Como primera medida, se citará al ausente por edictos durante cinco días; si vencido este plazo no compareciere, se dará intervención al defensor oficial de ausentes o, en su defecto, se nombrará defensor de oficio (art. 18 Ver Texto , ley 14394). Para este último caso, la ley no establece normas de preferencia, por lo que la designación queda librada al prudente arbitrio del juez. Empero, deberá tener título de abogado, por la naturaleza del cargo a desempeñar.

c) El interesado deberá acreditar sumariamente la ausencia y la existencia de bienes. La ley no se ha referido expresamente a esta prueba, pero es obvio que no puede bastar la manifestación de la parte o la publicación de edictos que nadie lee, para que se tenga por ausente una persona y se le designe administrador de sus bienes. Por lo demás, la designación de defensor ad litem no tendría sentido si no fuera precisamente para controlar la prueba de los extremos requeridos por la ley para la declaración de ausencia.

d) Si se tratase de la remoción del apoderado dejado por el ausente, por razón de que no desempeña convenientemente el mandato, será también él parte en el juicio, pues no sería posible separarlo de su cargo sin oírlo. De igual modo, juzgamos que debe ser oído el apoderado cuando el pedido de designación de curador se fundare en la insuficiencia de los poderes de aquél, o que su mandato hubiere caducado.

e) En caso de que no fuera posible esperar a la terminación del proceso sin peligro para los bienes, el juez podrá designar un administrador provisional o adoptar cualquier otra medida que las circunstancias aconsejen (art. 18 Ver Texto , ley 14394). El nombramiento será hecho por el juez a su libre arbitrio, sin que la ley establezca ninguna preferencia.

El administrador representará al ausente en los juicios que se dedujeren contra él durante el trámite del juicio (art. 20 Ver Texto , ley 14394). Naturalmente, la intervención del administrador cesa automáticamente con la sentencia que declare la ausencia y designe el curador a los bienes.

f) El Ministerio Público es parte necesaria en el juicio (art. 18 Ver Texto , ley 14394).

g) Llenadas estas formalidades y concurriendo los extremos legales, se declarará la ausencia y se designará el curador (art. 19 Ver Texto).

258. FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL CURADOR.— Las calidades personales, facultades y obligaciones del curador del ausente se rigen por lo dispuesto en el Código Civil respecto de los tutores y curadores (art. 20 Ver Texto , ley 14394).

Cabe preguntarse, teniendo en cuenta los términos de esta disposición, si las facultades del curador se extienden también a lo que atañe a la persona del ausente. Creemos que la solución negativa se impone, por la naturaleza misma de la institución. El curador es a los bienes; su designación sólo corresponde en caso de que el cuidado de ellos lo exija (art. 15 Ver Texto , ley 14394). No se explicaría, pues, una curatela respecto de la persona. Ni tendría ella sentido, puesto que la sentencia por sí misma implica la imposibilidad de cuidar de su persona. Es verdad que pueden plantearse acciones judiciales no patrimoniales contra el ausente; pero en ese caso la defensa de sus intereses está a cargo del defensor oficial (ver nota 6).

Sobre la extensión de las facultades de los curadores, remitimos al Tratado de Derecho Civil, Familia (9ª ed., núms. 1164 y sigs.). Queda entendido, sin embargo, que si la designación de curador se fundare en la insuficiencia de los poderes dejados por el ausente a su mandatario, las facultades del curador designado judicialmente se limitarán a los actos no previstos en aquel poder.

1117/259

259. CÓMO TERMINA LA CURATELA.— La curatela de los bienes del ausente termina: 1) por la presentación del ausente, sea en persona o por apoderado; 2) por la muerte del mismo; 3) por su fallecimiento presunto, judicialmente declarado (art. 21 Ver Texto , ley 14394); 4) por extinción de los bienes (ver nota 7).

El curador debe rendir cuentas de su labor (ver nota 8) y tiene derecho a percibir honorarios (ver nota 9).

1117/10610

B.— DECLARACIÓN DE AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

1117/260

260. TÉRMINOS REQUERIDOS PARA LA DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA.— La simple ausencia de una persona del lugar de sus actividades y de la residencia de su familia, no basta por sí sola para presumir el fallecimiento. Pero si esta ausencia se prolonga durante algunos años, el abandono de su familia y de sus bienes y la circunstancia de que no se tenga de ella noticia alguna, hacen nacer aquella presunción. El término difiere, según se trate de casos ordinarios o extraordinarios.

1117/261

261. a) Casos ordinarios.— La primera hipótesis es la de la desaparición de una persona del lugar de su domicilio o residencia, sin que medie ningún accidente u otro hecho del que haya podido resultar su fallecimiento. Simplemente, la persona se ha ido, ha desaparecido sin que de ella se tenga noticia alguna. En este caso, la ley presume el fallecimiento a los tres años, haya o no dejado apoderado (art. 22 Ver Texto , ley 14394). Se ha reducido así en forma muy apreciable el plazo de seis años que fijaba el artículo 110 Ver Texto , Código Civil. El término se cuenta desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente (art. 22 Ver Texto).

1117/262

262. b) Casos extraordinarios.— Pero si la persona hubiera desaparecido a raíz de un accidente u otro hecho cualquiera capaz de provocar la muerte, no se justificaría un plazo tan prolongado para presumir el deceso. La ley prevé dos hipótesis diferentes en el artículo 23 Ver Texto :

1) Cuando se hubiese encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte o hubiere participado en una empresa que implique el mismo riesgo, se presume el fallecimiento del ausente si no se tuviere noticias de él por el término de dos años, contados desde el día en que ocurrió o pudo haber ocurrido el suceso.

2) Si el ausente se encontrara en una nave o aeronave naufragada o perdida, el plazo se reduce a seis meses.

En todos estos casos, el Código Civil establecía un plazo de tres años (art. 112 Ver Texto), sin duda alguna excesivo, teniendo en cuenta las circunstancias de la desaparición. Se requería también que ésta se hubiera producido con motivo de un suceso en que hubieran muerto varias personas. Esta exigencia era a todas luces criticable, porque muy bien podía fallecer una sola persona y salvarse las demás, o bien estar una sola persona en el lugar del

hecho, como ocurriría en un accidente de aviación en el que sólo viajara el piloto (ver nota 10). Ha sido, pues, muy oportuna la reforma que la elimina.

1117/263

263.— Estos plazos deben contarse desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido (art. 23 Ver Texto , ley 14394). En caso de que no se sepa con certeza el día del siniestro, el plazo se contará de la siguiente manera: 1) si se trata de la hipótesis de incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, empezará a contarse desde el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido; 2) si hubiera desaparecido en un buque o aeronave, desde el último día en que se tuvo noticia de la nave perdida. Estas reglas, establecidas en el artículo 27 Ver Texto para la fijación del día presuntivo del fallecimiento, son de entera aplicación para contar el plazo legal de la ausencia.

1117/10620

1.— El juicio de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento

1117/264

264. JUEZ COMPETENTE.— Es competente el juez del último domicilio o, en su defecto, de la última residencia del ausente (arts. 16 Ver Texto y 24 Ver Texto , ley 14394). Si se ignorase el domicilio y la residencia y hubiere bienes en el territorio de la República, es competente el juez del lugar en que están situados los bienes. Si los hubiere en varias jurisdicciones, será competente cualquiera de ellos, el que, una vez radicado el juicio ante sus estrados, excluye a los otros ante los cuales también hubiera podido iniciarse (véase núm. 256).

1117/265

265. QUIÉNES TIENEN DERECHO A PEDIR LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA.— Pueden pedirla todas las personas que tengan algún derecho sobre los bienes del ausente supeditado a la condición de su muerte (art. 24 Ver Texto , ley 14394). Por consiguiente, pueden hacerlo:

a) El cónyuge, sea o no heredero del ausente, siempre que demuestre un interés patrimonial o de otro orden en la declaración de fallecimiento presunto. Diferimos, por lo tanto, de la opinión de BUSSO, quien sostiene que el cónyuge divorciado por su culpa, y además separado de bienes, no tiene derecho a entablar la acción, pues carece de vocación hereditaria y la sociedad conyugal está ya liquidada (ver nota 11). Podría ocurrir, sin embargo, que tuviera un interés extrapatrimonial; así, por ejemplo, si la tenencia de los hijos menores se hubiera adjudicado al cónyuge ausente, su muerte presunta tendrá como efecto que esa tenencia pase al supérstite.

Por lo demás, el interés del cónyuge existe aunque no haya bienes, ya sea para obtener la disolución del vínculo matrimonial, ya para lograr una separación de patrimonios que impida que los bienes ganados en lo sucesivo con su trabajo personal, ingresen a la sociedad conyugal.

b) Los presuntos herederos, sean legítimos o instituidos en un testamento abierto. Si, por el contrario, el testamento fuere cerrado, no podrá abrirse hasta dictada la sentencia que declare la presunción de fallecimiento (art. 28 Ver Texto , ley 14394), de tal modo que los indicados en él no podrían iniciar acción.

Adviértase bien que al iniciarse el juicio, todavía no puede saberse con certeza quiénes serán los herederos legítimos, pues no se ha fijado aún el día del fallecimiento; de manera que basta probar el parentesco, para que el juez admita la demanda, sin que quepa por el momento indagar la existencia de otros presuntos herederos con mejor derecho. La discusión acerca de quién tiene derecho a los bienes es posterior (ver nota 12). Sin embargo, si iniciada la acción por un pariente de grado lejano, se le opusiere uno más próximo y de las circunstancias del caso resultare que, cualquiera fuese el día presuntivo del fallecimiento, el primero quedará excluido por el segundo, la oposición de éste al juicio de ausencia impide continuar su trámite, puesto que aquél carece de todo derecho a los bienes del ausente subordinado a la condición de su muerte (ver nota 13).

c) Los legatarios instituidos en testamento abierto.

d) El beneficiario de un seguro de vida; el donante, cuando la donación hubiera sido hecha con cláusula de reversión en caso de muerte del donatario; el deudor de una renta vitalicia en favor del ausente; el propietario sobre cuyos bienes pesa un usufructo de por vida en favor del ausente; los acreedores de los herederos del ausente, en ejercicio de la acción subrogatoria (ver nota 14).

e) El Ministerio Fiscal, entendiendo por tal los asesores de menores e incapaces en representación de los presuntos derecho-habientes incapaces; y los agentes fiscales y

representantes de la Dirección General Impositiva, desde que el Fisco tiene interés por sus eventuales derechos sucesorios sobre las herencias vacantes.

1117/266

266.— En cambio, carecen de derecho a iniciar el juicio los acreedores, que si bien pueden estar interesados en la designación de un curador a los bienes, que cuide de éstos (véase núm. 254), no lo están en cambio en que se declare su muerte presunta, desde que esta circunstancia en nada influye en el cobro de sus créditos; tampoco pueden hacerlo los socios, los parientes en grado no sucesible, los amigos (ver nota 15). La nueva ley ha suprimido, con toda razón, el derecho que el Código reconocía de iniciar el juicio al cónsul del país respectivo, si el ausente fuera extranjero (art. 113 Ver Texto).

1117/267

267. DESIGNACIÓN DE DEFENSOR Y CURADOR.— La primera medida que debe adoptar el juez ante un pedido de declaración de fallecimiento presunto es dar intervención al defensor oficial de ausentes, si lo hubiere en su jurisdicción; caso contrario, designará un defensor de oficio (art. 25 Ver Texto , ley 14394). Si hubiere bienes, en el mismo auto se designará un curador a los mismos, siempre que no se hubiere designado anteriormente, en el caso del artículo 19 Ver Texto y que el ausente no hubiere dejado mandatario con poderes suficientes; pero si el apoderado dejado por el ausente o el curador anteriormente designado no desempeñasen convenientemente su mandato, podrá el juez removerlos y designar otro (art. 25 Ver Texto).

El administrador será puesto en posesión de los bienes previo juramento de desempeñar fielmente el cargo y debe rendir cuentas de su administración (ver nota 16).

1117/268

268.— La ley no da intervención en el juicio a los parientes que no hayan pedido la declaración. Es una omisión lamentable, en la que el Código también incurría y que la nueva ley no ha llenado. En efecto, es indiscutible el interés para intervenir en el juicio de las otras personas que tienen derechos subordinados a la condición de la muerte del ausente, sobre todo en el caso de que la denuncia haya sido hecha por un pariente lejano, existiendo otros de grado más próximo. Es prudente, por lo tanto, la disposición de la ley italiana que exige que en la demanda se indique el nombre de todos los interesados, que deben ser citados en el juicio (art. 50, ley de actuación del Código Civil).

1117/269

269. EDICTOS.— El juez citará al ausente por edictos que se publicarán una vez por mes, durante seis meses (art. 25 Ver Texto , ley 14394).

Los edictos deben publicarse bajo apercibimiento de declararse presumido el fallecimiento, si el ausente no se presenta (ver nota 17).

1117/270

270. EXTREMOS QUE DEBEN PROBARSE.— Los extremos que deben probar los interesados en obtener una declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, son los siguientes:

a) El derecho que se posee a los bienes del ausente, subordinado a la condición de su muerte.

b) El tiempo de la ausencia, que debe ser mayor al fijado por la ley en cada caso.

c) Las diligencias practicadas para averiguar la existencia del ausente (art. 24 Ver Texto , ley 14394). Es necesario, por consiguiente, que se haya procurado, sin éxito, tener noticias de él (ver nota 18). Estas diligencias se pueden acreditar por cualquier medio, incluso testigos (ver nota 19), pero no se suplen con la declaración de simple ausencia obtenida para lograr la designación de un curador a los bienes (art. 26 Ver Texto , ley 14394).

En un caso se decidió que no es necesario tener la convicción de que el ausente ha muerto, sino que de él no se tengan noticias por más de tres años (ver nota 20).

d) En su caso, el suceso del incendio, terremoto, acción de guerra, accidente, naufragio o pérdida de la nave y que el ausente se encontraba en el siniestro. Desde luego, esta prueba es necesaria solamente si no han transcurrido ya desde la época del siniestro los tres años del término ordinario y si se quiere invocar el término breve de dos años o seis meses.

1117/271

271. DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO PRESUNTO.— Una vez cumplidos los plazos legales y comprobados por el denunciante los extremos aludidos en nuestro párrafo anterior, si el ausente no se presentara a la citación por edictos, el juez debe declarar su fallecimiento presunto, fijará el día presuntivo de la muerte y dispondrá la inscripción de la sentencia en el Registro Civil (art. 26 Ver Texto , ley 14394).

El artículo 28 Ver Texto dispone que, dictada la declaración, el juez mandará abrir, si existiese, el testamento que hubiese dejado el desaparecido. La palabra declaratoria parece aludir a la de herederos; pero es evidente que la apertura del testamento es previa a la declaratoria de herederos ab intestato, puesto que ésta puede quedar sin efecto o modificada por la disposición de última voluntad del ausente. Lo procedente es, por lo tanto, ordenar la apertura en el mismo auto en que se estableció la presunción del fallecimiento o inmediatamente de tener conocimiento de la existencia del testamento. Entendemos, por lo tanto, que la palabra declaratoria, contenida en el artículo 28 Ver Texto , alude a la declaratoria del fallecimiento presunto.

1117/272

272. CARÁCTER DE LA SENTENCIA: NO HACE COSA JUZGADA.— La sentencia dictada por el juez en el juicio de ausencia tiene efectos respecto de todos los interesados, pero no hace cosa juzgada. Cualquiera de ellos podría impugnarla y probar que se tuvieron noticias ciertas del ausente, después de la última que resulta de aquel juicio. Ello puede tener mucha importancia, porque se altera el día presuntivo del fallecimiento y, por consiguiente, pueden ser otros los que tengan derecho a los bienes. Basta la simple prueba en contrario para desvirtuar los efectos de la sentencia anterior (ver nota 21).

Naturalmente, si el ausente reaparece, la presunción de fallecimiento concluye.

1117/273

273. DÍA PRESUNTIVO DEL FALLECIMIENTO.— Según lo hemos visto, el artículo 26 Ver Texto dispone que la sentencia fijará el día presuntivo del fallecimiento; y el artículo siguiente señala las normas a las que debe sujetarse el juez para determinarlo.

La cuestión tiene una importancia fundamental, porque ese día es el que permite determinar cuáles son las personas que tienen derecho a los bienes del ausente; en otras palabras, en ese día se abre su sucesión. La medida de esa importancia la da el siguiente ejemplo. Supóngase que el ausente no tenga otro heredero forzoso que su cónyuge. Si éste fallece antes del día fijado presuntivamente para el ausente, los bienes de éste serán heredados por

sus parientes colaterales; en cambio, si el cónyuge fallece después, reciben los bienes sus herederos.

Establece el artículo 27 Ver Texto de la ley 14394, que se fijará como día presuntivo del fallecimiento:

1) En el caso del artículo 22 Ver Texto (véase núm. 261), el último día del primer año y medio;

2) En el que prevé el artículo 23 Ver Texto , inciso 1º (véase núm. 262), el día del suceso en que se encontró el ausente, y si no estuviera determinado, el día del término medio de la época en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido;

3) En los supuestos del artículo 23 Ver Texto , inciso 2º (véase núm. 262), el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdido.

La disposición que comentamos agrega que: Cuando fuera posible, la sentencia determinará también la hora presuntiva del fallecimiento (ver nota 22). En caso contrario, se tendrá por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento.

1117/274

274.— Sostienen algunos autores que la fijación del día presuntivo del fallecimiento sólo produce efectos en lo que atañe a los derechos adquiridos por el ausente, con anterioridad a la última noticia que se tuvo de él; pero que desde el momento de la última noticia, no puede adquirir ya derechos por donación, herencia o legado, porque para ello es condición esencial que el beneficiario viva en el momento en que ha de operarse la transmisión (arts. 1806 Ver Texto y 3743 Ver Texto), condición que debe ser probada por el interesado. Esta es la solución generalmente admitida en el derecho francés y sostenida entre nosotros por BIBILONI (nota al art. 158 del Anteproyecto) y por ORGAZ (ver nota 23). Por nuestra parte, no compartimos esta opinión. La ley fija el día presuntivo del fallecimiento; hasta ese momento presume que la persona está viva. Hay, pues, una presunción legal que hace innecesaria la prueba de la vida; por el contrario, es quien sostiene que estaba muerto, el que debe probarlo. El Código Civil alemán (art. 19) consagra la solución que propugnamos, y así lo hacía el Esboço de FREITAS, fuente de nuestro Código (art. 262) (ver nota 24).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBIÁS, t. 1, nº 970 y s.; ARAUZ CASTEX, Derecho Civil, Parte General, t. 1, nº 697 y s.; TOBIÁS, Fin de la existencia de las personas físicas, Buenos Aires, 1988; GOLDSTEIN, La ausencia con presunción de fallecimiento en la

nueva legislación nacional, L.L., t. 79, p. 811; SALVAT, Parte General, 6ª ed., ps. 640 y s., nº 996 y s.; SPOTA, A. G., Derecho civil, t. 1, vol. 3.2, nº 980 y s.; ORGAZ, A., Personas individuales, ps. 379 y s.; VÁZQUEZ, Declaración de ausencia en el Proyecto del Código Civil, J.A., 1942-III, sec. doct., p. 77; MORELLO, La declaración de ausencia y el fallecimiento presunto, Buenos Aires, 1962; COSSIO, El patrimonio del ausente, Rev. Der. Privado, Madrid, 1942, p. 369; OTERO MONSEGUR, L. M., El ausente declarado en juicio, trabajo Seminario Fac. Der. Buenos Aires, 1936; LECOQ, J. D., De la constatation du décès du disparu, París, 1921; GIORGIANNI, H., La dichiarazione di morte presunta, Milano, 1943; DEGNI, F., Le persone fisiche, ps. 71 y s., nº 22 y s.; RENARD, Declaration de absence et de mort, Revue de droit international et de droit comparé, Bruselas, 1940, t. 17, número especial, p. 31.

(nota 2) BIBLIOGRAFÍA: RENARD, C., Declaration de absence et de mort, Revue de droit international et de droit comparé, t. 17, número especial, p. 31 y s., Bruselas, 1950; NISOT, J., La convención del 6 de abril de 1950 sobre prueba de la muerte de las personas desaparecidas en el curso de los años de la guerra, Revue de droit international et de droit comparé, t. 17, nº 2, ps. 97 y s., Bruselas, 1950; FORMIGGINI, A., La declaración de muerte presunta conforme a la ley del 3 de junio de 1949, Giurisprudenza italiana, t. 102, fasc. 7, 1ª parte, II sec., p. 327, julio de 1950.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 21/4/1958, Doctrina Judicial del 8/5/1958.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 27/3/1958, L.L., t. 92, p. 52.

(nota 5) MORELLO, La declaración de ausencia, nº 26.

(nota 6) Véase, sin embargo, SPOTA, t. 1, vol. 3.2, nº 1005, quien opina que la curatela debe extenderse a la persona del ausente, y comprender su búsqueda y la tutela de sus hijos. Cabe notar que el problema de la tutela de los hijos está ya contemplado en los arts. 377 Ver Texto y s., Cód. Civ.

(nota 7) VÁZQUEZ, La declaración de ausencia, J.A., 1942-III, sec. doct., p. 77, nº 15.

(nota 8) MORELLO, La declaración de ausencia, nº 41.

(nota 9) MORELLO, La declaración de ausencia, nº 42.

(nota 10) En un caso de uno de los miembros del observatorio de las Islas Orcadas, que desapareció en ocasión de salir a una expedición en sky, la C. Civil 2ª de la Cap. consideró que hallándose solo no era posible exigir la muerte de varias personas (11/7/1919, J.A., t. 3, p. 648).

(nota 11) BUSSO, t. 1, coment. art. 113, nº 5; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, nº 1030.

(nota 12) BUSSO, t. 1, coment. art. 113, nº 10; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 1044; LLAMBÍAS, t. 1, nº 979.

(nota 13) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, nº 979.

(nota 14) BUSSO, t. 1, coment. art. 113, nº 17; LLERENA, 2ª ed., coment. al art. 113; LLAMBÍAS, t. 1, nº 979.

(nota 15) De acuerdo: BUSSO, t. 1, coment. art. 113, nº 26; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 1050; ORGAZ, Personas individuales, p. 62. Respecto de los socios LLAMBÍAS anota con razón, que eventualmente tendría acción sobre el socio sobreviviente de una sociedad de dos, ya que ésta se disuelve por la muerte de uno de ellos (art. 1758 Ver Texto) (t. 1, nº 979, nota 14).

(nota 16) ORGAZ sostiene que el curador debe ponerse en posesión de los bienes previo inventario y avalúo, por aplicación analógica de los artículos 408 Ver Texto y 488 Ver Texto (Personas individuales, p. 64). No creemos que estas disposiciones sean de aplicación al caso. La inevitable demora que suponen aquellas operaciones haría inoperante la designación de curador si sólo pudiese entrar en funciones una vez practicadas, dada la rapidez de los trámites del juicio de declaración de ausencia. Puede ocurrir, además, que sea indispensable tomar medidas de urgencia, que no admiten espera, lo que sería imposible si se exigieran aquellos requisitos. Finalmente, la ley exige el inventario en el momento de entregarse la posesión provisoria (art. 28 Ver Texto). Este y no otro es el momento en que debe practicarse. Dado el carácter esencialmente precario de esta curatela, consideramos que basta con el juramento de desempeñar fiel y legalmente el cargo y exigir posteriormente la rendición de cuentas.

(nota 17) C. Civil Cap., 7/11/1905, Fallos, t. 176, p. 365; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 1059; BUSSO, t. 1, coment. art. 113, nº 27; SPOTA, t. 1, vol. 3, nº 2037.

(nota 18) C. Civil Cap., 30/9/1982, E.D., t. 102, p. 328. Véase la crítica de LEGÓN, F., a esta exigencia (Las “diligencias” que prescribe el art. 114, Cod. Civ., J.A., t. 56, sec. doct., ps. 50 y s.), que sin embargo ha sido mantenida en la nueva ley (art. 24).

(nota 19) BUSSO, t. 1, coment. art. 114, n° 10 y s.; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1054; LLAMBÍAS, t. 1, n° 985.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala G, 8/5/1985, L.L., 1985-D, p. 106 (en el caso se sospechaba que la persona estaba viva en el extranjero, lo que a juicio del Tribunal no era suficiente para denegar la muerte presunta).

(nota 21) LLAMBÍAS, t. 1, n° 988; ORGAZ, Personas individuales, p. 70; BUSSO, t. 1, coment. art. 116, n° 24 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 342 y 352.

(nota 22) Una disposición similar contienen los códigos alemán, art. 18, e italiano, art. 58.

(nota 23) ORGAZ, Personas individuales, p. 71.

(nota 24) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1081.

1117/10630

2.— Período de la prenotación

1117/275

275. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA.— La ley 14394 ha suprimido de su texto las denominaciones de posesión provisional y definitiva utilizadas en el Código para diferenciar los dos períodos sucesivos en el régimen de los bienes del ausente. No obstante ello, en nuestra segunda edición habíamos mantenido esa terminología, juzgando que no había mayor utilidad en cambiar expresiones de significado ya conocido. Una nueva reflexión sobre el tema nos mueve a modificar la denominación del primer período, que en adelante llamaremos de la prenotación, pues continuar con la terminología del Código supone el riesgo de inducir a error sobre la naturaleza de los derechos que se reconocen a los sucesores del ausente. El segundo período se llamará de la posesión o entrega definitiva

de los bienes. Respecto de él, no hay mayores ventajas en reemplazar la vieja denominación del Código.

1117/276

276. EFECTOS DE LA SENTENCIA EN CUANTO A LOS BIENES.— Establece el artículo 28 Ver Texto , ley 14394, que: los herederos al día presuntivo del fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación del inventario; se hará la partición de la herencia y los bienes se anotarán en el Registro de la Propiedad a nombre de los herederos.

La reforma introducida por la citada ley en este punto, ha sido sustancial. En el Código, los poseedores provisorios eran meros administradores de los bienes del ausente (arts. 118 Ver Texto y 119, Cód. Civ.). Actualmente, si bien su dominio está sujeto a importantes restricciones, son verdaderos propietarios (la ley los llama herederos) que, como tales, pueden inscribir los bienes a su nombre (ver nota 1). Indudablemente, el nuevo régimen guarda más lógica con la institución de la presunción de fallecimiento; pues si la ley supone la muerte, es natural que se produzcan las consecuencias inherentes a este acontecimiento.

1117/277

277. QUIÉNES TIENEN DERECHO A LOS BIENES.— El artículo 28 Ver Texto , ley 14394 establece que: los herederos al día presuntivo del fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación del inventario.

Aunque la ley habla solamente de los herederos y legatarios, es evidente que tienen derecho a los bienes todos los que tengan un derecho sobre ellos subordinado a la condición de la muerte del ausente. Esta es la solución lógica y la única que permite compaginar esta norma con el artículo 24 Ver Texto de la misma ley (ver nota 2).

Los acreedores de los derecho-habientes pueden, en ejercicio de la acción subrogatoria, pedir para sus deudores la entrega de los bienes (ver nota 3).

1117/278

278.— Puede ocurrir que con posterioridad a la partición, se presenten otros herederos preferentes o concurrentes que hubieren sido preteridos; ellos podrán reclamar la entrega de bienes o la participación que les corresponda, según el caso (art. 29 Ver Texto , ley 14394).

1117/279

279. CASO DE QUE EL AUSENTE SEA CASADO.— En esta hipótesis, el cónyuge tiene derecho a optar entre la continuación de la sociedad conyugal, de todos cuyos bienes será el administrador, o la disolución de la comunidad (arts. 1307 Ver Texto -1309, Cód. Civ.). Va de suyo que en el primer caso, quedará en suspenso el derecho de los herederos a pedir la posesión provisional. La opción que la ley reconoce al cónyuge sólo puede hacerse valer hasta el momento de la posesión definitiva, en que la disolución de la sociedad conyugal se opera ministerio legis (art. 1310 Ver Texto , Cód. Civ.), abriéndose la sucesión del ausente. El régimen del Código ha sido mantenido en este punto por la ley 14394 (véanse arts. 29 Ver Texto y 30).

1117/280

280. JUICIO SUCESORIO.— Para que los derecho-habientes puedan entrar en posesión de sus bienes, no basta la simple declaración de ausencia, sino que es indispensable tramitar el juicio sucesorio y obtener, en su caso, la declaratoria de herederos (ver nota 4).

1117/281

281. INVENTARIO.— Antes de hacer entrega de los bienes, el juez mandará hacer un inventario de ellos (art. 28 Ver Texto , ley 14394), el que deberá ser practicado por escribano público y con citación de todos los interesados (ver nota 5).

La nueva ley ha suprimido el requisito de las fianzas, que exigía el Código (art. 118 Ver Texto , Cód. Civ.). La reforma ha sido en este punto desacertada. Hemos de ver más adelante, que los herederos no pueden disponer de los bienes del ausente, mientras no se cumpla el plazo de la entrega definitiva. Respecto de los bienes registrables, la prenotación de esa prohibición en el respectivo registro les impedirá enajenarlos o gravarlos; pero respecto de los bienes muebles no registrables, no hay manera de asegurarse del cumplimiento de la prohibición legal de disponer de ellos, como no sea dando fianzas. En el sistema de la ley actual, los poseedores de la herencia podrán burlar la prohibición de la ley, sin que el ausente reaparecido tenga ningún recurso contra ellos, si fueran insolventes (ver nota 6).

1117/282

282. PARTICIÓN DE LOS BIENES DEL AUSENTE.— Hemos dicho ya que la ley autoriza la partición de los bienes del ausente entre sus herederos.

Entendemos que esa partición, si se hace dentro del período de la prenotación, debe ser judicial. El artículo 3465 Ver Texto , Código Civil, inciso 1º, establece que las particiones deben ser judiciales, cuando haya menores, incapaces o ausentes cuya existencia sea incierta. El artículo alude, claro está, a los herederos ausentes; pero de su texto y de su espíritu se desprende que debe ser judicial cada vez que puedan lesionarse los intereses de un incapaz o un ausente (incs. 1º y 2º). En este caso, pueden lesionarse los intereses del ausente si aquélla se hace en forma antieconómica. Sobre este punto volveremos en el número 284.

Pero si la partición se hiciera después de vencidos los plazos del artículo 30 Ver Texto , puede ser hecha privadamente. A partir de ese momento, la ley prescinde de la tutela de los intereses del ausente (véase núms. 289 y sigs.) de tal modo que no se justificaría la intervención judicial.

1117/283

283.— El artículo 28 Ver Texto , ley 14394, establece que los herederos y legatarios podrán hacer partición de los mismos, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial. Vale decir, si la partición exige la enajenación del bien, éste debe permanecer en condominio, a menos que el juez autorice la venta. Tal sería el caso de una alhaja o de un lote urbano que de acuerdo con las ordenanzas municipales no es susceptible de subdivisión.

¿En qué casos debe otorgar su autorización el juez? La ley no ha establecido ninguna restricción a este respecto, dejando librada la cuestión al prudente arbitrio judicial. Pero es evidente que siendo el principio la inenajenabilidad y habiéndose establecido ésta en beneficio del ausente, no podrá concederse la autorización en el solo interés de los herederos (ver nota 7); únicamente en el caso que el interés de ellos coincida con el del ausente, podrá el juez otorgarla.

1117/284

284.— Por razones similares, consideramos que no cabe la división, aunque no exija la venta del bien, cuando ella resultara evidentemente antieconómica desde el punto de vista de los intereses del ausente. Supóngase el caso de que el único bien dejado fuera un tambo de 20 hectáreas en las afueras de Buenos Aires y que los herederos fueran quince o veinte. La división permitiría formar pequeñas quintas o lotes para viviendas, pero destruiría la

explotación tambera. Las mismas razones que originaron la prohibición legal de vender, imponen en este caso la indivisibilidad de esta propiedad, en tanto no se cumplan los plazos del artículo 30 Ver Texto , ley 14394.

Es éste un buen ejemplo para justificar la necesidad de que la partición sea judicial.

1117/285

285. RESTRICCIONES AL DOMINIO DE LOS HEREDEROS.— El artículo 28 Ver Texto , ley 14394, prohíbe a los herederos enajenar y gravar los bienes del ausente, durante todo el período de la posesión provisional. Por ello, al inscribirse los bienes a nombre de los herederos, debe hacerse la prenotación del caso (art. 28 Ver Texto) para evitar que aquéllos puedan burlar la prohibición legal.

Pero si bien esta previsión asegura la conservación de los bienes registrables, particularmente los inmuebles, no se ha instituido ninguna seguridad en el caso de los no registrables. La ley ha suprimido, en efecto, las fianzas que en el régimen del Código ponían a cubierto al ausente contra el peligro de que los poseedores provisionales —hoy herederos o derecho-habientes— enajenen los bienes muebles, sea por mala fe o por ignorancia de sus obligaciones. Si más tarde aquéllos resultaran insolventes, el ausente reaparecido no tendrá posibilidad de recuperar sus bienes.

Sin embargo, el juez puede autorizar la venta o el gravamen, siempre que ella fuera necesaria del punto de vista de los intereses del ausente; por ejemplo, si fuera para reparación de una casa que amenaza ruina.

1117/286

286. REAPARICIÓN DEL AUSENTE O DE UN HEREDERO CON MEJOR DERECHO.— Puede ocurrir que luego de hecha la partición y entregados los bienes a los herederos, reaparezca el ausente o se presente un heredero con mejor o igual derecho que los que se hallan en posesión de la herencia, como sería el heredero instituido en un testamento descubierto posteriormente a la partición, o el hijo extramatrimonial reconocido por sentencia judicial, etcétera. Estas personas podrán reclamar la entrega de los bienes o la participación que les corresponda en los mismos, según el caso (art. 29 Ver Texto , ley 14394).

1117/287

287.— Los poseedores de la herencia están obligados a rendir cuentas (ver nota 8). Aunque la ley no lo dice expresamente, esta obligación surge de un conjunto de disposiciones inequívocas: los bienes deben entregarse a los poseedores previo inventario; tienen prohibición de enajenarlos y gravarlos y, finalmente, están obligados a devolverlos a quienes tengan mejores derechos sobre ellos.

1117/288

288. FRUTOS Y PRODUCTOS.— Pero si bien los poseedores de la herencia están obligados a devolver los bienes, hacen suyos los frutos percibidos durante el tiempo que duró la posesión de buena fe (art. 29 Ver Texto , ley 14394). Esta solución, cuya justicia es a todas luces evidente, importa una notable mejora respecto del régimen del Código, que no preveía expresamente el caso, pero de cuyas normas legales se desprendía que los poseedores provisorios sólo tenían derecho a la misma retribución de los tutores o curadores o sea el diez por ciento de los frutos de la administración (ver nota 9), solución que en la hipótesis de ausencia era evidentemente inequitativa.

Pero ese beneficio se concede a los poseedores de buena fe. Los de mala fe, en cambio, no sólo están obligados a devolver los frutos percibidos, sino también los que por su culpa hubieran dejado de percibir, deducción hecha de los gastos de cultivo y extracción (arts. 29 Ver Texto , ley 14394 y 2438 Ver Texto , Cód. Civ.).

¿Cuándo debe entenderse que el poseedor de los bienes del ausente es de mala fe? Sin duda alguna, lo es cuando tiene noticias, que oculta, de que el ausente vive; o cuando ha tenido noticias de aquél posteriores a las que se tomaron en cuenta para fijar el día presuntivo del fallecimiento y de las cuales resultarían otros herederos; o cuando ha ocultado un testamento que instituye otros beneficiarios. En cambio, consideramos que el simple conocimiento de la existencia de otro heredero con mejor o igual derecho al suyo, que no se ha presentado a reclamar la herencia, no lo convierte en poseedor de mala fe, si no media ocultación dolosa de su parte.

De cualquier manera, la buena fe se presume; y quien alega lo contrario debe probarlo.

1117/11790

288 bis.— Pero si bien el heredero de buena fe hace suyos los frutos, no ocurre lo mismo con los productos, que siempre corresponden al verdadero propietario, cualquiera que sea el carácter de la posesión (art. 2444 Ver Texto , Cód. Civ.).

Opina LLAMBIÁS, sin embargo, que pertenecen al heredero los productos de una explotación ya existente al tiempo de entrar en posesión de los bienes, porque si los hace suyos el usufructuario (art. 2866 Ver Texto) con tanta mayor razón deben concederse a quien los ha tenido como titular del dominio (ver nota 10). Compartimos su opinión.

1117/289

289. GASTOS Y MEJORAS: PÉRDIDAS Y DETERIOROS DE LOS BIENES.— En cuanto a los gastos y mejoras hechos durante el tiempo que duró la posesión de la herencia, lo mismo que en lo relativo a las pérdidas y deterioros sufridos por los bienes, los derechos y responsabilidades del heredero en caso de reaparición del ausente o la presentación de otro heredero con mejor derecho, se rigen también por lo dispuesto en el Código Civil para los poseedores de buena y mala fe (véanse arts. 2427 Ver Texto -2441, Cód. Civ.).

1117/290

290. CAUSAS QUE PONEN TÉRMINO AL DOMINIO PRECARIO.— El dominio precario que correspondió a los derecho-habientes del ausente termina, ya sea por la reaparición del ausente o la presentación de otro heredero con mejor derecho, ya sea por la consolidación definitiva del derecho de propiedad y la eliminación de todas las restricciones al dominio del poseedor.

La reaparición del ausente puede ser personal o por apoderado, siempre que del poder resulten noticias ciertas de su existencia. Más aún: bastan las noticias de que existe, aunque no se presente por sí o por apoderado, para que cese la posesión a título de heredero. Naturalmente, debe tratarse de noticias sobre existencia actual; pues si fueran pretéritas y el tiempo transcurrido desde ellas permitiera de todos modos presumir el fallecimiento, la posesión a título de derecho-habiente no termina; a menos que al modificarse el día presuntivo del fallecimiento, resulten otras personas con derecho a la herencia.

La consolidación de los derechos del heredero se produce en dos hipótesis: cuando se tienen noticias ciertas del fallecimiento del ausente o cuando transcurren los plazos fijados en el artículo 30 Ver Texto . De esta última hipótesis nos ocuparemos en los números siguientes.

1117/10640

3.— Entrega definitiva de los bienes

1117/291

291. CONCEPTO.— No obstante las vehementes sospechas de que el ausente ha fallecido, durante algún tiempo —el tiempo que dura el período de prenotación— la ley no descarta la posibilidad de su reaparición. Por ello los herederos reciben un dominio precario, sujeto a restricciones. Pero esta situación no puede continuar indefinidamente. A medida que el tiempo pasa, las probabilidades de reaparición del ausente se hacen cada vez más remotas; no resulta lógico someter a los herederos a restricciones indefinidas en su derecho de propiedad; aun desde el punto de vista social, no es tolerable la prolongación de ese estado de inalienabilidad de los bienes del ausente. Por ello es que, transcurridos ciertos plazos, aquel dominio precario se convierte en pleno, sin restricción alguna y sólo sujeto a la condición resolutoria de la reaparición del ausente. En los párrafos siguientes, veremos cuándo se otorga la posesión definitiva y cuáles son sus efectos.

1117/292

292. PLAZOS Y OTROS REQUISITOS PARA ENTRAR EN EL GOCE DEFINITIVO DE LA HERENCIA.— Establece el artículo 30 Ver Texto que: transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación prescripta, pudiendo, desde ese momento, disponerse libremente de los bienes.

Se han abreviado considerablemente los plazos del Código, que exigía quince años desde la desaparición del ausente u ochenta de edad, para otorgar la posesión definitiva (art. 122 Ver Texto , Cód. Civ.).

Se explica que en el caso de los octogenarios, la ley prescinda de la exigencia del transcurso de cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, porque a la presunción de muerte seguida de la ausencia, se une otra más, la que nace de edad tan avanzada. Pero siempre es necesario que hayan transcurrido los tres años, dos años y seis meses que, según los casos, son necesarios para que se pueda iniciar el juicio de ausencia, porque de lo contrario, no hay presunción de fallecimiento, ni es posible fijar el día presuntivo de aquél (ver nota 11).

Lo que acontece ordinariamente cuando un ausente deja bienes es que primero se reclame la posesión de la herencia, y se inscriban los bienes a nombre de los herederos con la correspondiente prenotación relativa a la prohibición de enajenarlos y gravarlos; y que una vez transcurridos los plazos del artículo 30 Ver Texto , se deje sin efecto esa prenotación.

Pero si la sentencia que declara el fallecimiento presunto se hubiera dictado en una fecha posterior en cinco años al día presuntivo del fallecimiento o después que el ausente ha cumplido ochenta años, los bienes se inscribirán a nombre de los herederos sin ninguna prenotación, puesto que su derecho de propiedad no está sujeto a ninguna restricción (ver nota 12). Tampoco será necesario el inventario previo para entregar los bienes, ni que la partición sea judicial (véase núm. 281).

La prenotación que impide disponer de los bienes, no caduca automáticamente; debe ser pedida al juez y éste ordenarla. Este contralor judicial es indispensable pues puede ocurrir que luego de fijado el día presuntivo del fallecimiento, se hayan tenido noticias del ausente que lo modifiquen, y posterguen por tanto el momento de la liberación de las restricciones al dominio de los herederos (ver nota 13).

1117/293

293. CONDICIÓN DE LOS HEREDEROS DESPUÉS DE TRANSCURRIDOS LOS PLAZOS DEL ARTÍCULO 30.— Transcurridos los plazos del artículo 30 Ver Texto , los herederos quedan en el goce pleno del dominio sobre los bienes del ausente, sin restricción alguna. La prenotación hecha en el Registro de la Propiedad queda sin efecto: el heredero puede disponer de ellos libremente (art. 30 Ver Texto , ley 14394).

Sin embargo, este dominio está sujeto a la condición resolutoria de la reaparición del ausente; en tal caso, deberá devolverlos en el estado en que se encuentren. Pero si se mira bien, esta condición resolutoria no es propia de la ausencia con presunción de fallecimiento; lo mismo ocurriría, por ejemplo, si se hubiere dado por muerta una persona y luego reapareciere; o si después de la muerte del causante y de realizada la partición de sus bienes, apareciere otro heredero con mejor derecho. En todos estos casos, los poseedores de la herencia deberán devolverla, en el estado en que se encuentre, a quienes son los verdaderos propietarios.

1117/294

294. REAPARICIÓN DEL AUSENTE.— Si luego de transcurridos los plazos del artículo 32 Ver Texto , reapareciese el ausente sólo podrá reclamar la entrega de los bienes que existiesen y en el estado en que se hallasen; los adquiridos con el valor de los que faltaren; el precio que se adeudase de los que se hubiesen enajenado y los frutos no consumidos (art. 31 Ver Texto , ley 14394).

A partir del momento señalado en la ley, el poseedor de la herencia actúa con entera libertad; es lógico, por tanto, que no se lo pueda responsabilizar por los bienes vendidos o

consumidos y sólo está obligado a devolver los que existieran y en el estado en que existieran. Esto significa que el ausente reaparecido deberá respetar los gravámenes que pesen sobre sus bienes, los derechos reales de cualquier naturaleza constituidos sobre ellos, los contratos de arrendamientos (ver nota 14).

Los actos de disposición deberán ser respetados aunque sean a título gratuito (ver nota 15), pues ya se ha dicho que el dominio no está sujeto a restricción alguna, luego de transcurridos los plazos del artículo 30 Ver Texto .

1117/295

295.— El artículo que comentamos no sólo obliga a devolver los bienes del reaparecido en el estado en que se encuentren, sino también los comprados con aquéllos. Se produce en este caso una subrogación real, vale decir, la cosa adquirida pasa a ocupar jurídicamente el lugar de la cosa vendida. Como puede apreciarse, no obstante que el poseedor de los bienes del ausente adquiere el dominio de ellos, no se confunden totalmente con los demás del patrimonio del poseedor; estamos, por tanto, ante un caso típico de patrimonios separados; por un lado, el general del poseedor; por otro, el integrado por los bienes que eran del ausente; pero el titular de todos ellos es uno solo.

La cuestión de si los nuevos bienes se adquirieron o no con el producto de los del ausente, es un problema de prueba que está a cargo de quien reclama la restitución, sea el reaparecido o los herederos con mejor derecho (ver nota 16).

1117/296

296.— De igual modo, el ausente tiene derecho al precio que se adeudase de los bienes que se hubiesen enajenado. Este es otro supuesto típico de la subrogación real: el precio toma el lugar del bien enajenado y, por tanto, debe serle devuelto al ausente.

Por igual motivo, favorecen al ausente los gravámenes hipotecarios o prendarios, constituidos en favor del heredero, cuando fueran hechos en garantía de un préstamo realizado con dinero del ausente o del saldo de venta de una cosa de aquél.

1117/297

297.— Por último, el artículo que comentamos dice que el ausente podrá reclamar los frutos no consumidos. Esta disposición resulta contradictoria con todo el sistema de la ley

acerca del derecho que sobre los frutos tienen los herederos del ausente. Si el heredero hace suyos, en el período de la prenotación, los frutos percibidos, no se explica que después de consolidados sus derechos y ampliadas sus facultades por haber transcurrido los plazos del artículo 30 Ver Texto tenga derecho únicamente a los frutos consumidos, lo que significaría que los percibidos y no consumidos debe devolverlos al reaparecido.

Pero hay todavía una contradicción más: el mismo artículo 32 Ver Texto , en su último apartado, expresa que las obligaciones y derechos de los poseedores de la herencia, se regirán por lo establecido para los poseedores de buena y mala fe. Y, ya lo hemos dicho, los poseedores de buena fe hacen suyos los frutos percibidos (art. 2423 Ver Texto , Cód. Civ.). Entendemos, por tanto, que la palabra consumidos, debe entenderse como percibidos y que el poseedor definitivo de buena fe hace suyos tales frutos (ver nota 17).

1117/298

298. GASTOS Y MEJORAS: PÉRDIDAS Y DETERIOROS DE LOS BIENES DEL AUSENTE.— Los derechos y obligaciones de los poseedores definitivos de los bienes del ausente reaparecido, se rigen por lo que está dispuesto para los poseedores de buena o mala fe (art. 32 Ver Texto , ley 14394). En lo que atañe a los gastos y mejoras hechos en los bienes del ausente y a las pérdidas y deterioros sufridos por ellos, remitimos a los artículos 2427 Ver Texto y siguientes del Código Civil.

Respecto de cuándo debe considerarse al heredero como poseedor de buena o mala fe, véase número 288.

1117/299

299. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA.— Puede ocurrir que después de entregados definitivamente los bienes, se presente una persona con mejor o igual derecho entablando la acción de petición de herencia. Si triunfa en ella, los bienes se le entregarán en las mismas condiciones que deben entregarse al ausente reaparecido (art. 32 Ver Texto , ley 14394).

1117/300

300. IMPUGNACIÓN DEL JUICIO DE AUSENCIA.— Cabe preguntarse si el ausente podría impugnar el juicio de ausencia tramitado irregularmente, bien sea porque no se han probado las diligencias para dar con su paradero, bien porque no se hayan publicado los edictos citatorios, o bien por otra razón. Entendemos con BUSSO (ver nota 18), que en

principio no puede negarse al reaparecido ese derecho; pero no bastaría cualquier irregularidad en el trámite para poder impugnar el juicio. Será menester que aquélla sea grave o que revele una evidente mala fe del denunciante, como ocurriría si se prueba que éste ocultó noticias ciertas del ausente al formular el pedido de declaración de ausencia.

Sin embargo, aun impugnado el juicio y declarada la nulidad de las actuaciones, los poseedores no culpables deben ser considerados como poseedores de buena fe y no tienen mayor responsabilidad que la que surge del artículo 30 Ver Texto , vale decir, que la que hubieran tenido en caso de tramitación regular del juicio. En cambio, el poseedor culpable debe ser considerado, a los efectos de su responsabilidad, como el poseedor de mala fe (ver nota 19). En cuanto a los terceros de buena fe adquirentes de los bienes, su derecho no podrá ser afectado por la nulidad de las actuaciones (argumento art. 3430 Ver Texto aplicable al caso por analogía) (ver nota 20).

1117/301

301. CASO EN QUE EL REAPARECIDO NO RECLAME LOS BIENES.— Puede ocurrir que se tenga noticia cierta del ausente, pero que éste no se presente a reclamar los bienes. En tal caso, a pedido de partes interesadas (que son las señaladas en el art. 24 Ver Texto , ley 14394), el juez debe dar por concluida la posesión de la herencia y poner los bienes bajo la custodia de un curador, en la misma forma que durante el período previo a la declaración de ausencia. El poseedor no puede pretender ya que se lo siga reputando como heredero, porque esta condición se fundaba en una presunción de fallecimiento que ya no existe (ver nota 21).

Puede ocurrir que, aun reapareciendo el ausente o teniéndose noticias ciertas de su existencia, nadie haya reclamado judicialmente la terminación del estado de posesión de herencia. No obstante ello, desde el momento en que el poseedor tiene noticias ciertas de la existencia del ausente, cesa en su calidad de tal (puesto que le falta la condición sine qua non para serlo, es decir, que haya una presunción de fallecimiento) y se convierte en simple administrador de los bienes, con todas las responsabilidades inherentes a esta condición. Es claro que puede liberarse de ellas, solicitando judicialmente el nombramiento de un curador a los bienes. Si no obstante haber tenido noticias ciertas del ausente, realiza actos de disposición, los terceros adquirentes de buena fe están protegidos por el artículo 3430 Ver Texto ; pero el poseedor es responsable de los daños y perjuicios que el acto ocasione al reaparecido.

1117/11800

301 bis.— La acción del ausente para reclamar la restitución de los bienes, es imprescriptible. Cualquiera que sea el tiempo transcurrido, bien desde la ausencia, bien

desde la reaparición, aquél puede pedir sus bienes puesto que, según ya lo hemos dicho reiteradamente, la posesión de la herencia por sus sucesores requiere como condición esencial la existencia de una presunción de fallecimiento. Demostrado que el ausente vive, el poseedor no tiene título para retener los bienes (ver nota 22).

1117/10650

4.— Otros efectos de la presunción del fallecimiento

1117/302

302. DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL (ver nota 23).— En el régimen del Código, que la ley de matrimonio civil mantuvo, la ausencia, por más prolongada que fuera, en ningún caso podía afectar el vínculo matrimonial (art. 83 , ley de matrimonio civil). Esta solución, inspirada en la preocupación de mantener incólume el principio de la indisolubilidad del vínculo, era excesivamente rígida y sus consecuencias injustas. Incluso iba más allá de lo que el propio derecho canónico establece. El Obispo puede autorizar el nuevo casamiento, siempre que exista certeza moral del fallecimiento (instrucción del Santo Oficio del 13 de marzo de 1868); no se exige plazo determinado y se admite toda clase de pruebas, apreciadas libremente por el Obispo.

No resultaba, por tanto, lógico ni prudente que nuestra legislación civil fuera más allá que la propia Iglesia Católica, en lo que atañe a la indisolubilidad del vínculo. El artículo 83 se hizo acreedor a justas críticas, que la ley 14394 acogió.

El artículo 31 Ver Texto establece, en efecto, que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento autoriza al cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraer estas segundas nupcias.

En el sistema de la nueva ley, la declaración de fallecimiento no produce ipso jure la disolución del vínculo; solución razonable, pues el otro cónyuge puede no tener ningún interés en esa disolución o, por el contrario, tenerlo en que se mantenga el vínculo. Pero está autorizado a contraer nuevo matrimonio; y celebrado éste, queda disuelto el anterior.

1117/11810

302 bis. REAPARICIÓN DEL AUSENTE.— ¿Qué ocurre si después de realizado el segundo matrimonio reaparece el ausente? Este problema, que ha dado lugar a soluciones contradictorias en la legislación comparada (véase núm. 303), ha sido resuelto por nuestra ley en favor del segundo matrimonio, cuya validez se mantiene, no obstante su reaparición (art. 31 Ver Texto , ley 14394). Nos parece un verdadero acierto. Los nuevos vínculos y afectos deben ser preferidos a los pretéritos; tanto más cuanto que es posible que el nuevo matrimonio haya tenido hijos, que, de pronto, se verán en la dolorosa situación de ver destruido su hogar.

ARAUZ CASTEX piensa, empero, que debe reconocerse al ausente y al cónyuge que contrajo nuevas nupcias, la posibilidad de plantear la nulidad del segundo matrimonio, puesto que el hecho que concurría como requisito para disolver el primero (fallecimiento del cónyuge) resultó falso (ver nota 24). Disentimos con tal opinión: a) En primer término la ley establece muy claramente que la reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio; no nos parece convincente la afirmación de que el texto legal sólo alude a la nulidad ipso jure y no a la pedida por las partes; b) En segundo lugar, la solución de mantener en todo caso el nuevo vínculo, es a nuestro juicio la mejor. No es posible que este nuevo matrimonio esté herido de muerte ab-initio, que pese sobre él una permanente amenaza de nulidad. Es verdad que donde hubo fuego, cenizas quedan y que la reaparición del ausente, puede hacer revivir sentimientos que se creían muertos. Pero si tales sentimientos son respetables, más lo son los del segundo esposo y los de los hijos de esta unión, quienes, como dijimos, verían destruido su hogar.

Es claro que debe reconocerse al reaparecido la acción de nulidad fundada en que los requisitos de la declaración de su fallecimiento fueron falsamente invocados o demostrados; así, por ejemplo, si prueba que el cónyuge sabía que él existía (ver nota 25).

La solución que preconizamos es tanto más razonable luego de que la ley 23515 admitió en nuestra legislación el divorcio vincular.

1117/303

303. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En las legislaciones extranjeras se ha admitido, salvo excepciones, que el cónyuge del ausente puede casarse. En algunos países se disuelve el vínculo: Chile (art. 38, ley mat. civ.); Ecuador (art. 21, ley mat. civ.); Holanda (arts. 523 y sigs., Cód. Civ.); Alemania (arts. 1348 y sigs., Cód. Civ.); Italia (art. 65). Es también la solución del common law, según la cual pueden contraerse nuevas nupcias transcurridos siete años de ausencia. En otros países el problema se resuelve por vía del divorcio ad vinculum: Uruguay, Perú, México, Suiza, Rusia.

Los códigos alemán e italiano no sólo admiten el nuevo casamiento, sino que prevén también las consecuencias de la reaparición del ausente. En el Código italiano, el nuevo matrimonio es nulo, quedando a salvo sus efectos civiles (art. 68). En el alemán, el nuevo matrimonio subsiste a pesar de la reaparición; pero cualquiera de los nuevos cónyuges —no el reaparecido— tiene derecho a pedir su anulación, derecho que sólo se puede ejercer dentro de los seis meses del momento en que el cónyuge impugnante tuvo noticias de la reaparición y siempre que al momento del casamiento no supiera de su existencia (art. 1350).

1117/304

304. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.— Desde el momento en que se declara la ausencia con presunción de fallecimiento y aun cuando todavía no hayan transcurrido los plazos para la posesión definitiva, el cónyuge presente tiene derecho ya sea a asumir la administración de todos los bienes comunes, ya sea a pedir la separación de bienes (arts. 1307 Ver Texto - 1309, Cód. Civ.). Pero transcurridos los plazos de la posesión definitiva, la disolución se opera ministerio legis, sin que quepa oposición del otro cónyuge (art. 30 Ver Texto , ley 14394).

Supuesto que el cónyuge presente hubiere optado por continuar administrando la sociedad conyugal hasta el momento de la posesión definitiva, su derecho caduca y la sociedad debe disolverse, si contrajere nuevas nupcias (ver nota 26). No se justificaría, en efecto, la pretensión del cónyuge presente de seguir administrando la sociedad conyugal, cuando ya el matrimonio que le servía de sostén ha desaparecido; a lo que se añadirían los graves problemas originados en la coexistencia de dos sociedades conyugales simultáneas.

1117/305

305. MOMENTO EN QUE SE PRACTICA LA LIQUIDACIÓN.— La liquidación de la sociedad conyugal debe retrotraerse al día presuntivo del fallecimiento, puesto que en él se abre la sucesión del ausente (art. 28 Ver Texto , ley 14394). Los bienes gananciales existentes en ese momento son los que deben liquidarse entre el cónyuge presente y los sucesores del ausente. Pero esta regla está sujeta a las siguientes salvedades:

1) El cónyuge presente no responde por los gananciales cuya administración le está legalmente reservada, si hubiera dispuesto de ellos entre el día presuntivo del fallecimiento y el de la declaración de ausencia. En efecto, hasta este día él tenía derecho a administrar y disponer libremente de esos bienes, sin obligación de rendir cuentas, y esos poderes no sufren ninguna restricción hasta la sentencia que declara la presunción del fallecimiento. Pero si no hubiera dispuesto de ellos y existieran en el momento de la declaración de la ausencia, deben partirse. En iguales condiciones se encuentran los frutos y productos de los

bienes propios de la mujer ausente, si el marido tuviere mandato tácito de administración, de conformidad con la ley 11357 .

2) Durante ese mismo lapso los bienes del ausente, sean propios o gananciales, deben contribuir a las cargas del hogar, educación de los hijos y conservación de los bienes comunes (art. 6º Ver Texto , ley 11357).

3) Si el cónyuge presente optare por asumir la administración de la sociedad conyugal hasta el momento de la posesión definitiva, los bienes que hubieran correspondido al ausente deben contribuir a las cargas aludidas en el párrafo anterior.

Para un estudio más detallado de estos problemas, remitimos al Tratado de Derecho Civil, Familia.

1117/306

306. PATRIA POTESTAD.— La declaración de muerte presunta, sea de alguno de los padres o del hijo, extingue la patria potestad. En cambio, la simple ausencia del padre o madre, hasta la sentencia que declara el fallecimiento presunto, sólo produce la suspensión de su ejercicio (art. 309 Ver Texto , Cód. Civ.). La simple ausencia del hijo no influye sobre los atributos inherentes a la patria potestad, tales como la administración y el usufructo de sus bienes, la representación legal, etcétera (ver nota 27).

La tutela y la curatela concluyen con la presunción de fallecimiento del representante o del incapaz (ver nota 28).

1117/307

307. ALIMENTOS.— La obligación de pasar alimentos cesa desde que el beneficiario ha desaparecido sin que se tengan noticias ciertas de él (ver nota 29). Si el desaparecido es el alimentante, la obligación sólo cesa a partir de la declaración del fallecimiento presunto, no ejerciendo ninguna influencia en esta cuestión el día de la muerte presunta (ver nota 30) (en concordancia con esta solución, véanse arts. 50, ap. 4 y 63, ap. 3 del Cód. Civ. italiano).

1117/308

308. SUPUESTO DE DESAPARICIÓN FORZADA.— La desaparición de numerosas personas durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983) dio lugar a la sanción de la ley 24321 , promulgada el 8/6/1994, destinada a dar solución a los casos de desaparecidos antes del 10 de diciembre de 1983. Es decir, se trata de una ley eminentemente temporaria y de campo de aplicación limitado.

Se entiende por desaparición forzada de personas cuando se hubiese privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido de la desaparición de la víctima, o si ésta hubiese sido alojada en lugares clandestinos de detención, o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción (art. 2º Ver Texto). Para justificar la desaparición basta con la denuncia ya presentada ante autoridad competente, la ex-Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas o la Subsecretaría de Derechos Humanos (art. 2º Ver Texto).

Se prevé un trámite sumarísimo ante el juez competente, cumplido el cual se publicarán edictos por sesenta días, transcurridos los cuales se procederá a declarar la ausencia por desaparición forzada, fijándose como día presuntivo de ella el día de la denuncia hecha ante el organismo competente o en su caso, la última noticia fehaciente, si la hubiere, sobre el desaparecido (art. 6º Ver Texto).

Los beneficios otorgados por el Estado a los familiares de los desaparecidos, han sido reglamentados por las leyes 24411 y 24499 .

(nota 1) De acuerdo en que éste es el significado de la reforma legal: LLAMBÍAS, t. 1, n° 1006; LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, n° 1076-A.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1078; BUSSO, t. 1, coment. art. 118, n° 12; ORGAZ, Personas individuales, p. 74. En el mismo sentido la generalidad de la doctrina francesa.

(nota 3) De acuerdo: BUSSO, t. 1, coment. art. 118, n° 15; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1079; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 1049. En nuestra 1ª edición (t. 1, núm. 272) habíamos sostenido la opinión contraria, de que los acreedores no tenían derecho, en ejercicio de la acción subrogatoria, para pedir la entrega a sus deudores de la posesión provisional. Esa opinión es la que aún hoy nos parece lógica dentro del régimen del Código, en que los poseedores provisionales eran meros administradores y en que estaban obligados a rendir fianzas. Pero en el sistema de la ley 14394 , en que los poseedores provisionales son verdaderos propietarios, la posibilidad de que los acreedores puedan ejercer la acción subrogatoria es indiscutible.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 19/5/1933, J.A., t. 42, p. 166; íd., 29/11/1933, J.A., t. 44, p. 195; íd., 23/8/1935, J.A., t. 51, p. 551; íd., 22/7/1946, L.L., t. 43, p. 576; Sup. Corte Tucumán, 2/9/1937, L.L., t. 11, p. 387. De acuerdo: BUSSO, t. 1, coment. art. 118, n° 22; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1075; ORGAZ, Personas individuales, p. 74.

(nota 5) BUSSO, t. 1, coment. art. 118, n° 28; SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 496, n° 1084; LLAMBÍAS, t. 1, n° 1001.

(nota 6) De acuerdo: LLAMBÍAS, n° 1002; MORELLO, La declaración de ausencia, nota 87, quien sostiene que el juez puede pedir fianzas, descansando en las disposiciones de los códigos procesales locales.

(nota 7) De acuerdo: BUSSO, t. 1, coment. art. 121, n° 14; LLAMBÍAS, t. 1, n° 1008; ARAUZ CASTEX, n° 744.

(nota 8) LLAMBÍAS, t. 1, n° 1031; ARAUZ CASTEX, n° 758.

(nota 9) Así lo sostuvimos en nuestra 1ª edición, de acuerdo con SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1101, y ORGAZ, Personas individuales, p. 79; BUSSO, t. 1, coment. art. 119, n° 16 y s.; SPOTA, t. 1, vol. 3.1, n° 1065, pensaban en cambio que era posible reconocerles todos los frutos como poseedores de buena fe.

(nota 10) LLAMBÍAS, t. 1, n° 1034.

(nota 11) En contra: SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 1020.

(nota 12) De acuerdo: LLAMBÍAS, Parte General, n° 1021; MORELLO, La declaración de ausencia, n° 71.

(nota 13) Sostienen en cambio, que la prenotación caduca automáticamente, LLAMBÍAS, t. 1, n° 1024; ARAUZ CASTEX, n° 743.

(nota 14) BUSSO, t. 1, coment. art. 124, n° 5; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1122.

(nota 15) BUSSO, t. 1, coment. art. 124, n° 20; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 1, n° 623; LAURENT, 4ª ed., t. 2, p. 227. En contra: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1120.

(nota 16) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, n° 1038.

(nota 17) ARAUZ CASTEX coincide con nosotros en que los frutos percibidos pertenecen al poseedor de buena fe (núm. 761). LLAMBÍAS, en cambio, demuestra que la palabra consumidos no ha sido un error material deslizado al legislador (tal como lo sugiriéramos nosotros en nuestra 3ª edición), sino que ha sido asentada así deliberadamente; y defiende el sistema con argumentos que nos parecen convincentes (núm. 1040).

De cualquier modo, es indudable que hay que salvar la contradicción entre el art. 31 Ver Texto , según el cual los frutos no consumidos no pertenecen al poseedor, y el art. 32 Ver Texto , según el cual le pertenecen (puesto que así resulta de su carácter de poseedor de buena fe que esta disposición, con razón, le atribuye). Y creemos que esta contradicción no puede ser resuelta sino en el sentido que indicamos en el texto, que no sólo es preferible desde el punto de vista de la equidad, sino que es el que permite guardar coherencia con las soluciones aceptadas para el poseedor durante el período de prenotación y, en general, para el poseedor de buena fe.

(nota 18) BUSSO, t. 1, coment. art. 124, n° 22 y s. De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, n° 1048.

(nota 19) Compárese: BUSSO, t. 1, coment. art. 124, n° 24 y s.

(nota 20) De acuerdo: BUSSO, t. 1., coment. art. 124, n° 26; LLAMBÍAS, t. 1, n° 1048.

(nota 21) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, n° 1032.

(nota 22) LLAMBÍAS, t. 1, n° 1043; MACHADO, t. 1, p. 217; LLERENA, t. 1, p. 268; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1133.

(nota 23) BIBLIOGRAFÍA: ARAUZ CASTEX, Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 733 y s.; DÍAZ, G., La ausencia con presunción de fallecimiento y la disolución del matrimonio, J.A., 1948-II, sec. doct., p. 96; LAJE, E., La ausencia con presunción de fallecimiento y la disolución del matrimonio, Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, setiembre-octubre, 1951, ps. 1133 y s.; HERRERO MENDOZA, L., La disolución del matrimonio por la muerte presunta del ausente, Caracas, 1945; DONATI, B., L'exigenza storica della dissolubilità del vincolo nuziale del ausente, Torino, 1911; CASTIONI, G. B., Sorte del matrimonio in caso de morte presunta, Milano, 1925; DEGNI, F., Le persone fisiche, ps. 89 y s., n° 29.

(nota 24) ARAUZ CASTEX, Derecho Civil, Parte General, nº 757. De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, nº 996.

(nota 25) ARAUZ CASTEX, loc. cit. en nota anterior; LLAMBÍAS, loc. cit. en nota anterior.

(nota 26) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1., nº 1011.

(nota 27) De acuerdo en todo lo que se dice en este párrafo: LLAMBÍAS, t. 1, nº 1014.

(nota 28) ORGAZ, A., Personas individuales, p. 73.

(nota 29) LLAMBÍAS, t. 1, nº 1016.

(nota 30) LLAMBÍAS, t. 1, nº 1016.

(TRATADO DE DERECHO CIVIL - SUCESSIONES - Tomo II)

1117/10660

CAPÍTULO VII - ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

1117/309

309. CONCEPTO.— La persona natural, por el hecho de existir, tiene la protección del derecho. Esta protección se manifiesta de diversas formas; ante todo, se le reconocen ciertos atributos jurídicos, que se estiman inseparables de ella. Estos atributos son: los derechos de la personalidad, el nombre, el estado, la capacidad y el domicilio.

1117/10670

I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD (ver nota 1)

1117/310

310. NATURALEZA JURÍDICA.— Se llaman derechos de la personalidad aquellos que son innatos al hombre como tal y de los cuales no puede ser privado. Así, por ejemplo, el derecho a la vida, al honor, a la libertad, a la integridad física.

Alrededor de la naturaleza jurídica de estos derechos se ha suscitado una ardiente polémica. Incluso ha llegado a negarse que sean derechos en sentido propio. En apoyo de este punto de vista, se hacen los siguientes argumentos: a) para que exista un derecho subjetivo es indispensable la existencia de un deber correlativo; frente al acreedor, existe siempre un deudor, de quien se puede exigir el cumplimiento de una obligación; en cambio, frente a los llamados derechos de la personalidad, no existe ningún sujeto pasivo; b) todo derecho requiere un objeto sobre el cual recaer; pero, en nuestro caso, el objeto del derecho vendría a ser el propio sujeto, ya que el honor, la vida, no pueden separarse de la persona humana, puesto que la integran; la personalidad es el presupuesto de todo derecho y, por consiguiente, no puede ser un derecho en sí misma; c) estos pretendidos derechos no tienen modos de adquisición, transferencia o extinción (ver nota 2). La vida, el honor, la libertad, la integridad física no serían sino bienes jurídicamente protegidos.

Estas objeciones no nos parecen decisivas. En lo que atañe al deber correlativo a los derechos de la personalidad, consiste en la obligación que pesa sobre todos los integrantes de la sociedad, de respetar ese derecho; el sujeto pasivo no está determinado como en los derechos patrimoniales personales, pero no por eso deja de existir: exactamente en iguales condiciones se halla la propiedad, que es el derecho subjetivo por antonomasia. Tampoco es valedero el argumento derivado de la llamada falta de objeto de estos derechos. Si bien es cierto que idealmente, el honor, la libertad, la integridad física, deben integrar la personalidad humana, en la práctica puede darse perfectamente el caso de que una persona se vea privada de ellos. Son, por consiguiente, separables del sujeto. Y ese es precisamente el objeto sobre el que recaen estos derechos. Nada se gana con decir que son simplemente bienes jurídicamente protegidos; porque desde el momento en que se admite la existencia de un bien, se admite, asimismo, que ese bien es algo distinto del sujeto.

Más deleznable aún es el argumento derivado de que la legislación no dispone los modos de adquisición, transferencia, extinción, etcétera, de estos derechos. Eso no demuestra sino que se trata de derechos *sui generis*. Nacen y se extinguen con la persona, a semejanza de lo que suele ocurrir con algunos derechos de familia; inclusive hay numerosos derechos patrimoniales que no se pueden transferir ni ceder, y no por ello dejan de ser derechos.

Creemos que esta discusión acerca de si existen o no los derechos de la personalidad, debe considerarse superada. Los juristas podrán sostener sobre este punto cualquier teoría; pero nadie dejará por ello de hablar de su derecho a la vida, a la libertad, al honor. Está bien que así sea; no hay ninguna impropiedad jurídica; es, además, una afirmación de principios y una defensa de la personalidad humana frente a los avances del poder público. Quizá nunca

como en este caso sea más plena de verdad y de dignidad la palabra “derecho”. Hora es ya, dice BALLESTERO, de que se deje de hacer girar cuanto en Derecho se quiera proteger, en torno a las ideas de propiedad y contrato (ver nota 3).

1117/311

311. CARACTERES.— De la circunstancia de que estos derechos están vinculados con la misma personalidad humana, surgen los siguientes caracteres:

- a) Son innatos, es decir, se adquieren con el nacimiento.
- b) Son vitalicios, puesto que duran tanto como la vida del titular.
- c) Son inalienables, porque no están en el comercio jurídico y no pueden ser objeto de renta, cesión o transferencia.
- d) Son imprescriptibles, pues no se adquieren ni pierden por el transcurso del tiempo o el abandono que de ellos se haga.
- e) Son absolutos, en el sentido de que se pueden oponer erga omnes.
- f) Tienen carácter extrapatrimonial por más que a veces el ataque o violación de ellos tenga repercusiones de índole económica.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: CIFUENTES, Derechos personalísimos, Buenos Aires, 1973; RIVERA, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, t. 2, ps. 7 y s.; LLAMBÍAS, t. 1, n° 371 y s.; ORGAZ, Personas individuales, ps. 118 y s.; DIEZ DÍAZ, Los derechos físicos de la personalidad, Madrid, 1963; PERREAU, Les droits de la personnalité, Revue Trimestrielle, 1909, ps. 501 y s.; DEGNI, F., Le persone fisiche, ps. 161 y s., n° 55 y s.; DE CUPIS, I diritti de la personalità, Milano, 1959; DE RUGGIERO, R., Instituciones de derecho civil, trad. esp., t. 1, ps. 223 y s.; FADDA Y BENZA, nota a las Pandectas de Winscheid, t. 1, ps. 601 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 424 y s.; VON TUHR, A., Derecho Civil, ed. Depalma, t. 1, ps. 187 y s.

(nota 2) En este sentido: ORGAZ, Personas individuales, ps. 121 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 424 y s.

(nota 3) BALLESTERO, cit. por CASTÁN VÁZQUEZ, Anuario de Derecho Civil, Madrid, enero-marzo 1960, p. 11, nota 37.

1117/10680

A.— DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA (ver nota 1)

1117/312

312. DERECHO A LA VIDA.— Es desde luego, el derecho primario, el que comprende todos los otros, el bien supremo, condición indispensable para que el hombre cumpla su destino. Está consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 4º Ver Texto), incorporado a la Constitución Nacional; y está protegido por el derecho penal, que sanciona el homicidio y las lesiones (arts. 79 Ver Texto y sigs., Cód. Pen.) y por el civil (indemnización en caso de muerte, derecho a los alimentos, etc.).

Puesto que la vida humana comienza desde su concepción (véase núm. 224), se ha declarado que el responsable de un accidente a consecuencia del cual la madre abortó, debe indemnizarla por los perjuicios patrimoniales y morales (ver nota 2); que la mujer embarazada pueda reclamar alimentos, aunque ella por sí no tenga derecho, cuando le correspondan al hijo concebido en su seno (véase núm. 476).

312-1. EL ABORTO.— Uno de los graves problemas de nuestros días, es el aborto. La liberalidad de las costumbres contemporáneas, ha hecho frecuentísimos los embarazos desde muy temprana edad. Las madres solteras adolescentes, bien sea por el temor al repudio social, bien sea porque no se sienten con ánimo para afrontar los problemas que significa la crianza y educación de un hijo, recurren con frecuencia al aborto en cuanto se sienten embarazadas. Y lo mismo hacen las mujeres casadas o que viven en una situación estable de pareja que, cuando cualquiera sea el motivo, no quieren tener el hijo que late en su seno.

El número estimado de los abortos es impresionante, aunque no existen sobre el punto estadísticas seguras, tanto más cuanto que la mayoría de ellos se hacen en forma clandestina. En vista de ello, algunos países han legalizado el aborto; así ocurre en Estados Unidos, Suecia, Noruega, Dinamarca, Francia, España, Inglaterra, etcétera. Ello contradice gravemente la preocupación universal por el amparo de los derechos humanos. Porque a

partir de su concepción, el ser es una nueva persona y por consiguiente, debe gozar en plenitud de los derechos de tal.

Se aduce como justificación, el derecho de la madre a disponer de su propio cuerpo; pero es que en el caso, no se trata de disponer del cuerpo de la madre, sino de la vida del hijo.

En nuestro derecho, la solución es clara: puesto que la vida comienza desde su concepción, desde ese momento empieza también la protección de la persona. El aborto está incriminado como delito (art. 85 Ver Texto , Cód. Pen.). Empero, existen dos supuestos en que no es punible: a) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer encinta y con su consentimiento, siempre que dicho peligro no pueda ser evitado por otros medios; b) si el embarazo proviene de una violación o bien de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (art. 86 Ver Texto , Cód. Pen.) (ver nota 3).— No es infrecuente que una persona, cansada de sus sufrimientos, decida dejarse morir y rechace todo tratamiento médico. ¿Cuál es la actitud a seguir por el médico, por los familiares del enfermo? ¿Deben tratar de salvarle la vida aun en contra de su voluntad?

El Pacto de San José de Costa Rica establece que la vida de todo ser humano debe ser respetada a partir del momento de la concepción (arts. 1º Ver Texto y 4º Ver Texto y ley 23849, art. 2º Ver Texto , incorporados hoy a la Constitución Nacional, art. 75 Ver Texto , inc. 22).

312-2. DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD (ver nota 4).

Es necesario ante todo, tener en cuenta que la ley 17132 sobre ejercicio de la medicina, dispone que los médicos deben respetar la voluntad de los pacientes en cuanto a su negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delito (art. 19 , inc. 3º). Adviértase que en algunos de los casos mencionados, no falta conciencia del enfermo y, sin embargo, al tenor de la letra de la ley, parecería que el médico puede tratarlo aun en contra de su voluntad. Además esta norma está dirigida a los médicos, pero cabe preguntarse si la mujer, los hijos del enfermo, no tienen el derecho a pedir judicialmente que se lo obligue a someterse a un determinado tratamiento médico para salvarle la vida.

Algunos casos resueltos por nuestros tribunales, ilustran la cuestión.

En uno de ellos se trataba de un enfermo que, como consecuencia de una infección, tenía gangrena en una pierna; de acuerdo con la opinión médica, la única forma de salvarle la vida era amputándole el miembro gangrenado. Ante la negativa del enfermo a someterse a la amputación, su hijo demandó judicialmente para que se lo obligara a hacerlo. La Sala H

de la Cámara Civil de la Capital rechazó el pedido, considerando que el enfermo tenía pleno derecho a tomar una decisión que evitaba una prolongación de la vida llena de deficiencias, limitaciones y sufrimientos (ver nota 5).

En otro caso se trataba de un enfermo cuya vida dependía de una transfusión de sangre; pero pertenecía a los Testigos de Jehová que prohíbe terminantemente a sus devotos someterse a dicha transfusión. Los familiares reclamaron judicialmente se lo obligara a someterse a dicho tratamiento. En primera y segunda instancia se decidió obligar al enfermo a recibir la transfusión, porque su negativa importaba un “suicidio lentificado” según lo dijo la Cámara de Comodoro Rivadavia. Apelada esta sentencia ante la Corte Suprema Nacional, el caso llegó a su decisión cuando el enfermo, en contra del pronóstico médico, había curado, razón por la cual el Tribunal juzgó por estrecha mayoría, que no cabía adoptar ninguna decisión en la causa. Empero, el dilatado trámite de la causa a lo largo de tres instancias hasta llegar a la Corte, demostró que si se presentaba en lo sucesivo otro problema análogo, la decisión definitiva llegaría tarde, por lo cual seis de sus miembros sentaron el principio de que no cabía obligar al enfermo a someterse a un tratamiento resistido por él, fundándose algunos en el derecho de señorío sobre su propio cuerpo, otros poniendo el acento en el debido respeto a sus creencias religiosas (ver nota 6). El cumplimiento de la orden judicial salvó la vida a la madre. Creemos que las circunstancias tan peculiares del caso, justificaban la solución adoptada por el tribunal. Aquí no se trataba tan sólo de la vida de la madre, sino también del futuro hijo recién nacido que hubiera quedado huérfano. La oposición materna a la transfusión dejaba de ser respetable.

En ambos casos se reconoció el derecho a morir con dignidad. Es, nos parece, un derecho incontrovertible. No puede obligarse a nadie, en contra de su voluntad conciente, a someterse a un tratamiento que implique sufrimientos, limitaciones, disminución de su calidad de vida o que violenten sus convicciones religiosas.

Empero, otro caso resuelto por nuestros tribunales, demuestra que la cuestión no es sencilla. Una mujer había dado a luz en un parto muy difícil y con gravísima pérdida de sangre. Ella y su marido eran también Testigos de Jehová y se opusieron a la transfusión de sangre indispensable para salvarle la vida. El padre recurrió a la justicia mediante un recurso de amparo y logró que se ordenara al director del hospital que le practicara la transfusión bajo apercibimiento de desobediencia (ver nota 7).

La Iglesia Católica, tan celosa del respeto de la vida humana, se ha pronunciado en el sentido de que no se puede imponer a nadie la obligación de recurrir a un tipo de cura que no esté libre de peligros o sea demasiado costosa. Su rechazo, sostiene, no equivale al suicidio; significa más bien una simple aceptación de la condición humana (ver nota 8)

312-3.— El problema se hace aún más complejo cuando el enfermo se encuentra en estado de inconciencia o cuando se trata de un demente o de un menor que carece de discernimiento. La ley 17132 prevé el caso de operaciones mutilantes y dispone que los médicos no podrán hacerlas sin la conformidad del representante del incapaz, salvo que la gravedad del caso no admitiera dilaciones (art. 19 , inc. 3°).

Ocurre a veces que los enfermos entran por largo tiempo en estado vegetativo, y son mantenidos en vida por procedimientos mecánicos. El problema se planteó en los Estados Unidos en dos casos famosos: el de Karen Quinian, mujer joven, que estuvo siete años en estado vegetativo como secuela de una sobredosis de drogas, y era mantenida con vida en un respirador artificial; y el de Nancy Cruzan, mujer de 32 años que estuvo en igual estado durante ocho años como consecuencia de un accidente de automóvil. En ambos casos los padres pidieron autorización judicial para suspender el tratamiento, con resultado diverso: en el primero, se autorizó la suspensión en tanto que en el segundo, la Suprema Corte de Estados Unidos la negó (ver nota 9). Pensamos que lo resuelto en el último caso por ajustada mayoría (cinco votos contra cuatro), es una solución deshumanizada. Cuando el estado vegetativo se ha prolongado por largos años; cuando a juicio de los médicos la recuperación plena es imposible, el mantenimiento indefinido de ese estado importa una verdadera crueldad (ver nota 10).

312-4.— No hay que confundir la suspensión de un tratamiento con la eutanasia (muerte dulce, muerte piadosa). En ésta hay una intención de matar, por más que el propósito del homicida sea aliviar al enfermo de sus sufrimientos (ver nota 11), mientras que en la suspensión de un tratamiento, cuando no existen esperanzas razonablemente fundadas de recuperación plena, no hay otra cosa que dejar que la vida siga su curso natural. Así como aprobamos la decisión de suspender el tratamiento en este caso, no puede sino reprocharse la eutanasia.

No cabe duda de que ella debe ser encuadrada dentro de la figura penal del homicidio (arts. 79 Ver Texto y sigs., Cód. Pen.), lo que no excluye, dice con razón RIVERA, que dadas las características de la situación, puedan ser invocadas y valoradas circunstancias extraordinarias atenuantes o un estado de emoción violenta excusable, con vistas a la graduación de la pena (ver nota 12).

1117/313

313. DERECHO A LA INTEGRIDAD CORPORAL.— Este derecho está íntimamente vinculado con el anterior. La protección jurídica de la integridad corporal y la salud de las personas está contenida ante todo en el Código Penal (arts. 89 y sigs.); también está protegida por el derecho civil que obliga a indemnizar los daños y perjuicios resultantes de lesiones físicas y que sanciona de nulidad los actos y contratos que vulneran este derecho. Empero es éste un problema que ha dado lugar a múltiples dificultades. En algunos casos,

el consentimiento de la persona afectada en su integridad física excluye el delito y convalida el acto jurídico; en otros, en cambio, el consentimiento del lesionado no produce ningún efecto. Sobre la validez y nulidad de estos contratos, véase número 864.

Se vincula también con este derecho, el problema planteado por ciertas pericias médico-legales. Así, se ha decidido que el demandado en un juicio de filiación no puede ser obligado a someterse al examen sanguíneo (ver nota 13); que en los juicios de nulidad de matrimonio, no es posible exigir el examen físico para demostrar la impotencia del cónyuge (ver nota 14). Sin embargo, algunas legislaciones imponen al autor presunto y a la víctima de un accidente de tránsito, la obligación de someterse a un análisis de sangre para comprobar la presencia de alcohol en ella (ver nota 15).

En cambio, se admite el examen médico obligatorio para el otorgamiento del examen prenupcial (ver nota 16), y para la comprobación de la salud mental de un presunto demente (véase núm. 539).

El descubrimiento de ciertas drogas que, por aniquilamiento de la voluntad, permitirían obtener la confesión de los inculpados de un delito, ha dado lugar a controversias sobre su licitud (ver nota 17). Por fortuna, no se ha descubierto todavía este “suero de la verdad”; las experiencias con el pentotal no han producido los resultados que se esperaba. Pero no es improbable que ello ocurra. Si los recursos de que se vale la justicia para la indagación de la verdad han de ser decorosos, si se desea mantener el principio de derecho criminal de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, forzoso será rechazar un procedimiento que permita a jueces, policías y médicos hundirse en lo más íntimo de la conciencia humana y penetrar un recinto que está reservado a Dios.

1117/314

314. DERECHO A LA LIBERTAD.— Este derecho está protegido, ante todo, en la propia Constitución Nacional (art. 19 Ver Texto). El Código Penal castiga la reducción de una persona a servidumbre o a otra condición análoga, como también la privación de la libertad (arts. 140 Ver Texto y sigs.). El Código Civil reputa ilícitos los actos jurídicos que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia (art. 953 Ver Texto), o que implique la obligación de habitar siempre un lugar determinado, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero (art. 531 Ver Texto , inc. 1º), o que impongan mudar o no mudar de religión (art. 531 Ver Texto , inc. 2º), o casarse con determinada persona o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo o no casarse (art. 531 Ver Texto , inc. 3º), o vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con persona determinada, o separarse personalmente o divorciarse vincularmente (art. 531 Ver Texto , inc. 4º).

315. DERECHO AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD (ver nota 18).— Toda persona tiene derecho no sólo a que se respete su honor, sino también su vida íntima, su privacidad. Por ello, la Constitución Nacional, en su artículo 19 Ver Texto establece que las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Pero no sólo el Estado, por medio de cualquiera de sus órganos (sea el Poder Ejecutivo o los jueces) debe respetar ese derecho a la privacidad, a la reserva de la vida íntima. Ese deber pesa sobre todo ciudadano.

Con el propósito de hacer más efectiva la protección del derecho a la intimidad, se dictó la ley 20889 , cuya tramitación adoleció de serios defectos (ver nota 19) y que originó algunas críticas en su redacción. Ello motivó que poco después fuera derogada y reemplazada por la ley 21173 , que dispone incorporar al Código Civil, como artículo 1071 bis Ver Texto , el siguiente: El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación (ver nota 20).

Conviene destacar los aspectos principales de esta ley:

a) En primer lugar, basta la intromisión arbitraria, es decir, sin derecho, en la vida ajena, para desencadenar la responsabilidad.

b) No importa el medio usado. Los más peligrosos y perjudiciales para el agraviado, son la prensa, la radio y la televisión, por la enorme difusión que tienen estos medios de comunicación de masas. Pero basta cualquier otro, como puede ser un comentario o apreciación verbal o escrita, hechos ante un círculo reducido de personas.

Debe considerarse eximente de responsabilidad el asentimiento o la aquiescencia, expresa o tácita, de la persona afectada para que se hagan públicos o divulguen aspectos de su vida privada (ver nota 21). Y ciertamente, no se puede hacer valer este derecho a la privacidad para impedir la legítima actuación judicial, sea la causa civil o penal. Así, por ejemplo, los juicios de divorcio implican casi siempre la intromisión en aspectos de la vida privada

muchas veces muy dolorosos, no obstante lo cual es lícito invocar y probar la inconducta del cónyuge (por ej., el adulterio), para demandar el divorcio. Por eso la ley exige que la intromisión sea arbitraria, para generar responsabilidad.

c) El juez está facultado para ordenar el cese de la intromisión y la indemnización de los daños. Ambas medidas pueden acumularse. Asimismo, está facultado para ordenar, a pedido del agraviado, la publicación de la sentencia en un diario o periódico local.

315-1.— El derecho al honor y a la integridad moral, tiene también su amparo en el derecho penal: es así como están penados los delitos de calumnias (art. 109 Ver Texto), injurias (arts. 110 Ver Texto y sigs.) y los delitos contra la honestidad y el pudor (arts. 118 Ver Texto y sigs.).

Sobre el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia epistolar, su alcance y excepciones, véase tomo 2, números 954 y siguientes.

315-2. LIBERTAD DE PRENSA Y REAL MALICIA.— Uno de los problemas vivos de nuestro tiempo es la colisión que suele presentarse entre el derecho a la intimidad y el honor de las personas y la libertad de prensa. Ambos derechos han sido consagrados por la Constitución Nacional (arts. 14 Ver Texto y 19 Ver Texto) y el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 5º Ver Texto , inc. 1º, y 11 Ver Texto). Cabe preguntarse entonces qué ocurre cuando se produce dicha colisión, cuál de estos derechos deben prevalecer, a cuál debe dar su protección la justicia.

Procuraremos desbrozar este problema en los párrafos que siguen.

En un famoso precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos (“New York Times c/Sullivan”) se sentó la siguiente doctrina: a) la protección otorgada a las personas privadas que se han sentido ofendidas en su honor o su derecho a la intimidad, debe ser más intensa que la otorgada a los funcionarios públicos; b) los funcionarios públicos que han sido ofendidos en su honor y reclaman del medio de prensa el resarcimiento correspondiente, deben probar, no sólo que la noticia era falsa, sino también que el periodista que la publicó obró dolosamente (es decir, sabiendo que la noticia era falsa) o bien con temerario desinterés acerca de si era o no verdadera.

Esta real malicia no se exige respecto de los simples particulares no funcionarios públicos, a quienes les basta probar que la noticia es falsa.

Los fundamentos en que se apoya esta doctrina son esencialmente dos: a) la libertad de prensa hace al fundamento mismo del régimen democrático de gobierno, porque ella permite el contralor de la conducta de sus gobernantes, por lo cual debe prevalecer sobre otros derechos, también constitucionales, pero de menor jerarquía; b) los funcionarios públicos, precisamente porque lo son, tienen mayor posibilidad de acceder a los medios de comunicación de masas que un simple particular y, por lo tanto, de demostrar la falsedad de la imputación que se les hace.

Esta doctrina ha sido vivamente impugnada por la generalidad de nuestros civilistas. ZAVALA DE GONZÁLEZ dice que trasladar a la víctima la carga de la prueba del dolo o del temerario desinterés del periodista en averiguar la verdad, importa imponerle una prueba diabólica y una violación al artículo 1109 Ver Texto del Código Civil, según el cual basta la existencia de culpa; e importa una discriminación en contra de funcionarios y personas públicas en violación del principio de igualdad ante la ley (ver nota 22). RIVERA agrega que es falsa la idea que la libertad de prensa es una libertad institucional y que como tal, prevalece sobre cualquier otro derecho y a cuyo amparo se pretende la impunidad absoluta de la prensa, el derecho a mentir e injuriar, a inmiscuirse en la vida ajena. Y agrega que todos los derechos reconocidos por la Constitución están en pie de igualdad y, en caso de conflicto, los jueces deben tratar de armonizarlos teniendo en cuenta las circunstancias del caso (ver nota 23).

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha sido vacilante. Omitimos la enumeración de los distintos casos en que se ha tratado esta cuestión (tema que ha sido exhaustivamente tratado por VÁZQUEZ (ver nota 24) y en los trabajos citados en la nota 511, para ocuparnos del estado actual de dicha jurisprudencia.

En un importante estudio del ministro de la Corte Suprema, doctor Adolfo VÁZQUEZ, el autor da por sentado, después de un prolijo estudio de los votos de los integrantes del tribunal en diversas causas, que la doctrina de la real malicia está hoy admitida por la Corte. Pero hace una importante salvedad: a su juicio, la prueba de la real malicia no está sólo a cargo del funcionario agraviado, sino de ambas partes. Aduce en favor de su tesis que ésta no es sino una aplicación de la teoría procesal de la carga dinámica de la prueba (hoy aceptada casi unánimemente por nuestros tribunales), conforme con la cual dicha carga recae sobre ambas partes de un proceso y, principalmente, sobre la que está en mejor situación para producirla, que en nuestro caso indudablemente es el periodista. Agrega que poner todo el peso del onus probandi en cabeza del funcionario, obligaría a éste a producir una prueba verdaderamente diabólica. Concluye diciendo que ante tal estado de cosas, debe buscarse un adecuado equilibrio, que sin restar efectos a la doctrina de la real malicia, útil herramienta para contribuir al sostenimiento de la prensa libre, tampoco deje en indefensión al individuo de dimensión pública frente a una injusta agresión periodística, lo que se logra poniendo “solidariamente” la carga de la prueba en cabeza de ambas partes.

Consideramos que éste es un importante aporte a esta controvertida cuestión. Desde el punto de vista práctico, lo que verdaderamente importa de la doctrina de la real malicia, es la cuestión probatoria; poner sólo a cargo del funcionario ofendido la carga de la prueba del dolo o la malicia del periodista, es una palmaria y grave injusticia. Significa desproteger el derecho al honor de los funcionarios públicos, importa obligarlos a probar la malicia del periodista, a penetrar en su intención, lo que es prácticamente imposible. Como decía un juez de la época de Eduardo IV de Inglaterra “ni el mismo diablo conoce la intención del hombre” (ver nota 25).

Al funcionario afectado debe bastarle con probar la falsedad de la noticia; pero aun siéndolo, el periodista puede eximirse de la responsabilidad, probando que la publicó sobre la base de fuentes serias, es decir, que obró sin malicia.

En cambio, a los simples particulares no funcionarios, les basta con probar la falsedad de la noticia, sin que el periodista pueda excusar su responsabilidad demostrando que no obró con malicia.

Esta diferencia es a nuestro juicio razonable. Es indudable que actualmente, la prensa ejerce en la práctica, una función de contralor de la conducta de sus gobernantes, como también que los periodistas abusan de la libertad de que gozan, sin preocuparse de que las noticias que propagan sean falsas o verdaderas.

Pero no se trata sólo de noticias falsas. Puede ocurrir que se trate de hechos verdaderos pero que sean de cuestiones o acontecimientos íntimos sin interés público. En tal caso, el periodista que lo publique se hace pasible de los daños y perjuicios consiguientes (art. 1071 bis Ver Texto , Cód. Civ.; ver nº 315).

La garantía constitucional de la libertad de expresión sin previa censura no sólo se refiere a la prensa escrita, sino también a los otros medios de comunicación de masas, tal como la radio o la televisión; pero hay acuerdo general en que éstas tienen una protección más atenuada que la prensa escrita (ver nota 26), dado su mayor impacto social y la circunstancia de que sus efectos no pudieron ser previstos por nuestros constituyentes.

315-3.— En esta materia se planteó un delicado problema. Suele ocurrir a veces que el resarcimiento fijado por los jueces, se ve crecidamente superado por los beneficios económicos que logra quien propala una noticia que hiere la intimidad de una persona o afecta su honor. Así ocurre, por ejemplo, con las “biografías no autorizadas” relativas a personas importantes en la vida pública del país. Los autores especulan en que la venta del libro excederá con mucho la indemnización que tengan que afrontar, dado el interés que estos libros escandalosos (en los que se mezclan verdades y mentiras) despiertan en el público.

Para estos y otros supuestos, la jurisprudencia norteamericana ha elaborado la teoría de los daños punitivos, en cuyo caso se fija una suma que no sólo tiene carácter resarcitorio sino también el de un castigo para quien comete un acto repudiable (ver nota 27).

315-4. MEDIDAS CAUTELARES PARA IMPEDIR LA PUBLICACIÓN DE NOTICIAS LESIVAS AL HONOR O LA INTIMIDAD (ver nota 28).— Si la obligación de reparar el daño ocasionado por la publicación de noticias o informaciones lesivas al derecho a la intimidad o al honor está fuera de discusión, en cambio es objeto de controversias si cabe, por vía de amparo, impedir la publicación de ellas.

Por una parte se arguye que toda prohibición preventiva importa una violación clara del artículo 14 Ver Texto de la Constitución Nacional, que prohíbe la censura previa. Se sostiene que esta prohibición tiene carácter absoluto. Cualquier remedio contra los abusos de la prensa debe consistir en sanciones tomadas a posteriori de la publicación.

Por la otra se sostiene que, como también la protección al honor y a la intimidad tienen carácter constitucional, los jueces deben considerar cada caso, valorando qué es lo que se debe priorizar en él, si la libertad de prensa o la protección del honor. La solución consiste en compatibilizar ambos derechos de modo que el ejercicio de uno no vaya en desmedro del otro.

Por nuestra parte, pensamos que en principio debe darse prioridad a la libertad de prensa, dada su importancia como garantía del régimen democrático; pero esta libertad no puede ser absoluta. Cuando es evidente que se está por cometer un hecho ilícito, los jueces no pueden dejar de tomar medidas preventivas, porque ello sería tanto como consentir y aun proteger la comisión de tales hechos. Y eso es contrario a la idea de justicia y del estado de derecho. Tanto más si se tiene en cuenta la realidad de nuestros días. Como lo ha dicho BOGGIANO, actualmente la información es propiedad que se compra y se vende; y ante los traficantes de la intimidad, el derecho debe proteger la vida privada (ver nota 29). Esta es la tesis largamente predominante en nuestra jurisprudencia y doctrina (ver nota 30).

Es también la solución predominante en el derecho comparado (art. 9º, Cód. Civ. francés, ref. por ley del 17/7/1970; Cód. Civ. suizo, art. 28, ref. por ley del 16/12/1983; Cód. Civ. polaco, art. 24, Cód. Civ. portugués, art. 70, inc. 2º; Cód. Civ. peruano, art. 17).

315-5. DERECHO DE RÉPLICA.— RIVERA define con claridad y precisión el derecho de réplica o respuesta, como el que atañe a toda persona que ha sido afectada en su personalidad como consecuencia de una noticia falsa, inexacta o desnaturalizada, inserta en un medio de prensa periódico, para hacer difundir por el mismo medio, gratuitamente y en

condiciones análogas, su versión de los hechos que dieron motivo a la noticia o comentario; y que en caso de negativa del medio, será resuelta su procedencia o improcedencia por el juez en proceso abreviado (ver nota 31).

Se trata de un derecho elemental, cuya justicia no puede discutirse seriamente. Es evidente el derecho que tienen las personas de aclarar o replicar noticias agraviantes que los afectan en su honor, cuando esas noticias o comentarios son inexactos o han sido desvirtuados.

La importancia de este derecho dio lugar a que fuera consagrado expresamente en el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la ley 23054 ; de ahí que nuestra Corte Suprema lo declarara vigente en nuestro país (ver nota 32), solución que, a mayor abundamiento, ha quedado ratificada al quedar aquel pacto incorporado a nuestra Constitución Nacional reformada en 1994 (art. 75 Ver Texto , inc. 22).

No obstante la aceptación prácticamente universal de este derecho, y su vigencia en nuestro país, no ha sido reglamentado todavía ni por el Congreso ni por el Poder Ejecutivo Nacional, no obstante que el Pacto de San José de Costa Rica lo obliga a hacerlo (art. 2º Ver Texto), debido a la tenaz oposición de los medios de prensa. Es lamentable, pues la falta de reglamentación conduce prácticamente a que este derecho tenga sólo una vigencia teórica. En efecto, para lograr que el periódico publique la respuesta o rectificación, se hace necesario seguir un juicio ordinario, que probablemente dure dos o tres años, y que la réplica se publique cuando ya la noticia o información ha caído en el olvido.

1117/316

316. EXHIBICIÓN DE LA IMAGEN (ver nota 33).— Consecuencia de este derecho a la intimidad, es el llamado derecho sobre la propia imagen, que suscita no pocas cuestiones en el Derecho moderno. La propaganda comercial y el periodismo sensacionalista han hecho nacer el problema. Es evidente el derecho de no servir como medio de propaganda de productos comerciales en contra de la voluntad del interesado y el no ser exhibido en retratos que afecten el decoro personal, por ejemplo, si se trata de instantáneas que han sorprendido un gesto o una pose ridícula. Pero no es posible tampoco coartar totalmente un medio de difusión e información como es la fotografía. Por eso la ley 11723, art. 31 Ver Texto dispone: El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o en su defecto, el padre o la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo, resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relaciona con fines científicos y didácticos y en general, culturales o con hechos o acontecimientos de interés público.

La última parte del artículo es demasiado amplia y parece comprender casos que evidentemente están excluidos de la autorización de reproducción; así, por ejemplo, debe considerarse ilícita la reproducción de una fotografía que ha sorprendido una pose ridícula o inconveniente (ver nota 34). Por iguales motivos, es ilícita la reproducción de caricaturas (ver nota 35). De igual modo es ilícita la reproducción de una fotografía aun con fines científicos, como por ejemplo, la ilustración de un libro de medicina, si se hace sin las precauciones indispensables para evitar la identificación del retrato (ver nota 36). En cambio, son lícitas las reproducciones de fotografías, retratos o esculturas de personas que han servido de modelo profesional al artista, pues el posar por dinero supone una autorización tácita para la exhibición (ver nota 37).

La jurisprudencia había resuelto de manera uniforme, que la reproducción de la imagen sin el consentimiento del interesado, sólo da lugar al resarcimiento del daño patrimonial, pero no del moral (ver nota 38), salvo que la reproducción llegara a configurar delito de injurias, en cuyo caso la reparación debía ser integral. Esa jurisprudencia se explicaba en el sistema del Código, en el que sólo en caso de delito de derecho criminal correspondía la indemnización del daño moral (art. 1078 Ver Texto); pero la modificación de este texto por la ley 17711 ha abierto amplio camino a la reparación de ese daño que, desde luego, es el que principalmente —aunque no exclusivamente porque también puede haber daño económico— está en juego en este caso.

La mera reproducción de la imagen con fines lucrativos es ilícita, aunque no se lesione su decoro o reputación y autoriza, como medida precautoria, a suspender la publicación (ver nota 39).

Cabe preguntarse si la reproducción en un periódico de la fotografía de un criminal es ilícita. El artículo 31 Ver Texto , ley 11723, en su último apartado, permite la reproducción en caso de que se trate de hechos de interés público. Ello autorizaría, a nuestro entender, la publicación de la fotografía del autor de un delito de acción pública, tanto más cuanto que ella puede facilitar la identificación del delincuente y es un medio de defensa social. En cambio, creemos que es ilícita la publicación del retrato del autor de un delito de acción privada, y mucho más, por cierto, la fotografía de la víctima (ver nota 40).

Quien ha consentido en la reproducción de su imagen, puede en cualquier momento revocar ese consentimiento, aun cuando se tratara de un contrato oneroso, pero debe resarcir los daños y perjuicios que pudieran resultar a la otra parte (art. 31 Ver Texto , ley 11723). Este derecho no es sino una consecuencia de la protección de la intimidad y del derecho al decoro.

Concedida la autorización para publicar la propia imagen, con un fin determinado, sólo puede publicarse con ese fin, y si lo hiciera para otro objeto, cabe reclamar la correspondiente indemnización. Los tribunales italianos registran un caso interesante. Un

actor cinematográfico autorizó a la compañía a reproducir su retrato en distintas escenas de la película, con destino a la revista Cinema-illustrazione; la dirección de la revista la remitió, a su vez, a los fabricantes de la Magnesia San Pellegrino para que la utilizaran como propaganda de su producto. La Corte de Apelación de Milán hizo lugar al pedido de indemnización (ver nota 41).

Si la persona retratada es incapaz, su consentimiento no es suficiente para la reproducción de su imagen, puesto que, en todo caso, se trata de un contrato, sea gratuito u oneroso, para el cual carece de capacidad, tanto más cuanto que de ello puede resultar un menoscabo a la dignidad o decoro del menor, todo lo cual está bajo el cuidado de sus representantes legales, únicos que pueden otorgar ese consentimiento (ver nota 42).

En el Anteproyecto de 1954 se resuelve así este problema: “Cuando la fotografía o el retrato de una persona o sus ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, se exponga o publique, sin autorización del propio interesado, el juez, a instancia de parte, hará cesar el abuso, sin perjuicio del resarcimiento de los daños a que hubiere lugar. No podrá impedirse la publicación del retrato o fotografía de una persona cuando responda a fines culturales o ponga de manifiesto, sin intención ofensiva, hechos o acontecimientos de interés general o que se hubiesen desarrollado en público” (art. 241).

1117/11820

316 bis.— Se vincula también con este derecho sobre la imagen, el problema de si es embargable un retrato. La cuestión tiene interés si el autor es un artista de renombre; el cuadro tendrá entonces un valor intrínseco, completamente independiente del retratado.

No obstante ello, consideramos que en la dilucidación del problema debe prevalecer siempre el respeto por la personalidad humana y que ese respeto no puede hacerse depender del valor económico del retrato. Si está prohibida la exhibición de la imagen sin el consentimiento del retratado, no se ve qué interés podrían tener los acreedores en embargar y ejecutar el cuadro, desde que nadie tendría derecho a exhibirlo ni pública ni privadamente (ver nota 43).

La solución varía, desde luego, si hubiese fallecido el retratado, sus padres, descendientes y cónyuge, que son las personas a quienes la ley 11723 confiere el derecho a permitir o negar la reproducción de la imagen.

Más compleja es la hipótesis de venta del retrato. Si la hubiera hecho el propio retratado, esa venta supone desde luego la autorización tácita para exhibirlo; la ley le reconoce derecho para revocar esa autorización, resarciendo a la otra parte los daños y perjuicios

consiguientes (ley 11723, art. 31 Ver Texto). Pero si aquél hubiera fallecido y la venta la realizare el heredero a quien tocó el cuadro en la partición ¿pueden los otros herederos — cónyuge, padres o descendientes— oponerse a la exhibición? Creemos que si la reproducción de la imagen tuviere fines sensacionalistas o una publicidad que pudiera afectar la memoria del muerto, cualquiera de aquellas personas puede oponerse; pero si se tratare de un retrato hecho por un autor de fama, adjudicado a uno de los herederos teniendo en cuenta su valor económico, éste puede disponer libremente de ese retrato transmitiendo a terceros derechos que no pueden ser retaceados por los otros herederos, aunque sean de los comprendidos en la ley 11723, artículo 31 Ver Texto .

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL: CIFUENTES, Los derechos personalísimos, Buenos Aires, 1954; BORREL MACIÁ, La persona humana, Barcelona, 1954; DIEZ DÍAZ, Los derechos físicos de la personalidad, Madrid; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Protección jurídica de la persona, Lima, 1992.

(nota 2) C. Civil, 1ª Cap., 25/8/1937, J.A., t. 50, p. 482, con nota de SPOTA.

(nota 3) Puede verse una severa crítica a estas excepciones admitidas en el Código Penal, en el trabajo de ZAVALA DE GONZÁLEZ, Aborto, persona por nacer y derecho a la vida, L.L., 1983-D, p. 1126;.

(nota 4) Puede verse sobre el tema: LEMON, La más secreta intimidad, L.L., diario del 5/11/1993; MAAS y DANIELIAN, El derecho a morir con dignidad, E.D., t. 89, p. 855; HOOF Y MANZINI, El caso Cruzan: ¿Eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico?, E.D., t. 149, p. 947; MONTTOYA, El derecho a morir, L.L., 1991-A, p. 1065.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala H, 21/2/1991, E.D., t. 144, p. 122, con notas aprobatorias de SANZ, BIDART CAMPOS y HERRENDORF, L.L., 1991-B, p. 363, con nota de BUSTAMANTE ALSINA.

(nota 6) C.S.N., 6/4/1993, L.L., 1993-D, p. 126, con nota de SAGÜÉS y J.A., nº 5860, p. 18, con nota de RIVERA.

(nota 7) 1ª instancia firme, 13/8/1975, L.L., 1976-A, p. 1, con nota de GUASTAVINO.

(nota 8) Documento sobre la eutanasia, de la Sagrada Congregación para la Conservación de la Fe, 1980; Nuevo Catecismo, pto. 2278.

Transcribimos a continuación un párrafo de LEMON sobre la vida y la muerte: “No sabemos qué abismo insondable es la vida, menos aún qué es la muerte. Lejanía infinita, inmóvil perfección, hemos sido creados para morir y nuestro río existencial va a dar a ese mar de eternidad. Acaso la muerte sea un beso de Dios en nuestra frente. O una piadosa manera de decir basta”, La más secreta intimidad, L.L., diario del 5/11/1993.

(nota 9) Puede verse una relación completa de estos casos en MONTTOYA, El derecho constitucional de morir, L.L., 1991-A, p. 1065; HOOF Y MANZINI, El caso Cruzan, E.D., t. 149, p. 947; LEMON, La más secreta intimidad, L.L., diario del 5/11/1993; MAAS Y DANIELIAN, El derecho a morir con dignidad, E.D., t. 89, p. 855.

(nota 10) En el Nuevo Catecismo de la Iglesia Católica se expresa: “La interrupción de tratamientos médicos onerosos, peligrosos o extraordinarios o desproporcionados a los resultados: puede ser legítima. Interrumpir los tratamientos es rechazar el encarnizamiento terapéutico. Con esto no se pretende provocar la muerte, se acepta no poder impedirla, las decisiones deben ser tomadas por el paciente, si para ello tiene competencia y capacidad o si no por los que tienen derechos legales, respetando siempre la voluntad razonable y los intereses legales del paciente” (punto 2278).

(nota 11) No está de más recordar que en las costumbres de nuestros viejos criollos, el acto de “despenar” (quitarle a una persona sus penas matándola), era servicio casi ineludible que debía prestarse al amigo.

(nota 12) RIVERA, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, t. 2, p. 35.

(nota 13) Véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 2, n° 732-733.

(nota 14) Véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, n° 197.

(nota 15) Así, por ejemplo, la ley francesa del 15/4/1954, arts. 11 y 13 y decreto del 18/6/1955.

(nota 16) Véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, n° 539.

(nota 17) Véase una síntesis de esta controversia en MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. 1, n° 629.

(nota 18) BIBLIOGRAFÍA: ORGAZ, Personas individuales, ps. 155 y s.; HEISE, A., La protección del honor en el derecho civil, Boletín del Inst. de Derecho Civil de Córdoba, año 5, n° 2 y 3, p. 492; KACEDAN, B., El derecho a la intimidad, Rev. Col. Abogados Rosario, 1932, p. 70 y 1933, p. 75; ARIAS, J., El derecho de privacidad, J.A., t. 66, sec. doct., p. 11; FERRARA SANTAMARÍA, Il diritto alla illesa integrità privata, Revista Diritto Privato, año 7, n° 3, ps. 168 y s.; RAMOS, Delitos contra el honor, Buenos Aires; SOLER, S., Delitos contra el honor, Anales Acad. Derecho Córdoba, año 1, ps. 230 y s.; CASTÁN VÁZQUEZ, El derecho al secreto de la correspondencia epistolar, Anuario de Derecho Civil, Madrid, enero-marzo, año 1960.

(nota 19) Sobre los defectos de procedimiento en la sanción de la ley 20889, véase: RISOLÍA, A propósito de la protección jurídica de la intimidad, E.D., t. 58, p. 1975; GUASTAVINO, La irregular tramitación de la ley protectora de la intimidad personal y los alcances de la invalidez, L.L., 1975-A, p. 1270.

(nota 20) BIBLIOGRAFÍA SOBRE LAS LEYES 20889 y 21173: ORGAZ, La ley sobre la intimidad, E.D., t. 60, p. 927; MOSSET ITURRASPE, El derecho a la intimidad, J.A., Doctrina 1975, p. 404; LEONFANTI, El derecho a la intimidad en la Argentina, L.L., 1975-B, p. 1319; CARRANZA, La ley Tróccoli y el derecho a la intimidad, J.A., Doctrina 1975, p. 240; CIFUENTES, El derecho a la intimidad, E.D., t. 57, p. 831; GOLDENBERG, Tutela jurídica de la vida privada, L.L., 1976-A, p. 576; CÁCERES, Derecho a la intimidad, L.L., 1978-B, p. 908.

(nota 21) De acuerdo: MOSSET ITURRASPE, op. cit. en nota anterior.

(nota 22) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, en Daños a las personas, ps. 473 y sig. De acuerdo: CIFUENTES, El honor y la libertad de expresión, L.L., 1993-B, p. 1161; PIZARRO, Responsabilidad civil en los medios de comunicación, ps. 223 y sig.; BUSTAMANTE ALSINA, El marco normativo dentro del cual debe ejercerse la libertad de prensa, L.L., 1992-B, p. 838; PASCUAL, nota en diario de E.D., del 28/4/1995; RIVERA, citado en nota siguiente; MAZZINGHI, Gabriel, E.D., nota al fallo 47.837; ANCAROLA, E.D., nota al fallo 47.782.

(nota 23) RIVERA, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 11, p. 275.

(nota 24) VÁZQUEZ, Libertad de prensa, diario de E.D., del 12/5/1997.

(nota 25) SALMOND, Jurisprudence on the theorie of the law, London, 1902, ps. 460, 148.

(nota 26) Doctrina que surge de los votos mayoritarios de los miembros de la C.S.N., 8/7/1992, E.D., t. 149, p. 265, con nota aprobatoria de EKMEKDJIAN; de acuerdo, BIDART CAMPOS, nota en J.A., 1986-IV, p. 40.

(nota 27) Sobre este tema puede verse el importante trabajo de PIZARRO, Daños punitivos, en Derecho de daños, Segunda parte, p. 287 y especialmente, p. 331.

(nota 28) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: RIVERA y MALICKI, Prohibición cautelar de la publicación de una biografía no autorizada, E.D., t. 151, p. 157; EKMEKDJIAN, En torno a la libertad de expresión, los programas humorísticos, las censuras previas, las injurias y otras yerbas, E.D., t. 149, p. 245; BIDART CAMPOS, La calificación previa y la licencia de la exhibición cinematográfica en razón de moralidad pública, J.A., 1968-IV, p. 40; PASCUAL, El derecho a la intimidad, E.D., diario del 8/4/1995; BUDANO ROIG, La libertad de prensa, la censura previa y el derecho a la intimidad, nota al fallo n° 48.583 de E.D.

(nota 29) BOGGIANO, su voto en el caso “Servini de Cubría”, C.S.N., 8/9/1992, E.D., t. 149, p. 257.

(nota 30) C.C.C. Fed. Cap. Sala II, 13/12/1991 (este fallo fue revocado por la C.S.N., pero la sentencia se fundó en circunstancias de hecho que en el caso juzgado, a juicio del Tribunal, hacían improcedente la prohibición previa de la transmisión televisiva, sin que el Tribunal sentase una doctrina genérica sobre la censura previa; antes bien, la mayoría de los votos afirmaron que la prohibición de la censura previa no tenía carácter absoluto: fallo citado en nota anterior); C.Civil Cap., Sala I, 24/6/1997, L.L. fallo n° 48.583; jueza de primera instancia en lo Civil, Dra. Elisa Díaz de Vivar, 13/1/1992, E.D., t. 51, p. 157 (en el caso se decidió prohibir la publicación de una biografía no autorizada de una célebre empresaria y diplomática, Amalia Lacroze de Fortabat); ZANNONI y BÍSCARO, Responsabilidad de los medios de prensa, n° 28; CARRANZA, Los medios masivos de comunicación y el derecho privado, p. 193; MOSSET ITURRASPE, El derecho a la intimidad, J.A., Doctrina 1975, p. 404; CIFUENTES, El derecho a la intimidad, E.D., t. 57, p. 831; RIVERA, MALICKI, EKMEKDJIAN, BIDART CAMPOS, PASCUAL, trabajos citados en la nota 517; declaración de la Comisión n° 1 de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en despacho suscrito entre otros por BOSSERT, Atilio A. ALTERINI, LÓPEZ CABANA y PIZARRO; BUDANO ROIG, nota al fallo n° 48.583 de E.D.; PIZARRO, El daño moral, § 75, p. 417.

(nota 31) RIVERA, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, n° 789.

(nota 32) C.S.N., 7/7/1992, E.D., t. 148, p. 339; id., 16/4/1998, L.L. fallo n° 97.170.

(nota 33) BIBLIOGRAFÍA: CIFUENTES, El derecho a la imagen, E.D., t. 40, p. 669; ORGAZ, Personas individuales, ps. 161 y s.; WASSERMANN, M., Protección al nombre y al retrato, L.L., t. 36, p. 982; MENDILAHARZU, La imagen de las personas y el derecho a la privacidad, L.L., t. 76, p. 794; BORREL MACIÁ, La persona humana, Barcelona, 1954, n° 42 y s.; DUSI, B., Del diritto all'immagine, Riv. Dir. Commerciale, 1907, II, ps. 431 y s.; RICCA BARBERIS, M., Il diritto alla propria figura, Riv. Dir. Commerciale, 1903, I, p. 101; POU, E., Protection des photographies dites instantanées, Revue Trimestrielle, 1912, ps. 389 y s.; DEGNI, Le persone fisiche, ps. 200 y s., n° 66 y s.; FERRARA, L., In torno al diritto della propria immagine, Giurisprudenza italiana, 1903, IV, vol. 279 y s.; FOUGEROL, La figure humaine et le droit, París, 1913; VERCELLONE, Questioni in torno al diritto all'immagine, Riv. di Dir. Commerciale, Milano, septiembre-octubre 1956, p. 371.

(nota 34) C.S.N., 9/12/1984, L.L., 1985-B, p. 120; C. Civil 1ª Cap., 2/3/1942, L.L., t. 26, p. 780.

(nota 35) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, n° 414.

(nota 36) ORGAZ, Personas individuales, p. 166, nota 26.

(nota 37) BORREL MACIÁ, La persona humana, n° 46.

(nota 38) C.S.N., 9/5/1938, L.L., t. 14, p. 677; C. Civiles en Pleno Cap., 15/3/1943, J.A., 1943-I, p. 844; C. Civ. 2ª Córdoba, 29/10/1942, Justicia, t. 2, p. 133. Sin embargo, la C. Crim. La Plata, tiene decidido que el uso de la fotografía de una persona con fines de propaganda comercial, importa transgredir un derecho de análoga naturaleza jurídica a los reconocidos por la ley de propiedad intelectual y por ello su autor incurre en la pena prevista para las defraudaciones (27/5/1952, L.L., t. 67, p. 648).

(nota 39) VERCELLONE, Questioni intorno al diritto all'immagine, Riv. Dir. Commerciale, Milano, septiembre-octubre 1956, p. 371.

(nota 40) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, n° 368, bis; CIFUENTES, Los derechos personalísimos, p. 54.

(nota 41) Cit. por DEGNI, Le persone fisiche, ps. 205 y s., n° 66 bis.

(nota 42) ORGAZ, Personas individuales, p. 168, texto y nota 30.

(nota 43) De acuerdo: BORREL MACIÁ, La persona humana, n° 44.

1117/10690

II. NOMBRE (ver nota 1)

1117/10700

§ 1.— Naturaleza y caracteres

1117/317

317. BREVES NOCIONES HISTÓRICAS.— El nombre es el modo más antiguo de designación e identificación de una persona dentro de la sociedad en que vive. En las sociedades primitivas y poco numerosas, el nombre era individual; pero ello resultó insuficiente en los países densamente poblados. Así, fue como, en Roma, al nombre individual o praenomen, se agregó el nombre de la familia o gens, que era el nomen propiamente dicho; y finalmente, en los últimos tiempos de la República, comenzó a usarse un tercer nombre, el cognomen, que era al principio algo así como un sobrenombre individual, pero luego se transmitía de padres a hijos, para distinguir las diferentes ramas de una misma gens.

A la caída del imperio romano, los pueblos bárbaros continuaron con su costumbre primitiva de usar un solo nombre individual. Pero a medida que los pueblos y ciudades se poblaban más densamente, se hacía necesario agregar al nombre de pila, un sobrenombre que permitiera distinguirlo de otros homónimos. Lo más frecuente era agregar al nombre de pila “hijo de”; por ejemplo: Carlos, hijo de Fernando; más tarde, la expresión “hijo de” fue reemplazada por la terminación “ez”: Fernández, Diéguez, González, significaban hijo de Fernando, de Diego, de Gonzalo. Otras veces, el sobrenombre se tomaba de su oficio: Labrador, Herrero, Escribano, Tejedor; o de una característica o defecto físico: Blanco, Rojo, Cano, Cojo, Calvo. Los señores feudales tomaban el nombre de sus tierras, anteponiendo la partícula de. Con el transcurso del tiempo, estos sobrenombres o apodos se fueron haciendo hereditarios y se transformaron en lo que hoy se llama apellido.

318. NATURALEZA JURÍDICA DEL NOMBRE.— Sobre la naturaleza jurídica del nombre, se han sostenido diversas teorías:

a) Para algunos, el nombre es un derecho de propiedad del cual es titular la persona que lo lleva. Es esta una teoría que ni siquiera merecería ser mencionada, si no fuera que ha sido sostenida en la jurisprudencia francesa; pero hoy la ha desechado toda la doctrina moderna, inclusive la de aquel país (ver nota 2). En efecto: el nombre de las personas naturales es algo inmaterial, que está fuera del comercio; es inalienable e imprescriptible; le falta contenido económico, característica esencial de los derechos patrimoniales y particularmente del de propiedad.

b) Según una segunda opinión, el nombre es un derecho de la personalidad. Esta teoría tiene sin duda un fondo de verdad. El nombre forma parte de la personalidad del hombre; su honor está íntimamente vinculado a él. El concepto común de que se tiene el deber de mantener limpio el nombre paterno, revela hasta qué punto está vinculado con la persona que lo lleva.

c) Para otros, el nombre es una institución de policía civil, porque sirve para la identificación de las personas; de ahí su inmutabilidad, que se apoya en una razón de seguridad social.

d) Sin duda, la verdadera naturaleza jurídica del nombre está dada por la confluencia de estos dos puntos de vista: el nombre es a la vez un derecho de la personalidad y una institución de policía civil. Si sólo se lo concibiera como lo primero, se desconocería el interés social que media en la cuestión; en tal caso, no tendría explicación, por ejemplo, que se niegue a las personas el derecho a cambiar su nombre, salvo casos muy particulares (véase núms. 343 y sigs.). Si, por el contrario, sólo se viera en él una institución de policía civil, se desconocería uno de los derechos más íntimamente vinculados a la personalidad humana. Es esta la opinión prevaleciente en el derecho moderno (ver nota 3), y la que inspiró la ley 18248, que en su artículo 1º Ver Texto dice que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar el nombre que le corresponde.

319. CARACTERES.— De la naturaleza jurídica del nombre, tal como la hemos aceptado, se desprenden los siguientes caracteres:

a) Está fuera del comercio; en consecuencia, es inalienable e imprescriptible; el uso prolongado no da derecho a otro nombre que el propio;

b) Es inmutable: sólo por causas graves puede ser autorizada una persona a cambiar su nombre (véase núms. 344 y sigs.);

c) Es obligatorio: toda persona debe llevar necesariamente un nombre.

1117/320

320. LA LEGISLACIÓN SOBRE NOMBRE; LA LEY 18248.— Hasta 1943, prácticamente no existían disposiciones sobre nombre; pero a partir de esa fecha se sucedieron una serie de leyes y decretos que legislaron la materia en forma parcial y a veces incoherente (decreto-ley 11609/1943, ley 14367, ley 14586, decreto-ley 8204/1963). Era necesario ordenar esta materia, clarificar el sistema y uniformarlo en todo el país. Es lo que ha hecho la ley 18248.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: RIVERA, El nombre en los derechos civil y comercial, Buenos Aires, 1977; SPOTA, A. G., Derecho Civil, t. 1, vol. 3.3, ps. 317 y s., n° 1165 y s.; ORGAZ, A., Personas individuales, ps. 215 y s.; LLAMBÍAS, t. 1, n° 393 y s.; BUSSO, E., Código Civil Anotado, t. 1, coment. art. 79; PLINER, El nombre, Buenos Aires; SALVAT, Parte General, 6ª ed., ps. 282 y s., n° 595 y s.; ETCHEVERRY BONEO, R., Derecho al nombre, La Plata, 1910; SALAS, A. E., El nombre de la persona física, J.A., 1943-III, sec. doct., p. 36; PIOTTI, C., El nombre en derecho civil, Bol. Inst. Der. Civil, Córdoba, año IX, p. 114; CERMESONI, F., Legislación del nombre, J.A., t. 2, ps. 536 y s.; PERREAU, E. H., Le droit au nom en matière civile, París, 1910; SALEILLES, R., Le droit au nom individuel dans le code civil pour l'empire d'Allemagne, Revue Critique, t. 29, año 1900, ps. 94 y s.; MINORESCO, Le nom des personnes en droit comparé, París, 1933; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 1, n° 96 y s.

En particular sobre la ley 18248, véase: PLINER, La ley de nombre, J.A., Doctrina, 1969, p. 484; BORDA, La ley del nombre, L.L., t. 136, p. 1192; BETTINI, El nombre de la mujer casada, de la casada y divorciada y de la viuda, J.A., t. 4, 1969, p. 315.

(nota 2) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. I, n° 525; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. I, n° 590; JOSSERAND, L., ed. Buenos Aires, t. I, n° 217.

(nota 3) RIVERA, El nombre en los derechos civil y comercial, n° 3; SALVAT, R., Parte General, 6ª ed., n° 657; LLAMBÍAS, t. I, n° 399; DÍAZ DE GUIJARRO, J. A., 1950-II, p. 416; ACUÑA ANZORENA, J.A., t. 45, p. 489; SALAS, J.A., 1933-III, sec. doct., p. 36; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. I, p. 211, n° 525; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. I, p. 203, n° 219. La Comisión redactora de la nueva ley del nombre ha adherido también a esta tesis en la exposición de motivos. GRANILLO impugna esta solución ecléctica, sosteniendo que el nombre es un derecho de la personalidad y nada más; combate la tesis de que puede ser considerado como una institución de policía civil (Algunas consideraciones sobre el nombre de las personas, Revista Instituto Derecho Civil, Córdoba, julio-diciembre 1952, p. 177, n° 9).

1117/10710

§ 2.— El apellido

1117/321

321. NORMAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL APELLIDO.— El apellido es el nombre que corresponde a la familia. Su imposición obedece a normas que varían según los casos.

1117/322

322. a) Hijos matrimoniales.— Los hijos matrimoniales tienen el derecho y la obligación de llevar el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse con el apellido compuesto del padre o agregar el de la madre (art. 4º Ver Texto , ley 18248). Esta disposición recoge una jurisprudencia invariable (ver nota 1). No se puede adicionar el apellido de la abuela paterna si el padre no lo hubiese usado (ver nota 2).

Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro Civil desde los 18 años (art. 4º Ver Texto , ley 18248). Cabe preguntarse si no hubiera sido de desear que se fijase un plazo, excedido el cual la adición no sería ya posible. El criterio que privó en la Comisión redactora de la ley fue no fijar el término en razón de que con el tiempo pueden surgir homónimos que justifiquen el agregado.

Una vez adicionado el segundo apellido paterno o el materno, no podrá suprimirse (art. cit.). Pero cabe preguntarse si adicionado el apellido por los padres, pueden o no los hijos, al llegar a los 18 años, suprimirse el segundo apellido o sustituir el segundo apellido paterno por el materno o a la inversa. Aunque la cuestión es dudosa pensamos que pueden hacerlo, pues de lo contrario, el derecho que se les reconoce de adicionar el apellido aparecería muy restringido y, además, porque en el área en la cual una parte del nombre está sujeta a la voluntad del padre o de la del que lo lleva, es lógico el predominio de ésta.

Si la partícula “de” o “del” forma parte del apellido paterno, como integrante de éste se transmite a los hijos. En los países que admiten títulos de nobleza, esta partícula, por lo general, indica pertenecer a esa clase social.

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 17/4/1944, J.A., 1944-II, p. 517 y L.L., t. 34, p. 301; juez doctor DOBRANICH, 28/5/1941, J.A. 1943-II, p. 294, siguiendo importante dictamen del Fiscal, doctor IRIONDO; SPOTA, t. I, vol. 3.3, nº 1176.

(nota 2) Véanse fallos citados en nota anterior.

1117/323

323. b) Hijos adoptivos.— La nueva ley de adopción ha venido a modificar parcialmente las disposiciones de la ley 18248 sobre el nombre. Es preciso distinguir dos tipos de adopción:

1) En la adopción plena el hijo adoptivo adquiere la condición de hijo legítimo. En consecuencia, lleva el apellido del padre y a petición de éste puede agregarse su apellido compuesto o bien el apellido de la madre adoptiva. También puede solicitar esa adición el hijo adoptivo, una vez cumplidos los 18 años. Si la adoptante fuese viuda o mujer casada cuyo marido no hubiere adoptado al menor, éste llevará el apellido de aquélla, salvo que existieren causas justificadas para imponerle el de casada (art. 17, ley 19134). El juez tiene absoluta libertad para apreciar esas causales. La disposición es razonable en el caso de las viudas, pero en cambio, respecto de las casadas cuyo marido no es adoptante, parece más razonable la disposición contenida en la ley 18248, que sólo permitía imponerle el apellido del marido si éste consentía expresamente en ello (art. 12 Ver Texto).

Puesto que la adopción plena supone la ruptura total de todo vínculo de parentesco con la familia de sangre, no puede ya adicionarse el apellido de sangre al del adoptante, lo que la anterior legislación permitía.

2) En la adopción simple el hijo deberá llevar el apellido del adoptante, pero a diferencia del caso anterior, podrá agregar el de sangre. Si la adoptante es viuda, deberá llevar su apellido de soltera, a menos que ella solicite que se imponga al menor el apellido del cónyuge premuerto (art. 23 , ley 19134). Esta disposición no guarda congruencia con lo dispuesto para la adopción plena, en cuyo caso no basta que la viuda solicite se le imponga el apellido del marido premuerto, sino que es necesario que el juez considere que hay causas justificadas para imponerlo.

Cuando la adoptante fuere viuda, el adoptado llevará su apellido de soltera (art. 12 Ver Texto , ley 18248).

Puede ocurrir que el cónyuge sobreviviente adoptara al hijo adoptivo de la esposa o esposo fallecido. Si el sobreviviente fuera el marido, ninguna duda cabe de que debe anteponerse su apellido; pero si por el contrario fuera la mujer, parece prudente mantener el apellido del esposo muerto (ver nota 1).

1117/324

324.— Revocada la adopción o declarada su nulidad, el adoptado pierde el apellido de adopción (art. 14 Ver Texto , ley 18248), recuperando, por lo tanto, el de origen. Desaparecido el vínculo de adopción, no tendría fundamento el mantenimiento de aquél.

Sin embargo, si el adoptado fuere públicamente conocido por su apellido de adopción, puede ser autorizado por el juez a conservarlo, salvo que la causa de la revocación fuere imputable al adoptado (art. cit.). La ley habla de causa imputable al adoptado. ¿Se reputará tal la revocación de común acuerdo? No lo creemos. Pensamos que cuando la ley prohíbe el uso del apellido del adoptante si la causa de la revocación fuere imputable al adoptado, lo hace como una sanción contra éste. Pero el simple acuerdo no es una conducta que merezca sanción.

(nota 1) SPOTA, t. 1, vol. 3.3, p. 377, n° 1180. La C. Civil Cap., Sala C, resolvió el siguiente caso: una hija extramatrimonial fue adoptada primero por su padre de sangre y, a la muerte de éste, por su madre de sangre. Esta pidió y obtuvo que se mantuviera a la menor bajo el apellido del primer adoptante (31/5/1962, Doct. Jud. del 25/6/1962).

1117/325

325. c) Hijos extramatrimoniales.— En cuanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio, hay que distinguir según hayan sido o no reconocidos por sus padres.

En el primer caso, el hijo adquiere el apellido del padre o madre que lo reconoció (art. 5º Ver Texto , ley 18248).

Si es reconocido por ambos simultáneamente, adquiere el apellido del padre, pudiendo agregar el de la madre (art. cit.). Pero puede ocurrir que el reconocimiento no sea simultáneo. Si el que lo reconoció primero fue el padre, no hay problemas: lleva su apellido, pudiéndose adicionar el de la madre que lo reconoció con posterioridad. La cuestión se complica cuando primero lo reconoce la madre y luego el padre. El principio es que el adoptado debe llevar el apellido paterno, ya sea anteponiéndolo al materno, ya sea sustituyendo a éste. Pero suele ocurrir que el adoptado sea ya públicamente conocido por el nombre materno. El cambio de nombre puede producirle trastornos de carácter social y aun profesional. Por ello, la ley permite que el juez autorice a mantener el apellido materno en tal supuesto (art. 5º Ver Texto , ley 18248). El pedido de mantenimiento del apellido materno puede ser hecho por los padres, o bien por el propio interesado, quien está obligado a hacer la opción dentro de los dos años de llegar a los 18 años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuere posterior (art. cit.).

Si la madre extramatrimonial fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera (art. 5º Ver Texto , in fine, ley 18248).

A los efectos de la imposición del apellido paterno o materno, es indiferente que el reconocimiento haya sido voluntario u obtenido por pronunciamiento judicial (ver nota 1).

1117/326

326.— Si el hijo extramatrimonial no fuere reconocido, el oficial del Registro Civil debe imponerle un apellido común (art. 6º Ver Texto , ley 18248), es decir, un apellido que por su difusión hace imposible vincular al recién nacido con una determinada familia; tal es el caso de Pérez, González o Martínez, que son apellidos tan comunes que en forma alguna permiten sugerir un parentesco entre las personas que lo llevan.

Pero puede ocurrir que la denuncia no se haga en el momento del nacimiento, sino varios años después. Si en esta hipótesis, el menor hubiera ya usado un apellido por el que fuera conocido, debe imponérsele ese apellido (art. 6º Ver Texto , ley 18248), con lo que se le desea evitar los inconvenientes del cambio de nombre.

Si mediare reconocimiento posterior, se le impondrá el apellido de los progenitores, en la forma que hemos visto en el número anterior. Y si fuese conocido por el apellido inscripto, podrá el interesado optar por mantenerlo, conforme a las reglas del artículo 5º Ver Texto (art. 6º Ver Texto , ley 18248; véase núm. 325).

Toda persona mayor de 18 años que careciere de apellido podrá pedir ante el Registro del Estado Civil la inscripción del que hubiese usado (art. 6º Ver Texto , ley 18248).

(nota 1) De acuerdo: SPOTA, t. 1, vol. 3.3, p. 367, nº 1178; LLAMBÍAS, t. I, nº 416.

1117/327

327-331. APELLIDO DE LA MUJER CASADA (ver nota 1).— Será optativo para la mujer casada añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición “de” (art. 8º Ver Texto , ley 18248, ref. por ley 23515). Ha dejado de ser obligatorio el uso del apellido marital, quedando al libre arbitrio de la mujer llevarlo o no.

El derecho de la mujer de optar o no por el uso del apellido marital, se mantiene después de decretada la separación personal. Pero cuando existieren motivos graves, los jueces a pedido del marido, pueden prohibirle su uso (art. 9º Ver Texto , ley 18248, ref. por ley 23515).

Decretado el divorcio vincular, la mujer pierde el derecho de seguir usando el apellido marital, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades (art. 9º Ver Texto , ley 18248, ref. por ley 23515).

1117/332

332. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE DEL MARIDO.— En caso de muerte del marido y hasta tanto contraiga nuevo matrimonio, la viuda tiene el derecho a seguir usando el apellido de aquél.

Claro está que si contrae nuevas nupcias, pierde automáticamente el apellido del anterior marido (art. 10 Ver Texto , ley 18248) y adiciona el del actual.

1117/333

333. ANULACIÓN DEL MATRIMONIO.— Decretada la nulidad del matrimonio, la mujer pierde el apellido marital. Sin embargo, a pedido de ella será autorizada a seguir llevándolo si tuviere hijos y fue cónyuge de buena fe (art. 11 Ver Texto , ley 18248). La ley impone por consiguiente dos condiciones para permitirle seguir usando el apellido del marido: ante todo que tenga hijos, pues en efecto, lo único que puede justificar la pretensión de la mujer a seguir usando un apellido que no le pertenece, es la legítima aspiración de llevar el mismo apellido de sus hijos; en segundo lugar, que sea de buena fe, es decir, que haya contraído el matrimonio nulo ignorando que exista una causal de nulidad.

1117/334

334. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En lo que atañe al problema del apellido de la mujer divorciada, que es el más complejo de los que se presentan en esta cuestión, las legislaciones extranjeras pueden agruparse en dos corrientes distintas.

a) En algunos países, el solo hecho del divorcio provoca la pérdida del apellido del marido y la recuperación del de soltera: Código Civil suizo, artículo 149; uruguayo, artículo 191; venezolano, artículo 187; ley cubana de 1930, artículo 3º; Código Napoleón, artículo 299, modificado por la ley del 6 de febrero de 1893. En todos estos países, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y es lógico, por consiguiente, que la mujer pierda el apellido de su ex esposo. Sin embargo, en Francia la Corte de Casación ha resuelto que no siendo de orden público la pérdida del apellido marital, el esposo puede autorizar a su mujer a usarlo en el acta de divorcio (ver nota 2).

b) En otros países, en cambio, la mujer divorciada conserva, en principio, el apellido marital, pero se reconoce al esposo el derecho de pedir que se prohíba su uso, en determinados casos. En el derecho brasileño, la pérdida del apellido se produce de pleno derecho para la mujer culpable (art. 324, Cód. Civ.); en Italia queda librado a la apreciación judicial si existen causas suficientes como para prohibir a la mujer el uso del apellido marital (art. 156, in fine, Cód. Civ.); la ley alemana de matrimonio dispone que el marido puede prohibir a la mujer el uso de su apellido si ella es la única o principal culpable; salvo

este caso, la mujer tiene derecho a conservarlo, pero puede también retomar el apellido de soltera, si así lo prefiere (arts. 62-64).

(nota 1) Véase BORDA, Guillermo Julio, diario de L.L. del 21/5/1998.

(nota 2) C. Cas., 20/2/1924, Dalloz, 1924, I, 19.

1117/10720

§ 3.— El nombre propio o de pila (ver nota 1)

1117/335

335. DERECHO DE ELEGIR EL NOMBRE DE PILA.— El nombre se adquiere por su inscripción en el acta de nacimiento. Pueden elegir el nombre: a) en primer lugar, los padres, que son quienes ostentan la patria potestad; b) puede ocurrir que los padres convivientes no se pongan de acuerdo en la elección del nombre. Por ejemplo, la madre quiere ponerle el nombre de su propio padre (que se llama Luis) y el padre, el del abuelo paterno (que se llama Pedro). La cuestión debe ser decidida judicialmente (art. 264 ter Ver Texto) (ver nota 2). Empero hay que agregar que no es indispensable que ambos padres concurren a la oficina del Registro Civil para pedir la inscripción del nombre de pila; lo hecho por cualquiera de ellos se presume realizado con el consentimiento del otro, salvo oposición expresa de éste (art. 264 Ver Texto , inc. 1º, ref. por ley 23264); c) ante la falta, impedimento o ausencia de ellos, las personas a quienes ellos hubiesen dado autorización; d) en defecto de todo ello pueden hacerlo los guardadores, el Ministerio Público de Menores o los funcionarios del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (como ocurre si se trata de un hijo extramatrimonial no reconocido, art. 2º Ver Texto , ley 18248).

Cuando una persona hubiere usado un nombre de pila con anterioridad a su inscripción en el Registro, se anotará con él, siempre que se ajuste a las limitaciones que la misma ley establece (art. 2º Ver Texto , in fine; véase núm. sig.).

1117/336

336. LIMITACIONES AL DERECHO DE ELEGIR EL NOMBRE DE PILA.— Las personas autorizadas por la ley tienen libertad para elegir el nombre de pila. Pero ese derecho no es irrestricto; la propia ley establece las siguientes limitaciones:

a) No podrán inscribirse los nombres que sean extravagantes, ridículos, contrarios a nuestras costumbres, que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas o que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impone (art. 3º Ver Texto , inc. 1º, ley 18248).

La ley no ha hecho sino recoger una tradición jurisprudencial bien sentada. Se han considerado extravagantes o ridículos nombres como Júpiter, Zoroastro (ver nota 3), se ha autorizado el cambio de Pelópidas y Epaminondas (ver nota 4), o el de María Tranquila por María Rosa (ver nota 5). Tampoco deben autorizarse los nombres que tengan un significado oprobioso, como el de Judas.

Entre los nombres que expresan tendencias ideológicas o políticas puede mencionarse Anárquico o Ateo, que en un caso llevado ante nuestros tribunales se autorizó a cambiar por Atilio (ver nota 6).

La prohibición de imponer nombres que susciten equívocos respecto del sexo no impide inscribir a varones con nombres como José María, Carlos María, etcétera, que el uso y la costumbre cristiana han divulgado y le han dado carácter masculino; así también debe aceptarse María José para mujeres (ver nota 7).

Adviértase que la ley dice que no podrán imponerse nombres contrarios a nuestras costumbres y no a nuestras buenas costumbres. El significado es más amplio. Buenas costumbres tiene un significado moral. En cambio, cuando se alude simplemente a las costumbres no sólo se abarca ese significado, sino que también se alude a todo otro supuesto que aunque nada tenga que ver con la moral, se relacione en cambio con lo que es la tradición o el uso.

b) Los nombres deben ser castellanos; no pueden inscribirse los extranjeros a menos que estén castellanizados por el uso o cuando se tratare de los nombres de los padres del inscripto, si fueren de fácil pronunciación y no tuvieran traducción en el idioma nacional (art. 3º Ver Texto , inc. 2º, ley 18248).

El problema de si es o no constitucional exigir que los nombres se impongan en castellano, ha dado lugar a una azarosa jurisprudencia de la Corte Suprema. Esta exigencia estaba ya contenida en el decreto 11609/1943. En 1945 el Alto Tribunal la declaró inconstitucional y autorizó la inscripción de Keith y Fleming (ver nota 8). Modificada la composición del Tribunal, éste volvió sobre aquella jurisprudencia (1948) y declaró constitucional la prohibición contenida en la ley (ver nota 9). Un nuevo cambio en la constitución de la Corte trajo aparejado otro viraje de su jurisprudencia (1957); se declaró que la prohibición

era contraria al llamamiento a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino, contenido en la Carta Magna (ver nota 10). Finalmente, otro cambio de composición del Tribunal significó una vuelta a la jurisprudencia de 1948: la Corte declaró en 1958 que las limitaciones contenidas en el decreto 11609/1943 al derecho de exigir el nombre de pila son razonables (ver nota 11), criterio mantenido en lo sucesivo.

En este curioso *corsi e ricorsi* jurisprudencial quedan claramente reflejadas las dos tendencias imperantes en lo que atañe a la procedencia de prohibir nombres extranjeros. A nuestro juicio, podrá discutirse la conveniencia o acierto de la prohibición legal, pero lo que no tiene asidero es considerarla inconstitucional. Es obvio que nada tiene que ver con la libertad de cultos, como lo sostuvo la Corte de 1948, ni tampoco con el generoso llamamiento a los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino, como se sostuvo en 1957, pues lo menos que puede exigirse de ellos es no fomentar en sus hijos, nacidos aquí, un espíritu antinacional. Aún hoy se observa en algunas colonias extranjeras, reacias a confundirse con la sociedad argentina, una tendencia a mantener vivos los lazos con el país de origen, por el uso de su idioma, la práctica de sus costumbres y la imposición a sus hijos de nombres foráneos. Consideramos bueno no tolerar esa práctica que choca con nuestras costumbres y que revela cierta hostilidad hacia el medio ambiente (ver nota 12).

Pero la ley admite la imposición de nombres extranjeros si pertenecen a sus padres y llenan las siguientes condiciones: ser de fácil pronunciación y no tener traducción en el idioma nacional. Este es un supuesto en que el deseo de imponer el nombre extranjero tiene una motivación respetable.

Nuestra jurisprudencia ha aceptado nombres tales como Stella Maris (ver nota 13); Cristian (ver nota 14); Mabel (ver nota 15); Liliana, pero no Lilián (ver nota 16); Fanny (ver nota 17); Carol (ver nota 18); Aldebarán (ver nota 19); Carina (ver nota 20); Marisol (ver nota 21); Salma (ver nota 22); Natali (ver nota 23); Yael (ver nota 24); Ybel (ver nota 25) en cambio, no se admitieron Newton (ver nota 26); Ivette (ver nota 27); Leslie (ver nota 28); Alexander Joahn (ver nota 29); Jennifer (ver nota 30); Lucian (ver nota 31); Gianfranco (ver nota 32); Anouche (ver nota 33); Nancy (ver nota 34); Ivonne (ver nota 35); Miriam (ver nota 36); Walter (ver nota 37).

La prohibición de imponer nombres extranjeros no rige para los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulares acreditadas ante nuestro país y de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en el territorio de la República (art. 3º Ver Texto , inc. 2º, ley 18248).

De igual modo, podrán inscribirse nombres aborígenes derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas (ley 23162 , que introdujo un art. 3º bis Ver Texto a la ley 18248).

c) Está prohibido imponer apellidos como nombres (art. 3° Ver Texto , inc. 3°, ley 18248), como es costumbre en algunos países (Inglaterra, Estados Unidos), pero no en el nuestro.

d) No se pueden imponer los primeros nombres idénticos a los hermanos vivos (art. 3° Ver Texto , inc. 4°, ley 18248). Esta prohibición tiende a evitar equívocos y confusiones. La prohibición sólo se refiere al primer nombre. En cambio, nada se opone a que el segundo nombre de pila sea igual al de los hermanos.

e) Por último, no se pueden imponer más de tres nombres de pila (art. 3° Ver Texto , inc. 5°, ley 18248). La limitación tiende a evitar los problemas surgidos de numerosos nombres que en la práctica se omiten, dando lugar a confusiones.

f) No se pueden inscribir nombres en diminutivo, salvo que el uso les haya hecho cobrar individualidad propia, como ocurre con Merceditas (ver nota 38), Teresita (ver nota 39) o Evita (ver nota 40).

336-1. NOMBRE DE PILA DEL HIJO ADOPTIVO.— La ley 13252 estableció normas relativas al cambio del apellido del hijo adoptivo, pero nada dijo sobre el nombre de pila. Una jurisprudencia que ya podía considerarse definitiva, admitió el cambio de nombre, sobre todo si los hijos eran de corta edad (ver nota 41). Esta solución ha sido acogida por la ley 18248 , que dispone: Cuando se adoptare a un menor de seis años, los adoptantes podrán pedir el cambio de nombre de pila o la adición de otro. Si fuere de más edad, se le podrá agregar otro nombre después del que tenía el adoptado, con la limitación del artículo 3° Ver Texto , inciso 5°, es decir, que en conjunto, no sean más de tres nombres.

Por consiguiente, la ley distingue dos situaciones:

a) Que el adoptado sea menor de seis años, en cuyo caso es lícito el cambio y la adición de nombres. La fijación de la edad no ha sido arbitraria, pues es en ella que comienza la obligación escolar. Es el momento en que el menor sale del círculo cerrado de su familia y se proyecta socialmente. Es entonces cuando comienza a ser conocido por su nombre y es natural que a partir de ese momento la ley sea más rígida en lo que atañe al cambio.

Cabe preguntarse qué debe entenderse por menor de seis años: si el límite está dado por el día en que cumple esa edad o si se extiende hasta el último día de los seis años. La cuestión es dudosa; y por ello mismo, pensamos que los tribunales se inclinarán por la solución amplia, que permite complacer a los adoptantes.

b) Que el adoptado sea mayor de seis años, en cuyo caso es lícita la adición, pero no el cambio de nombre. Y la ley, para evitar equívocos, dice que la adición debe ser después del nombre que tenía el adoptado, lo que es lógico, porque si se permitiera antes de ese nombre, en realidad habría un cambio y no una adición.

336-2. CONTRALOR DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS SOBRE NOMBRE.— Debe velar por el cumplimiento de las normas relativas al nombre no sólo el Fiscal, sino también la Dirección del Registro Civil que está obligada a oponerse a la inscripción de nombres que no se ajusten a ellas y que además tiene carácter de parte en las actuaciones judiciales que promueven los interesados con motivo de la imposición o cambio de nombre (art. 67 Ver Texto , ley 14586), con facultad de oponerse y apelar.

Las resoluciones denegatorias del Registro del Estado Civil a la inscripción de un nombre que no se ajusta a las prescripciones legales, son recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, dentro de los quince días hábiles de notificadas (art. 3º Ver Texto , in fine, ley 18248).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en la nota 533, véase: PECACH, R., Límites al derecho de determinar el nombre de los hijos, J.A., t. 63, p. 131; LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., Elección de nombre, J.A., 1945-II, p. 465; DASSEN, J., Elección del prenombre, J.A., 1947-I, sec. doct., p. 32; ALLENDE, Sobre el nombre de las personas de existencia visible, L.L., t. 80, p. 908; PLINER, El derecho de los padres a inventar nombres para sus hijos, L.L., nota al fallo nº 89.051.

(nota 2) Véase la crítica a esta solución de MEDINA, Las leyes 23264 y 23515 : incidencia en la parte general del Derecho Civil, L.L., 1987-D, p. 1051.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 5/6/1943, L.L., t. 30, p. 363.

(nota 4) Juez doctor TOBAL, citado por él mismo en su voto de camarista en el caso citado en nota anterior.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 19/12/1949, L.L., t. 57, p. 760.

(nota 6) Juez doctor GONZÁLEZ, 16/6/1944, L.L., t. 34, p. 949.

(nota 7) Juez doctor ANZOÁTEGUI, 30/8/1951, J.A., 1956-III, p. 118.

(nota 8) C.S.N., 20/4/1945, J.A., 1945-II, p. 465, y L.L., t. 38, p. 409. El Tribunal hizo el argumento de que la obligación de elegir nombres entre los del santoral era contraria a la garantía constitucional de la libertad de cultos. El argumento no se sostiene, porque la imposición del nombre de un santo católico no significa practicar esa religión, sino simplemente seguir un uso del país.

(nota 9) C.S.N., 20/2/1948, J.A., 1948-I, p. 335, y L.L., t. 50, p. 137; íd., 7/4/1948, L.L., t. 50, p. 810.

(nota 10) C.S.N., 2/12/1957, L.L., t. 89, p. 600.

(nota 11) C.S.N., 18/11/1958, L.L., t. 96, p. 45, con nota nuestra titulada: Vicisitudes de la jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al nombre de pila. Aunque del fallo no resulta claro, ni está dicho en forma explícita, parece que el Tribunal ha dejado fuera de decisión el supuesto de que la imposición de un nombre extranjero responda al deseo de mantener una tradición familiar. Queda por saber si en esta hipótesis el Tribunal admite nombres foráneos.

(nota 12) Puede leerse un muy importante estudio de las razones en pro y en contra de la prohibición de imponer a los hijos un nombre extranjero en el fallo de la C. Civ. Cap., Sala I, cuya mayoría adhirió al criterio de la razonabilidad de la prohibición legal, con la disidencia del doctor Fermé, 15/3/1996, E.D., fallo n° 47.462.

(nota 13) C. Civil 2ª Cap., 9/9/1943, t. 31, p. 780; íd., 9/2/1950, L.L., t. 58, p. 243.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala A, 11/4/1960, L.L., t. 102, p. 905.

(nota 15) C. Civil 2ª Cap., 9/2/1950, L.L., t. 58, p. 243.

(nota 16) Caso citado en nota anterior, y C. Civil 2ª Cap., 25/8/1947, L.L., t. 47, p. 869.

(nota 17) C. Civil 2ª Cap., 25/8/1947, L.L., t. 47, p. 869.

(nota 18) C. Apel. Mar del Plata, 18/9/1962, J.A., 1963-I, p. 182.

- (nota 19) C. Civil Cap., Sala A, 19/7/1976, E.D., t. 69, p. 415.
- (nota 20) C. Civil Cap., Sala F, 8/11/1978, L.L., 1979-A, p. 17.
- (nota 21) C. Civil Cap., Sala B, 5/10/1978, L.L., 1978-D, p. 518.
- (nota 22) C. Civil Cap., Sala B, 18/7/1978, L.L., 1978-D, p. 519.
- (nota 23) C. Civil Cap., Sala E, 28/7/1978, L.L., 1978-D, p. 521.
- (nota 24) C. Civil Cap., Sala D, 19/9/1978, L.L., 1978-D, p. 524.
- (nota 25) C. Civil Cap., Sala C, 24/8/1978, L.L., 1978-D, p. 349.
- (nota 26) C. Civil Cap., Sala C, 30/12/1969, E.D., t. 32, p. 220.
- (nota 27) C. Apel. Mar del Plata, 22/5/1973, J.A., t. 20-1973, p. 596.
- (nota 28) C. Civil Cap., Sala B, 9/8/1961, E.D., t. 1, p.214.
- (nota 29) C. Civil Cap., Sala E, 19/10/1978, L.L., 1978-D, p. 522.
- (nota 30) C. Civil Cap., Sala D, 19/9/1978, L.L., 1978-D, p. 524.
- (nota 31) C. Civil Cap., Sala B, 19/9/1978, L.L., 1978-D, p. 526.
- (nota 32) C. Civil Cap., Sala B, 16/5/1978, L.L., 1978-D, p. 526.
- (nota 33) C. Civil Cap., Sala D, 19/8/1978, L.L., 1978-D, p. 227.
- (nota 34) C. Civil Cap., Sala D, 10/3/1959, J.A., 1960-V, p. 429.

(nota 35) C. Civil Cap., Sala A, 13/12/1962, causa 82.934 (inérita).

(nota 36) 1ª Inst. Cap., 7/5/1954, L.L., t. 76, p. 65, y J.A., 1954-III, p. 434.

(nota 37) C. Civil Cap., Sala C, 9/8/1954, L.L., t. 76, p. 236.

(nota 38) C. Civil Cap., Sala C, 30/12/1981, fallo que se cita en el fallo de la nota siguiente.

(nota 39) C. Civil Cap., Sala F, 7/8/1984, L.L., 1984-D, p. 131.

(nota 40) Mismo fallo citado en la nota anterior.

(nota 41) C. Civil Cap., Sala C, 28/6/1956, Rep. L.L., XVIII, p. 58, sum. 19 a 21; Sala A, 9/9/1956, L.L., t. 85, p. 422 (tenía 16 años, pero había usado el nombre desde niño); C. Apel. Mercedes, 3/7/1956, L.L., t. 85, p. 172. En otro caso, sólo se admitió la adición pedida por el adoptante: C. Civil Cap., Sala D, 16/2/1955, L.L., t. 79, p. 120 (con nota de PORTAS).

1117/10730

§ 4.— El seudónimo (ver nota 1)

1117/337

337. CONCEPTO.— Con frecuencia las personas suelen ocultar su verdadero nombre bajo un seudónimo, impulsadas por razones muy distintas. A veces, es un deseo de cortar vínculos con el pasado y mostrar su propósito de emprender una nueva vida: tal, por ejemplo, el nombre monacal; otras veces, el de ocultar la personalidad, como suele ocurrir con algunos personajes políticos o científicos que publican su primer libro de versos con timidez y con el deseo de evitar el ridículo si la obra no tiene buena acogida; pero lo más frecuente es que el seudónimo se utilice, no para ocultar al autor, sino para darle realce, para emplear un nombre elegante o eufónico y que resulte más atrayente (caso frecuente en las actrices cinematográficas y teatrales). Lejos de un propósito de ocultamiento, hay más bien un deseo de facilitar la notoriedad.

Todos estos motivos son perfectamente lícitos, y es lógico, por consiguiente, que la ley les otorgue su protección. La ley 18248 le reconoce al titular de un seudónimo las mismas acciones de protección del nombre; además, el artículo 3º Ver Texto de la ley 11723 reconoce el derecho de inscribir el seudónimo y adquirir la propiedad de él. La palabra propiedad ha sido empleada en el texto legal para reafirmar la protección jurídica, aunque es evidentemente impropia, pues el derecho de una persona sobre su nombre o seudónimo no es un derecho de dominio, según ya lo hemos expresado (véase núm. 318).

1117/338

338. CÓMO SE ADQUIERE.— Sostienen algunos autores que el seudónimo se adquiere por la sola voluntad del interesado. Bastaría que éste se lo atribuyera, para merecer el amparo del derecho (ver nota 2).

No es éste, empero, el criterio que ha prevalecido en la ley 18248, según la cual el seudónimo debe haber adquirido notoriedad, para merecer dicho amparo (art. 23 Ver Texto). Es la solución razonable (ver nota 3). Naturalmente, no se trata de exigir una fama notable; basta con una muy modesta, pero que, de todas maneras, haya hecho conocida a la persona que la usa, dentro de cierto círculo o ambiente social (ver nota 4). Sin esta exigencia de la notoriedad no se explica la protección jurídica. Ante todo, la prueba de que se lo ha usado sería muy difícil o imposible en la mayor parte de los casos; en segundo lugar, si el interés es la medida de las acciones, no se concibe por qué habría de protegerse al que pretende ser titular de un seudónimo por el que no es públicamente conocido. El criterio seguido por la ley 18248 es coincidente con el artículo 9º del Código Civil italiano, que exige para la protección del seudónimo, que haya adquirido importancia; en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa (ver nota 5).

Desde el momento en que el autor de una obra literaria o artística la hace pública, tiene derecho a inscribir su seudónimo, aunque hasta ese momento no lo haya usado (art. 3º Ver Texto , ley 11723).

1117/339

339. ELECCIÓN DEL SEUDÓNIMO.— El seudónimo elegido por los artistas o literatos suele asumir distintas formas y modalidades; a veces es un nombre y apellido, tales como Hugo Wast, George Sand, etcétera; otras un nombre propio solamente, o un nombre de fantasía: Almafuerte, Clarín, Voltaire.

Pero la elección de seudónimo no es completamente libre; se lo debe elegir de modo que no cause perjuicio a nadie. Por consiguiente otra persona cuyo nombre o seudónimo ya acreditado, fuera igual o casi idéntico al que se pretende usar, puede legítimamente oponerse.

El interesado puede cambiar de seudónimo cuantas veces lo estime conveniente, a diferencia de lo que ocurre con el verdadero nombre, que es inmutable.

1117/340

340. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SEUDÓNIMO.— La ley reconoce el derecho al seudónimo, siempre que éste se limite a una determinada esfera literaria, artística, etcétera. No podría extenderse a todos los actos de la vida de una persona, porque ello importaría cambiar por propia voluntad y determinación su nombre, lo que está prohibido (véase núm. 343).

Los actos jurídicos suscriptos con el seudónimo, son perfectamente válidos (ver nota 6) dentro de la esfera de las actividades tenidas en vista al adoptarlo. Y aun fuera de ellas, la firma es válida si el tercero es de buena fe y el negocio aparece, según las circunstancias, como serio (ver nota 7). Así, por ejemplo, un pagaré ajeno a sus actividades artísticas, suscripto por un actor cinematográfico con el seudónimo por el cual es universalmente conocido, sería exigible por el acreedor.

Si el seudónimo designara a varias personas unidas entre sí por sus actividades profesionales, los colaboradores no tienen derecho a servirse aisladamente del seudónimo, sin consentimiento de los demás.

1117/341

341. PROTECCIÓN LEGAL.— Cuando el seudónimo hubiere adquirido notoriedad, goza de la misma protección del nombre, es decir, el titular está protegido por idénticas acciones (art. 24 Ver Texto , ley 18248).

Por consiguiente, el titular de un nombre o de un seudónimo puede impedir que otra persona utilice esa misma designación como propia. Si a pesar de la prohibición judicial se continuara usando el seudónimo, deben indemnizarse los daños, sin perjuicio de la aplicación de las astreintes que autoriza el artículo 666 Ver Texto , Código Civil (art. 21 Ver Texto , ley 18248).

Puede ocurrir, sin embargo, que una persona usara durante largo tiempo un seudónimo y hubiera adquirido notoriedad con él; en tal caso, otra persona cuyo nombre o seudónimo fuera igual y anterior a aquél, habría perdido su derecho a impugnarlo, pues debe considerarse que el prolongado tiempo transcurrido sin reclamación, importa un consentimiento tácito a que se lo use, y porque, además, sería injusto privar a una persona de un seudónimo usado durante tanto tiempo sin oposición (ver nota 8). Es ésta una delicada cuestión que queda sujeta a la apreciación judicial.

1117/342

342. SOBRENOMBRE.— Es preciso no confundir el seudónimo con el sobrenombre. Mientras aquél es elegido por el propio interesado y con el propósito de facilitar sus actividades, el último le es impuesto por otras personas, ya sea su familia, sus amistades o el círculo dentro del cual se desenvuelve. Además, el seudónimo sólo se utiliza para un determinado aspecto de la personalidad: designa al artista, al literato, al deportista; por el contrario, el sobrenombre o apodo designa toda la persona natural.

Por otra parte, el sobrenombre tiene muy poca relevancia jurídica; cuanto más puede servir para individualizar una persona en un acto jurídico y particularmente, en los de última voluntad. Así, por ejemplo, la designación de un heredero por su sobrenombre, es perfectamente válida (ver nota 9).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en la nota 533, véase: SEMON, J.M., El derecho al seudónimo, Buenos Aires, 1946; MENDILAHARZU, E., La protección jurídica del seudónimo, Rev. Col. Abog. de Buenos Aires, t. 19, p. 11; RIVERA, La tutela del seudónimo, E.D., t. 56, p. 813; FERRARA, F., Nome d'arte e seudonimo nella tutela del diritto d'autore, Riv. Dir. Commerciale, 1939, 2ª parte, p. 159.

(nota 2) SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1200; SEMON, El derecho al seudónimo, p. 83.

(nota 3) LLAMBÍAS, t. 1, n° 430; BUSSO, t. 1, coment. art. 79, n° 98; PERREAU, Droit au nom, p. 457.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 22/12/1988, Revista Tribunales, n° 10, p. 63.

(nota 5) PERREAU, Droit au nom, p. 344.

(nota 6) LLAMBÍAS, t. 1, n° 429; RIVERA, La tutela del seudónimo, E.D., t. 56, p. 814; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 1, p. 128, n° 131.

(nota 7) LLAMBÍAS, t. 1, n° 429.

(nota 8) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 1, n° 130.

(nota 9) BUSSO, t. 1, coment. art. 79, n° 100; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 596.

1117/10740

§ 5.— Cambio o adición de nombre (ver nota 1)

1117/343

343. EL PRINCIPIO DE LA INMUTABILIDAD.— Hemos dicho ya que siendo el nombre una institución de policía civil es, en principio, inmutable (art. 15 Ver Texto , ley 18248). Pero este principio no es ni puede ser absoluto. La vida de relación presenta casos en que el cambio de nombre resulta por diversas razones necesario a la persona que lo lleva; en tales hipótesis no sería equitativo negar el derecho al cambio, si de ello no resulta un perjuicio de orden social. Pero como el nombre tiene una importancia fundamental en la identificación de las personas; como el cambio arbitrario y libre podría prestarse a engaños y fraudes, no se puede admitir si no median causas serias que lo justifiquen. Y, desde luego, nadie puede cambiar, por su sola voluntad, de nombre, sino que para ello es necesario que medie resolución judicial (art. 15 Ver Texto , ley 18248).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en la nota 533, véase: ACUÑA ANZORENA, A., El derecho al nombre y a la admisibilidad de su cambio o adición, J.A., t. 45, p. 485; ANTONI, J., Cambio o adición de nombre, J.A., 1945-IV, sec. doct., ps. 51 y s.; LEGÓN, F., Adecuación jurídica del cambio de nombre frente al Estado, al particular y a los terceros, J.A., t. 51, ps. 584 y s.; SEMON, J. M., El principio de la inmutabilidad del nombre, L.L., t. 50, ps. 649 y s.; CAMPOAMOR, C., Cambio o adición de nombre, J.A., 1944-I, sec. doct., ps. 62 y s.; véase también una nutrida nota jurisprudencial en L.L., t. 54, p. 657.

344. JUSTAS CAUSAS DE CAMBIO DE NOMBRE.— Nuestra jurisprudencia fue muy liberal, hasta no hace muchos años, en lo que atañe a las causales admisibles para el cambio de nombre. Pero los graves inconvenientes que de ello derivan provocaron una modificación de aquel criterio; esta jurisprudencia restrictiva ha sido acogida por la ley 18248 que sólo admite el cambio cuando mediaren justos motivos (art. 15 Ver Texto).

Se ha considerado que los hay:

a) Si el nombre tiene en nuestro idioma un significado ridículo o se presta a giros injuriosos o agraviantes o a deformaciones maliciosas. Es así como se ha autorizado el cambio de apellidos tales como Miculinich por Micolini (ver nota 1), Kacas por Katz (ver nota 2), Jodzinsky por Josens (ver nota 3), María Tranquila por María Rosa (ver nota 4), Sin Fin para el Amor por Serafín (ver nota 5). También se admitió la supresión del nombre Cesárea (ver nota 6).

b) Si el nombre es contrario al sentimiento religioso del peticionante y al que predomina en la sociedad: tal fue el caso de Ateo, que se autorizó a cambiar por el de Atilio (ver nota 7).

c) Si tiene un significado ideológico contrario a las ideas predominantes en nuestro medio; por tal motivo se autorizó a cambiar el nombre Hengel Lenín (ver nota 8).

d) Si es la traducción del extranjero (ver nota 9).

e) Si se aduce error del oficial público al labrar el acta: tal, por ejemplo, el caso de que se hubiera inscripto el nombre de Ster por Esther, o de Mario por María, etcétera.

f) Si el nombre ha sido públicamente deshonrado por los padres o por otros homónimos (ver nota 10); pero no basta un delito cualquiera, sino uno grave y que haya tenido pública notoriedad. Es así como se ha decidido que no autoriza al hijo a cambiar el apellido del padre, si éste ha cometido un homicidio simple (ver nota 11) o si no se alega otra cosa que el abandono hecho por el padre, ya fallecido, de su familia (ver nota 12); pero procede el cambio si el padre formó parte de una banda de ladrones profesionales, integrada también por los tíos paternos y maternos, que dio lugar a un ruidoso proceso público (ver nota 13).

g) Si el apellido fuera de difícil pronunciación, podrá pedirse su adecuación gráfica y fonética al castellano (art. 7º Ver Texto , ley 18248). Es decir, no se trata de adoptar un nombre cualquiera, vista la dificultad de pronunciación, sino simplemente de adaptarlo gráfica y fonéticamente a nuestro idioma. Es una atribución que, a nuestro entender, los jueces deben utilizar con carácter restrictivo, no sólo porque sigue en pie el principio de que el nombre es inmutable, sino también porque es bueno no favorecer el ocultamiento de la identidad con un cambio de nombre. Por lo demás, nuestro país está acostumbrado a los apellidos extranjeros y sólo se justificaría el cambio en caso de una acumulación de consonantes que haga difícil su pronunciación (ver nota 14).

La ley 18248 establece que el pedido deberá hacerse al solicitar la nacionalidad argentina, ante la autoridad que la otorgue (art. 7º Ver Texto). Pasado ese momento se extingue el derecho a pedir la adecuación gráfica y fonética. Cabe preguntarse si el extranjero que no se nacionaliza tiene o no ese derecho. La ley no lo menciona y el argumento a contrario parecería indicar que no lo tiene. Pero ya se sabe la debilidad de ese argumento. Admitido que los que se nacionalizan pueden pedir la adecuación gráfica y fonética de su apellido, no se ve por qué habría de negársele a quienes, no obstante conservar su nacionalidad de origen, tienen aquí su domicilio y están incorporados al medio (ver nota 15).

h) Puede cambiarse el nombre de pila del hijo adoptivo menor de seis años (art. 13 Ver Texto , ley 18248).

1117/345

345.— Por el contrario, no son causas suficientes como para autorizar el cambio de nombre:

a) Motivos de orden puramente sentimental o familiar (ver nota 16).

b) El abandono del padre ya fallecido y el reconocimiento hacia el padrastro que lo educó y protegió (ver nota 17).

c) La costumbre de usar un nombre distinto del propio (ver nota 18); pero esa costumbre autoriza a una declaración de identidad de persona (ver nota 19).

1117/346

346. ADICIÓN DE NOMBRE: CAUSAS QUE LA AUTORIZAN.— La adición implica también una modificación del nombre originario y, por lo tanto, se rige, en principio, por las mismas reglas señaladas en los números anteriores. Sin embargo, es preciso hacer dos observaciones: a) en algunos casos, la adición no sólo se permite, sino que está impuesta por la ley; b) la adición no tiene la misma trascendencia y gravedad que el cambio de nombre, por lo cual la jurisprudencia ha sido algo más tolerante.

a) En cuanto a la adición obligatoria de nombre, ella se produce con respecto a las mujeres casadas y a los hijos adoptivos; respecto de estos últimos cabe notar que si bien la adición del apellido del adoptante es obligatoria, pueden también adicionar el nombre de pila (art. 13 Ver Texto , ley 18248); los hijos extramatrimoniales reconocidos con posterioridad al nacimiento deben también adicionar el apellido del padre o madre que los han reconocido, salvo sin embargo su derecho de mantener el nombre que se les hubiere dado si ya se han hecho un nombre público, profesional, comercial, y la pérdida del apellido que llevaban puede ocasionarles perjuicios sociales o económicos.

b) En los demás casos, la adición de nombre se rige por los mismos principios del cambio, con algunas atenuaciones. Es así que se ha reconocido el derecho de adicionar un nombre o apellido: 1) si corresponde al tutor o guardador para con quien el peticionante tiene un deber de gratitud filial (ver nota 20); 2) si se trata de un hijo de padres desconocidos, a quien el oficial del Registro Civil le ha impuesto dos nombres de pila, en lugar de nombre y apellido; 3) si se procura obviar los inconvenientes que resultan de la existencia de un homónimo y, mucho más, si ambos son primos y ejercen la misma profesión (ver nota 21); 4) si se ha usado toda la vida y figura en la partida de bautismo y en otros documentos, tales como la partida de matrimonio y la de nacimiento de sus hijos (ver nota 22); 5) si con la adición se puede disimular el ridículo a que se presta un nombre (ver nota 23).

346-1. SUPRESIÓN DE NOMBRES.— Los nombres de pila numerosos suelen traer inconvenientes a los que los llevan. De ahí que la ley 18248 haya limitado a tres el máximo que puede imponerse al nacido (art. 3º Ver Texto , inc. 5º). Y se justifica también que los tribunales hayan admitido la supresión de algunos, cuando ellos excedan de cierto número (ver nota 24).

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 27/11/1939, L.L., t. 16, p. 983.

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 30/6/1950, L.L., t. 59, p. 507.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 20/8/1937, L.L., t. 7, p. 998. En el mismo sentido: C. Civil 1ª Cap., 19/10/1939, L.L., t. 16, p. 983; 15/3/1946, L.L., t. 41, p. 832; 18/11/1946, L.L., t. 47, p. 886; 8/6/1945, L.L., t. 39, p. 153.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., 19/12/1949, J.A., 1950-I, p. 522.

(nota 5) 1ª Instancia Cap., 16/3/1956, causa 4508 (inédita).

(nota 6) C. Civil Cap., Sala A, 24/10/1963, causa 90.791 (inédita).

(nota 7) Fallo de 1ª Instancia Cap., 16/6/1944, L.L., t. 34, p. 949.

(nota 8) C. Apel. Azul, 29/7/1960, L.L., Rep. 1960, p. 783, sum. 21.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala E, 8/6/1959, J.A., 1960-V, p. 576; C. 1ª Apel. La Plata, 30/11/1943, L.L., t. 34, p. 270.

(nota 10) LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 444; RIVERA, El nombre, p. 68.

(nota 11) C. 1ª Apel. La Plata, 23/12/1947, L.L., t. 50, p. 649. En sentido concordante: C. Civil Cap., Sala B, 9/6/1952, L.L., t. 67, p. 223; Sala C, 19/11/1996, L.L., fallo 96.503.

(nota 12) C. Civil 2ª Cap., 26/12/1942, L.L., t. 29, p. 271.

(nota 13) C. 2ª Apel. La Plata, 22/6/1943, J.A., 1943-III, p. 87; en el mismo sentido: C. Civil 1ª Cap., 18/11/1946, L.L., t. 47, p. 886; C. 1ª Apel. La Plata, 11/6/1942, L.L., t. 50, p. 649.

(nota 14) En este sentido LLAMBÍAS, t. 1, n° 449.

(nota 15) De acuerdo, RIVERA, El nombre, p. 55.

(nota 16) C. 1ª Apel. La Plata, 14/6/1946, L.L., t. 45, p. 276.

(nota 17) C. Civil 2ª Cap., 13/9/1943, J.A., 1943-IV, p. 171.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala F, 29/7/1959, causa 57.668 (inédita); C. Civil 1ª Cap., 8/9/1939, L.L., t. 16, p. 74; 28/6/1946, L.L., t. 43, p. 856; C. Civil 2ª Cap., 22/9/1937, L.L., t. 8, p. 23; 22/8/1938, L.L., t. 13, p. 80; 4/8/1942, L.L., t. 27, p. 596; 16/10/1944, L.L., t. 36, p. 408; 7/10/1948, L.L., t. 52, p. 488; 23/9/1948, L.L., t. 52, p. 286.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 3/5/1939, L.L., t. 14, p. 1121; 16/6/1941, L.L., t. 23, p. 108; C. Civil 2ª Cap., 30/5/1940, L.L., t. 18, p. 894; salvo que se tratare de un uso arbitrario; C. Civil 1ª Cap., 18/11/1946, L.L., t. 47, p. 886.

(nota 20) C. 2ª Apel. La Plata, 14/3/1941, L.L., t. 22, p. 205; C. 1ª Apel. La Plata, 1/8/1952, J.A., 1952-IV, p. 125.

(nota 21) C. Civil 1ª Cap., 14/8/1940, L.L., t. 20, p. 69; además: C. Civil 2ª Cap., 25/7/1945, L.L., t. 39, p. 465; Sup. Corte de Tucumán, 16/4/1941, L.L., t. 24, p. 801.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 19/5/1948, L.L., t. 50, p. 958; además, y con carácter más amplio: C. Civil 1ª Cap., 15/9/1939, L.L., t. 16, p. 82.

(nota 23) C. Civil 2ª Cap., 27/9/1949, J.A., 1950-I, p. 408 (en este caso se autorizó a adicionar Alberto al nombre de Santos Vega).

(nota 24) La C. Civil Cap., Sala A, autorizó la supresión de tres nombres de los cinco que llevaba el peticionante: 20/12/1951, L.L., t. 65, p. 547. Y la Sala E del mismo tribunal decidió en un caso de varios prenombrados extranjeros que cabía la supresión de todos menos el primero, que era el que había usado siempre el interesado en su documentación (J.A., 1960-V, p. 576).

1117/10747

346-2. PROCEDIMIENTO.— La modificación, cambio o adición de nombre o apellido tramitará por procedimiento sumarísimo, con intervención del Ministerio Público. El pedido se publicará una vez por mes, durante dos meses. Podrá formularse oposición dentro de los quince días hábiles computados desde la última publicación. Antes de dictar sentencia, el juez deberá requerir información sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado. La sentencia es oponible a terceros y se comunicará al Registro Civil (art. 17 Ver Texto , ley 18248). Comunicada la sentencia, debe hacerse la anotación marginal correspondiente en las partidas de nacimiento y de casamiento del interesado.

Será juez competente el de primera instancia del lugar en que se encuentre la partida original que se desea rectificar o el del domicilio del interesado. Las partidas que acreditan la vocación sucesoria podrán rectificarse ante el juez de la sucesión (art. 16 Ver Texto , ley 18248).

Si se tratara simplemente de errores u omisiones materiales, que surjan evidentes del texto mismo de la partida o de su cotejo con otras, la rectificación puede ser hecha por el Director del Registro de oficio o a petición de parte interesada.

Sus resoluciones serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil correspondiente al lugar donde desempeña sus funciones, dentro de los quince días hábiles de notificadas (art. 15 Ver Texto , ley 18248).

Pero los interesados pueden intentar también la rectificación por simple información judicial, con intervención del Ministerio Público y del Director del Registro (art. 18 Ver Texto , ley 18248).

1117/10757

346-3. CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN O RECTIFICACIÓN DEL NOMBRE.— Producida la modificación, cambio, adición del nombre o apellido de una persona, se rectificarán simultáneamente las partidas de los hijos menores y la de matrimonio, si correspondiere (art. 19 Ver Texto , ley 18248).

Adviértase que la ley sólo impone la rectificación de las partidas de los hijos menores, si bien la modificación del apellido paterno debería repercutir tanto sobre los hijos menores como sobre los mayores. Pero la ley, con buen criterio, ha dejado librado a la iniciativa de éstos la rectificación de sus partidas, pues es posible que un cambio los perjudique en sus actividades sociales, profesionales o comerciales.

1117/10750

§ 6.— Protección del nombre

1117/347

347. DIVERSAS ACCIONES.— El nombre está protegido por diferentes acciones que se reconocen al titular en previsión de posibles ataques a su derecho.

1117/348

348. a) Acción de reclamación del nombre.— Puede ocurrir —aunque el caso es poco frecuente— que al titular de un nombre se le desconozca el derecho a usarlo. Tal ocurriría si una persona, ya sea en publicaciones periodísticas, en actuaciones judiciales o en manifestaciones verbales, pero públicas, le niega a otra el derecho al nombre que lleva; o si el oficial público del Registro Civil rehúsa la inscripción de su nombre en las partidas correspondientes.

En tal caso el titular tiene acción para demandar su reconocimiento y pedir se prohíba toda futura impugnación por quien lo negare; además, podrá pedir la publicación de la sentencia a costa del demandado (art. 20 Ver Texto , ley 18248). Aunque la ley no lo dice, no bastará en este caso la publicación en el Boletín Oficial, sino que deberá hacerse en un diario de amplia difusión para que llene su objetivo.

1117/349

349. b) Acción de impugnación del nombre.— Cuando una persona usara el nombre de otra para su propia designación, el titular podrá demandar para que cese en el uso indebido, sin perjuicio de la reparación de daños, si los hubiere (art. 21 Ver Texto , ley 18248).

Para que la acción proceda es preciso: 1) que una persona use el nombre de otra; 2) que el uso del nombre sea ilegítimo; no será ilegítimo si se ha autorizado judicialmente el cambio o adición del que resulta la homonimia. Sin embargo, si se prueba que ha habido malicia en el cambio pedido y obtenido judicialmente, creemos que la acción es igualmente procedente. Salvo este caso, no es necesaria la malicia en el que usa indebidamente el nombre de otro y ni siquiera está obligado éste a probar que dicho uso lo perjudica. Naturalmente, si hay perjuicio, debe responderse también por los daños y perjuicios. Pero la ley ha separado claramente y con razón, la acción para impedir el uso indebido y la de daños.

El juez está autorizado a hacer uso de las astreintes para obligar al demandado a cumplir la sentencia (art. 21 Ver Texto in fine).

La acción de impugnación no sólo procede en el caso de que el tercero haya adoptado un nombre totalmente extraño al suyo, sino también cuando haya logrado una homonimia por supresión de nombres de pila o del apellido paterno. Con toda razón, la Cámara Civil 2ª de la Capital resolvió que la persona que usaba su segundo nombre de pila y utilizaba el apellido materno para actuar en audiciones de televisión de carácter jurídico, incurría en usurpación, puesto que, así compuesto, su nombre coincidía exactamente con el del abogado que lo impugnó (ver nota 1).

La Sala F de la Cámara Civil de la Capital resolvió que la hija del causante y su viuda tienen derecho a impugnar el uso del apellido del causante por su concubina, que lo hacía precedido de la partícula “de” (ver nota 2).

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 6/3/1945, J.A., 1945-II, p. 45.

(nota 2) Fallo del 2/11/1992, E.D., fallo nº 45.931, con nota aprobatoria de RIVERA.

1117/10767

349-1. c) Acción en defensa del buen nombre.— Debe distinguirse de la acción anterior, la que se tiene para impedir que se use el propio nombre para designar cosas o personajes de fantasía. En este caso, la acción requiere que el uso sea malicioso y que produzca daño material o moral al accionante (art. 21 Ver Texto , ley 18248).

En la jurisprudencia anterior a la ley 18248 esta acción y la de impugnación se habían confundido (ver nota 1), lo que es un evidente error. La de impugnación se da con el fin de evitar que el propio nombre sea utilizado por un tercero. La mera utilización del nombre por quien no tiene derecho, hace nacer la acción. La que ahora tratamos se da para impedir que el nombre sea utilizado para designar un personaje de fantasía ridículo o inmoral o que por cualquier otra razón perjudique el buen nombre y honor de una persona. Esta acción no procede si no hay malicia en el autor y perjuicio para el accionante. Si no hay perjuicio no hay acción, a contrario de lo que ocurre con la de impugnación.

En el caso que ahora tratamos, no se justificaría que una mera coincidencia de nombre hiciera nacer la acción de impugnación, porque de lo contrario quedaría seriamente afectada la libertad de producción literaria. Para no caer en el riesgo de ser llevados ante los tribunales, los autores deberían atribuir a sus personajes de ficción nombres estrafalarios, que harían perder al relato el clima de realidad que se pretende crear.

¿Qué debe entenderse por malicia, en el sentido del artículo 21 Ver Texto ? No sólo la hay cuando el nombre se utiliza con la intención deliberada de mortificar o perjudicar a una persona o su familia, sino también cuando se lo utiliza para designar un personaje inmoral o ridículo, sin preocuparse ni poco ni mucho por la eventual coincidencia con el nombre de una persona viva. Particularmente la hay cuando se utiliza el apellido perteneciente a una sola familia o a un reducido núcleo de familias, pues en ese caso, la intención de inferir un agravio o molestia debe presumirse, ya que el autor pudo apelar a apellidos que por su generalidad y difusión impiden casi siempre que la conducta moral del personaje pueda importar siquiera una insinuación referida a determinadas personas. De no presumirse la malicia en estos casos, los afectados quedarían casi siempre inermes frente al autor, pues el estado de ánimo de éste, su verdadera intención de mortificar a alguien, es imposible de probar en la inmensa mayoría de los casos (ver nota 2).

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 28/11/1945, J.A., 1946-III, p. 116 y L.L., t. 40, p. 928.

(nota 2) Creemos que con esta interpretación de la ley queda superada la inquietud de PLINER, quien considera que la ley no debió requerir la malicia, ya que también el daño puede producirse con culpa del autor (J.A., Doctrina, 1969, p. 484, nº 50).

1117/10777

349-2. QUIÉNES TIENEN LA ACCIÓN.— Según el artículo 22 Ver Texto , ley 18248, las demandas tendientes a la protección del nombre podrán ser promovidas por el interesado, su cónyuge, ascendientes o descendientes y hermanos. La ley ha considerado que todo el núcleo familiar está interesado. Claro que si la acción ha sido promovida por el propio titular del nombre, sus parientes carecerán de acción y lo decidido judicialmente hará cosa juzgada respecto de ellos. El problema se complica considerablemente cuando la acción es intentada por los parientes legitimados para demandar. Consideramos que la enumeración del artículo 22 Ver Texto no guarda un orden de prelación, pues sería inconcebible que los hijos sólo pudieran actuar a falta o en caso de inactividad de los ascendientes. Igualmente parece inadmisibles que la sentencia recaída en el juicio seguido por los ascendientes y que rechaza la acción, haga cosa juzgada respecto de los hijos, pues el juicio anterior puede haber sido mal defendido y ello no podría privar a los descendientes de su derecho a defender el buen nombre del padre. Además, el daño moral es personal y puede haber sido sufrido por todos los parientes indicados en la ley, de modo que todos tienen acción de daños y perjuicios, la que, repetimos, sólo queda excluida cuando el propio interesado ha accionado, conforme con lo dispuesto por el artículo 1078 Ver Texto , Código Civil (ref. por ley 17711). Pero advertimos que el artículo 22 Ver Texto ha ampliado el círculo de las personas a quienes se autoriza a demandar por daño moral, que el artículo 1078 Ver Texto limita a los herederos forzosos, en tanto que la ley 18248 lo extiende

también a los hermanos. Esta ampliación se explica porque lo relativo al nombre afecta no sólo al propio interesado, sino también a todo el círculo de la familia que lleva su apellido.

1117/10760

III. DOMICILIO (ver nota 1)

1117/10770

§ 1.— Concepto y clasificación

1117/350

350. CONCEPTO.— El domicilio es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona para la producción de determinados efectos jurídicos (ver nota 2).

Es una exigencia ineludible del buen orden social que las personas puedan ser ubicadas en el territorio. Es necesario que exista un lugar determinado en donde se les pueda exigir el cumplimiento de sus obligaciones, el pago de los impuestos, donde se los pueda notificar judicial o administrativamente; se precisa que las personas tengan un asiento jurídico, en donde puedan reclamar la protección de las leyes. De ahí la importancia del domicilio.

1117/351

351.— El domicilio siempre está determinado o fijado por la ley.

A veces, ésta toma en cuenta la residencia real de la persona; otras veces, su profesión, las funciones que desempeña, su dependencia de un representante legal, etcétera. De ahí que sea impropio hablar de domicilio aparente o anómalo, como lo hacen algunos autores refiriéndose a los que no coinciden con el verdadero centro de la residencia o de los negocios de una persona. Porque si en el concepto común, por domicilio se entiende el lugar en donde una persona vive, desde el punto de vista jurídico es aquel lugar en que la ley la ubica para el cumplimiento de sus obligaciones.

1117/352

352. CLASIFICACIÓN.— El domicilio se clasifica en general u ordinario y especial. El primero es el que se aplica a la generalidad de los derechos y obligaciones de una persona; en cambio, el segundo es un domicilio de excepción y se aplica solamente a ciertas relaciones jurídicas especialmente determinadas en cada caso particular.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBÍAS, t. 1, n° 850 y s.; ORGAZ, Personas individuales, ps. 233 y s.; BUSSO, Código Civil Anotado, t. 1, coment. al art. 89 y s.; SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol. 3.3, ps. 525 y s., n° 1229; SALVAT, Parte General, 6ª ed., ps. 408 y s., n° 887 y s.; TEDESCHI, U., Del domicilio, Padova, 1936; BATTISTA, M., Del domicilio e della residenza, Napoli, 1923; CARNELUTTI, F., Note critiche intorno al concetti di domicilio, residenza e dimora, Archivio Giuridico, t. 75, ps. 433 y s.; DEGNI, F., Le persone fisiche, Torino, 1939, ps. 57 y s., n° 16 y s.; LOISON, Y., Des elements constitutifs du domicile, Angers, 1942; PEPE P., Les notions juridique et administrative du domicile, París, 1944; KENNANA, K. K., A treatise on residence and domicile, Rochester, 1934.

(nota 2) Casi todos los autores modernos están de acuerdo en esta definición que hemos tomado, en lo sustancial, de BUSSO, t. 1, coment. al art. 89, n° 4. Debe considerarse superado el concepto de AUBRY y RAU, para quienes el domicilio es la relación jurídica entre un lugar y una persona (t. 1, p. 576), noción confusa si no ininteligible, que ha sido justamente repudiada por los tratadistas modernos.

1117/10780

§ 2.— Domicilio general u ordinario

1117/10790

A.— DOMICILIO REAL

1117/353

353. CONCEPTO: DISTINCIÓN CON LA RESIDENCIA Y LA HABITACIÓN.— Según el artículo 89 Ver Texto del Código Civil, el domicilio real de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios. Es, pues, el lugar donde una persona vive, en donde tiene el centro principal de sus actividades, en donde reside habitualmente.

Es necesario no confundirlo con la simple residencia, que implica la permanencia en un lugar con carácter temporario y sin ánimo de vivir allí, y menos aún con la habitación, que es la permanencia accidental en un sitio determinado. Imagínese el caso de una familia que vive en Buenos Aires y pasa su temporada de verano en Córdoba: tiene su domicilio en la Capital y su residencia en esa provincia. Puede ocurrir que durante el veraneo y viajando en automóvil a Córdoba, el jefe de familia se vea obligado a pernoctar en Venado Tuerto: en ese lugar tiene su habitación.

1117/354

354.— Ahora bien: el artículo 89 Ver Texto habla del asiento principal de la residencia y de los negocios. Pero puede ocurrir, sin embargo, que se tenga la residencia en un lugar y los negocios en otro, como sucede con frecuencia con las personas que viven con su familia en los pueblos circunvecinos de la Capital Federal, pero tienen su comercio o escritorio en esta ciudad. El Código ha previsto el caso en el artículo 94 Ver Texto , que dispone la prevalencia del lugar en donde está establecida la familia. Distinta es la solución del Código Civil italiano, en el cual el domicilio está determinado por el lugar en el que se ha establecido la sede principal de los negocios e intereses (art. 43). Entendemos que la solución justa hubiera sido aquella que diera preferencia a la residencia de la familia en todas las relaciones jurídicas de carácter extrapatrimonial o a las de carácter patrimonial contraídas en ese lugar (particularmente, provisión de alimentos, mercaderías, muebles, etc.); en tanto que la sede de los negocios tendría preferencia con relación a todos los restantes negocios jurídicos patrimoniales. Sobre este punto hemos de volver con más extensión al tratar la unidad del domicilio (véase núms. 390 y sigs.).

1117/355

355.— Según una doctrina muy generalizada, el domicilio real requiere dos elementos: uno, objetivo, que es la residencia habitual; el otro, subjetivo, que consiste en el ánimo o intención de permanecer en él (ver nota 1). Por nuestra parte, consideramos que la intención no constituye un elemento necesario del domicilio. Es verdad que nuestro Código alude varias veces a ella (arts. 96 Ver Texto , 97 y 99 Ver Texto); pero evidentemente la intención que se toma en cuenta es aquella que se manifiesta en hechos concretos, en actos exteriores (ver nota 2). La intención a que alude el Código es simplemente la conducta que permite inferir una voluntad de hacer de ese lugar el centro de sus actividades. Un abogado cordobés que instalara su estudio en Buenos Aires, y trasladara aquí su familia, no puede

pretender luego que tiene intención de conservar su domicilio en Córdoba. Ello demuestra que el domicilio real está determinado exclusivamente por elementos objetivos: la residencia habitual en un lugar determinado, que se ha hecho el centro de la vida familiar, y de las actividades culturales, económicas, etcétera.

1117/356

356. CARACTERES DEL DOMICILIO REAL.— Además de los caracteres propios del domicilio general, a los que hemos de referirnos más adelante, el domicilio real presenta los siguientes:

a) Es voluntario, porque depende de la voluntad de las personas.

b) Es mutable, porque puede cambiarse de un lugar a otro; ésta ha sido reputada como una de las garantías propias de la libertad humana, y por ello el Código ha dispuesto que dicha facultad no puede ser coartada ni por un contrato ni por disposición de última voluntad (art. 97 Ver Texto).

c) Es inviolable, y así lo dispone el artículo 18 Ver Texto de la Constitución Nacional. Este texto habla solamente de domicilio; pero es obvio que se refiere al real.

1117/357

357. CAMBIO DEL DOMICILIO REAL.— Hemos dicho ya que uno de los caracteres del domicilio real es su libre mutabilidad y que esta facultad no puede ser coartada por contrato ni por disposición de última voluntad (art. 97 Ver Texto , Cód. Civ.).

¿Cómo se opera el cambio de domicilio real? El Código Civil resuelve este problema disponiendo que el cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar a otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento (art. 97 Ver Texto). Con esta disposición se ha querido dejar sentado que lo único que tiene validez para determinar el domicilio de una persona es el lugar en donde ella reside habitualmente, haciendo de él el centro de sus actividades.

Por consiguiente, no bastaría que una persona cambiase de residencia, si el lugar anterior continúa siendo el centro de sus actividades, adonde ella ha de volver: no cambia de domicilio quien pasa una temporada de veraneo en Mar del Plata, dejando su casa puesta en Buenos Aires. Tampoco sería eficaz una declaración formal en el sentido de que se tiene la

intención de mudar el domicilio; es necesario siempre que esta voluntad se traduzca en hechos.

1117/358

358. CONSERVACIÓN DEL DOMICILIO.— El artículo 99 Ver Texto establece que el domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo o de no adoptar otro. Esta disposición ha hecho nacer una teoría según la cual el domicilio se conserva solo animo. Mientras que, para cambiarlo, sería necesaria la intención seguida del efectivo traslado de la residencia, en cambio, para conservarlo, bastaría la intención. Nada más erróneo. Es necesario insistir en que el domicilio real siempre está determinado por la conducta que permite inferir que una persona ha hecho de ese lugar el centro de sus actividades, el sitio de su residencia habitual, de su vida. Es esta conducta la que determina la adquisición del domicilio, así como su cambio y conservación. La intención no se puede disociar en ningún caso de la conducta externa de las personas (ver nota 3).

¿Cómo se explica entonces, que el artículo 99 Ver Texto establezca que el domicilio se conserva con la sola intención de no cambiarlo? El codificador ha querido prever una hipótesis muy simple. Supóngase que una persona, domiciliada en Buenos Aires, emprenda un viaje por el Viejo Mundo, que dure largo tiempo, dos o tres, o más años. En tanto no se establezca definitivamente en otro lugar, en tanto siga teniendo en Buenos Aires su casa puesta, su escritorio abierto, la administración de sus propiedades, continúa teniendo aquí su domicilio; en este caso, la ley supone que tiene la intención de no cambiarlo y, como su conducta exterior así lo demuestra, conserva su domicilio primitivo. Pero si esa misma persona se establece en París y hace de esta ciudad el centro de sus actividades y de su vida, por más que en su interior tuviera la intención de volver a Buenos Aires, habría cambiado domicilio y, por consiguiente, perdido el que tenía aquí.

Como se ve, los problemas del cambio y de la conservación del domicilio, están íntimamente ligados. Por lo general, una persona no pierde un domicilio sino cuando adquiere otro, vale decir, cuando lo cambia. Son excepcionales las hipótesis en que lo deja sin tener ningún lugar de residencia efectiva. Esto se vincula con el problema de la necesidad del domicilio, que hemos de ver oportunamente (núm. 389).

Consecuentemente con estos principios, el artículo 95 Ver Texto del Código Civil establece que la residencia involuntaria por destierro, prisión, etcétera, no altera el domicilio anterior, si se conserva allí la familia, o se tiene el asiento principal de los negocios.

(nota 1) BUSSO, t. 1, coment. art. 89, n° 23 y s.; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 494 y s.; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 1, ps. 582 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., n° 554; y casi toda la doctrina francesa fundada en el art. 103 del Código Napoleón.

(nota 2) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, p. 250; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1268; VON TUHR, ed. Depalma, vol. 12, p. 80.

(nota 3) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 26/12/1960, causa 61.372 (inédita); íd., 6/9/1960 (inédita).

1117/10800

B.— DOMICILIO LEGAL

1117/359

359. CONCEPTO Y CARACTERES.— Según el artículo 90 Ver Texto del Código Civil, el domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.

De acuerdo con el concepto expresado en este artículo, el domicilio legal vendría a ser una ficción; se parte de la noción de que el único domicilio verdadero es aquél en el que se tiene el asiento principal de la residencia o de los negocios; por consiguiente, si la residencia efectiva no coincide con el lugar fijado por la ley, el domicilio es ficticio. Creemos que este concepto de VÉLEZ SANSFIELD, muy común en doctrina (ver nota 1), es erróneo. Según lo hemos definido, domicilio es el lugar que la ley fija como asiento jurídico de la persona, para la producción de determinados efectos (núm. 350). Algunas veces toma en cuenta la residencia: es el domicilio real; pero otras, considera distintas circunstancias ajenas a la residencia efectiva: es el domicilio legal. En ningún caso hay ficción: es siempre la ley la que está fijando el lugar del domicilio (ver nota 2). Sin embargo, es conveniente notar que aun en el caso de domicilio legal, siempre está presente la idea de residencia habitual. Toda la enumeración del artículo 90 Ver Texto se basa en esa idea, y el domicilio se fija allí donde es lógico suponer que una persona está presente. Si bien esta residencia efectiva no es un requisito sine qua non del domicilio legal, la ley ha procurado que ambas coincidan.

El equívoco de considerar ficticio el domicilio legal se explica porque, etimológicamente, la palabra domicilio deriva de domus, la casa en que se vive; éste es también el significado

vulgar de dicha palabra. Pero a veces el significado jurídico suele diferir del etimológico y del común: ése es nuestro caso.

El domicilio legal, a diferencia del real, es forzoso. Su elección no depende de la voluntad de la persona, sino que es impuesta por la ley, y no puede ser cambiado ni fijado en otro lugar mientras dure la situación jurídica de la cual depende.

1117/360

360. CASOS DE DOMICILIO LEGAL.— El artículo 90 Ver Texto del Código Civil enumera distintas hipótesis de domicilio legal, que estudiaremos a continuación.

(nota 1) BUSSO, t. 1, coment. al art. 90, n° 9; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 901.

(nota 2) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, ps. 236 y s.; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1248.

1117/361

361. a) Los funcionarios públicos.— Los funcionarios públicos, eclesiásticos o seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, o de simple comisión (art. 90 Ver Texto , inc. 1°).

La primera dificultad que se presenta con respecto a este inciso es acerca del significado de la expresión funcionario público. Es ya larga la discusión de si por estos términos debe entenderse tan sólo a los funcionarios de cierta importancia y jerarquía —los restantes serían simples empleados u obreros públicos— o si, por el contrario, comprenden a todas las personas vinculadas por una relación de dependencia estable con la administración pública. Por una parte, es evidente que todas las personas que ejercen un cargo oficial, realizan una función pública, por humilde que ella sea, pero también es verdad que, en su acepción ordinaria y común, las palabras “funcionario público” se reservan para los de cierta jerarquía. Entendemos que no es posible resolver de una manera general y para todos los casos, que cuando las leyes aluden a los funcionarios se refieren a uno u otro de estos conceptos; será necesario tomar en cuenta las circunstancias del caso y extraer así el recto sentido de la ley (ver nota 1).

En nuestra hipótesis, pensamos que no hay razón alguna para juzgar que la ley ha hecho distinción entre los funcionarios de jerarquía y los de categoría inferior. La razón que ha tenido para fijar este domicilio legal, es que allí debe suponerse que se encuentra la persona, en razón de la habitualidad de sus tareas. El empleo público obliga por lo general al empleado a permanecer en el lugar en el que debe llenar las suyas. Y como esta circunstancia se da cualquiera que sea la importancia del empleo público, es natural que la disposición del artículo 90 Ver Texto se aplique a todos los empleados y obreros del Estado.

1117/362

362.— Si una persona desempeña dos funciones públicas permanentes en distintas jurisdicciones o lugares, tiene dos domicilios legales, ya que ninguna norma legal autoriza a hacer prevalecer uno de ellos.

1117/363

363.— El domicilio legal de los funcionarios públicos produce todos los efectos propios del domicilio general (ver nota 2). Es por consiguiente allí donde deben notificarse las demandas judiciales. La tesis contraria, según la cual el domicilio legal sólo determinaría la competencia judicial, pero las notificaciones deberían hacerse en el real (ver nota 3), carece de todo fundamento y es contraria al principio de la unidad del domicilio. Desde que hay un domicilio legal, no existe el real, puesto que el uno excluye al otro. Cuando más podría hablarse del lugar donde se reside o se vive, pero no del domicilio, en el sentido jurídico de esta palabra. Sin embargo, una práctica muy generalizada hace que casi siempre las demandas se notifiquen en el lugar en que vive el demandado. Creemos que sería muy perjudicial e inútil considerar nulas tales notificaciones, pero sin duda alguna, son perfectamente válidas las que se hacen en el lugar en el que se desempeñan las funciones.

1117/364

364.— La atribución de domicilio legal no comprende, sin embargo, a los que desempeñan funciones temporarias, periódicas o de simple comisión (art. 90 Ver Texto , inc. 1º, in fine). Como ejemplo pueden citarse los legisladores, sean provinciales o nacionales, los directores de bancos u otras instituciones oficiales, cuyas funciones tienen un término fijo, los miembros de una intervención federal, etcétera. Estos funcionarios carecen, por lo tanto, de domicilio legal.

1117/365

365.— En el derecho comparado se advierte una tendencia a suprimir el domicilio legal de los funcionarios públicos; así ha sucedido en los códigos alemán e italiano. Sin embargo, el Proyecto de 1936 lo mantiene (art. 31, inc. 1º), no así el Anteproyecto de 1954, que se limita a fijar el domicilio de los incapaces, las mujeres casadas y las personas cuyo domicilio no sea conocido (arts. 42 a 44).

1117/366

366. b) Los militares.— Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquél, si no manifestasen intención en contrario, por algún establecimiento permanente o asiento principal de sus negocios en otro lugar (art. 90 Ver Texto, inc. 2º).

También los militares son funcionarios públicos, no obstante lo cual, nuestro Código ha creído conveniente tratarlos por separado e introducir una diferencia sensible con respecto a los demás, desde que, en este caso, el interesado puede manifestar su voluntad de tener el domicilio en el lugar del asiento de su residencia o de sus negocios.

¿Es necesario una declaración formal, en el sentido de que se opta por el asiento principal de la residencia o de los negocios? Creemos que no; la voluntad de que habla la ley es aquella que se manifiesta en hechos. Bastaría que un militar hiciera efectivamente de un lugar determinado el centro de su vida y de sus negocios, para que éste sea su domicilio (ver nota 4). Lo que la ley establece, por lo tanto, es una presunción: en defecto de prueba en contrario, el domicilio de los militares es el lugar en donde se hallen prestando servicio; pero si se prueba, por ellos o por terceros, que han establecido de una manera efectiva su domicilio real en otro lugar, es éste el que prevalece.

1117/367

367.— El inciso 2º se refiere concretamente a los militares en servicio activo; por consiguiente, los que estén en situación de retiro carecen de domicilio legal. Tampoco lo tienen los ciudadanos conscriptos, porque sólo están incorporados a las filas del ejército de una manera temporaria (ver nota 5).

Hay algunas hipótesis en que la ubicación del domicilio da lugar a dificultades: 1) Los miembros de la Marina, embarcados, tienen su domicilio en el lugar de la base naval de la cual partieron (ver nota 6). 2) En caso de guerra, si se tratara de militares directamente afectados a las operaciones tácticas, conservan su último domicilio anterior a esas operaciones. No nos parece aceptable la teoría según la cual deben conservar el último

domicilio anterior a la iniciación de las hostilidades (ver nota 7), porque en la gran guerra moderna, aumentan cada día más las funciones estables de retaguardia; y no se ve por qué razón los militares que se desempeñan durante largo tiempo en un mismo lugar, hayan de tener otro domicilio que ése, por la sola circunstancia de que la guerra se haya declarado.

(nota 1) Sobre este punto, véase BIELSA, Derecho Administrativo, 1947, t. 2, n° 250 y s.; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 1250 y s.

(nota 2) ORGAZ, Personas individuales, p. 241, nota 10.

(nota 3) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 909; en el mismo sentido, C. Civil 2ª Cap., 27/11/1925, J.A., t. 18, p. 650.

(nota 4) ORGAZ, Personas individuales, ps. 241 y s.; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1250.

(nota 5) ORGAZ, Personas individuales, p. 242; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1250; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 911; BUSSO, coment. art. 90, n° 31; LLAMBÍAS, t. 1, n° 873.

(nota 6) BUSSO, t. 1, coment. art. 90, n° 34.

(nota 7) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 911; BUSSO, t. 1, coment. art. 90, n° 35.

1117/368

368. c) Las personas jurídicas.— El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por las leyes o por el gobierno, es el lugar donde está situada su dirección o administración, si en sus estatutos o en la autorización que se les dio, no tuviesen un domicilio señalado (art. 90 Ver Texto , inc. 3º).

El domicilio de las personas jurídicas está determinado, en primer lugar, por los estatutos o por la autorización que les dio vida; a falta de ellos, por el lugar en donde se encuentra la dirección y administración.

Sin embargo, se ha sostenido, con razón, que los estatutos no podrían fijar un domicilio puramente ficticio y ajeno a toda labor de dirección o administración (ver nota 1). Es necesario prevenirse contra estas ficciones, destinadas, por lo general, a burlar las leyes nacionales o locales. Este principio es especialmente importante en lo que atañe a las sociedades jurídicas constituidas en el extranjero: si éstas tuviesen en el país una sucursal o cualquier especie de representación social (art. 287 Ver Texto , Cód. Com.), el domicilio estaría determinado por el principal asiento de los negocios en el país. Sólo cuando no exista este asiento en la República, perdura el domicilio extranjero (ver nota 2).

1117/369

369.— Sin embargo, en lo que atañe a los comerciantes, la ley 19551 ha establecido que el juez competente en la convocatoria de acreedores o la quiebra, es el del domicilio social inscripto, si se trata de sociedades regularmente constituidas; y el del lugar de la sede social o, en su defecto, el del establecimiento o explotación principal, si no estuvieren regularmente constituidas (art. 3º Ver Texto , incs. 3º y 4º).

La Nación tiene su domicilio en la Capital Federal (ver nota 3); las provincias, en sus ciudades capitales; los municipios, en el lugar en que está situada la administración municipal. Los Estados extranjeros están domiciliados en sus respectivos territorios (ver nota 4).

1117/370

370.— En el caso de que las sociedades o compañías comerciales tengan muchos establecimientos o sucursales, tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad (art. 90 Ver Texto , inc. 4º). Es perfectamente justo que las personas que contratan con las agencias o sucursales de una empresa comercial, no se vean obligadas más tarde a plantear sus reclamaciones en otro lugar, ubicado quizás a gran distancia.

No siempre resulta claro, sin embargo, si la representación que tiene acreditada una casa de comercio en algún punto del interior del país, es o no una sucursal, en el concepto del artículo 90 Ver Texto , inciso 4º, esto es, que autorice a demandarla en ese lugar. Es esta una cuestión de hecho, que debe resolver el juez apreciando la importancia comercial del establecimiento local y la extensión de los poderes conferidos al gerente o jefe de ella (ver nota 5). La habrá si los agentes locales tienen cierta autonomía que les permita contraer obligaciones a nombre de la sociedad que representan y si el establecimiento tiene cierta estabilidad. En un caso se resolvió que si una compañía, para la realización de una obra necesita llevar al lugar de su ejecución gran cantidad de materiales, emplear obreros, invertir cuantiosas sumas, instalar una oficina y permanecer largo tiempo en el lugar, ha

cubierto el presupuesto necesario para considerar que ha fundado un establecimiento (ver nota 6).

1117/371

371.— El Código fija este domicilio a los efectos de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales. Esto no significa de ninguna manera, que sea válido únicamente con respecto a las obligaciones contractuales, sino que se extiende a todas las obligaciones nacidas de la actividad de esa sucursal, inclusive las que surgen de delitos o cuasidelitos cometidos por los representantes, agentes o dependientes de la persona jurídica (ver nota 7).

1117/372

372.— Según lo hemos dicho, este domicilio especial para las obligaciones contraídas por los agentes de las sociedades comerciales, ha sido instituido en beneficio de los terceros. Por consiguiente, no hay inconveniente alguno en que éstos renuncien a él, y demanden en el lugar del principal establecimiento. Con ello no se lesiona ningún interés de la compañía y puede convenir al tercero (ver nota 8).

(nota 1) SPOTA, t. 1, vol. 3.3, ps. 676 y s., n° 1251.

(nota 2) SPOTA, t. 1, vol. 3.3, ps. 676 y s., n° 1251.

(nota 3) En contra: FERRARA, F., Trattato di diritto civile italiano, Roma, 1921, t. 1, p. 665, que piensa que el Estado tiene su domicilio en todos los lugares en donde se halla la sede de sus administraciones.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 5/6/1940, J.A., t. 71, p. 403, y L.L., t. 19, p. 53; BUSSO, t. 1, coment. art. 90, n° 75.

(nota 5) C. Civil 1ª La Plata, 2/6/1933, J.A., t. 42, p. 921; BUSSO, t. 1, coment. art. 90, n° 57; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1251.

(nota 6) Trib. Trabajo San Nicolás, 13/12/1954, L.L., t. 68, p. 467.

(nota 7) C.S.N., 14/10/1929, J.A., t. 31, p. 370.

(nota 8) De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 1/7/1940, L.L., t. 19, p. 309; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 1266. En contra: C. Paz Let. Cap., 2/12/1938, J.A., t. 65, p. 556.

1117/373

373. d) Transeúntes, ambulantes y personas que no tuvieran domicilio conocido.— Los transeúntes, o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual (art. 90 Ver Texto , inc. 5º).

Esta disposición se vincula con el principio de la necesidad del domicilio. El legislador se ha preocupado de atribuir un domicilio aun a estas personas, que no tienen un asiento principal conocido. En tales casos, la ley lo fija en el lugar de su residencia actual, es decir, de su habitación, ya que no es necesaria la permanencia habitual, bastando el simple hecho de su presencia actual (ver nota 1).

Al hablar de personas que no tienen domicilio conocido, la ley alude a aquellas a las cuales no se les ha conocido nunca un domicilio, porque si se sabe de uno, aunque haya sido abandonado, rige el artículo 98 Ver Texto , que dispone que el último domicilio conocido de una persona es el que prevalece, cuando no es conocido el nuevo.

(nota 1) SPOTA, t. 1, vol. 3.3, nº 1252.

1117/374

374. e) Incapaces.— El inciso 6º del artículo 90 Ver Texto , sienta el principio general de que los incapaces tienen el domicilio de sus representantes. En algunos casos, sin embargo, el domicilio de los incapaces da lugar a algunas dificultades, que hemos de considerar a continuación.

1117/375

375. 1) Hijos matrimoniales y adoptivos.— Los hijos, sean de sangre o adoptivos, tienen su domicilio legal en el del padre o madre que ejerza la patria potestad. Sin embargo, en caso de divorcio, lo tienen en el domicilio de aquél a quien le ha sido otorgada la tenencia; si le ha sido concedida a la madre, el domicilio de ésta será el domicilio legal del menor, aunque el padre conserve la patria potestad (ver nota 1). Si los padres fallecen, tienen el domicilio de su tutor.

1117/376

376. 2) Hijos extramatrimoniales reconocidos.— El hijo extramatrimonial tiene el domicilio del padre o madre que lo hubiera reconocido. Si lo hicieran los dos y éstos viviesen separados, el menor tiene el domicilio de quien viviese con él (ver nota 2). Si ninguno de los progenitores viviese con el menor, éste tiene el domicilio de aquel que se halla en ejercicio de la patria potestad.

1117/377

377. 3) Hijos extramatrimoniales no reconocidos.— Los hijos extramatrimoniales no reconocidos, hayan o no sido abandonados, tienen el domicilio legal de su tutor. Si aún no se hubiese proveído la tutela, el domicilio será el lugar en que lo tenga su guardador (ver nota 3); y si el menor se hubiere hallado abandonado, el domicilio será el que corresponda al lugar en que fue encontrado (arg. art. 403 Ver Texto) (ver nota 4).

El tutor de un menor puede cambiar su domicilio fuera de la jurisdicción del juzgado que discernió la tutela; pero ello no importará el cambio del domicilio del menor, que será siempre el del lugar en que fue discernida la tutela, a menos que el cambio se haya autorizado judicialmente (arg. arts. 401 Ver Texto , 405 Ver Texto y 432 Ver Texto).

1117/378

378. 4) Incapaces mayores de edad.— En el caso de demencia, sordomudez o de incapacidad por condenaciones penales, el incapaz tiene el domicilio de su curador. El curador puede cambiar su domicilio; pero el insano lo conserva en el lugar en donde fue discernida la curatela, mientras el cambio no haya sido autorizado judicialmente (ver nota 5); y aun en este caso, continuará siendo competente el juez que discernió la curatela, para todo lo que se vincule con ella (art. 405 Ver Texto). Es claro que nada se opone a que el curador pueda cambiar su domicilio dentro de la jurisdicción del juzgado, sin necesidad de autorización judicial.

Si el insano fuera casado, el domicilio legal es el de su cónyuge, salvo que la curatela se hubiera discernido a un tercero.

(nota 1) LLAMBÍAS, t. 1, n° 880; BUSSO, t. 1, coment. art. 90, n° 86; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, p. 690, n° 1253 bis; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 1, n° 150.

(nota 2) LLAMBÍAS, t. 1, n° 887; DEMANTE Y COLMET DE SANTÈRRE, t. 1, n° 132 bis 3; SPOTA también está de acuerdo con este punto de vista, pero sólo en el caso de que el reconocimiento del padre fuera posterior al de la madre y el menor viviera con ella o si el reconocimiento paterno fuera el resultado de una acción judicial (t. 1, vol. 3.3, n° 1254).

(nota 3) SPOTA, t. 1, vol. 3.3, p. 697, n° 1255; BUSSO, t. 1, coment. art. 90, n° 94.

(nota 4) SPOTA, loc. cit. en nota anterior; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 919. Confróntese la opinión, a nuestro juicio errónea, de ORGAZ, Personas individuales, p. 243.

(nota 5) C.S.N., 25/6/1923, J.A., t. 10, p. 678; LLAMBÍAS, t. 1, n° 884.

1117/379

379-384. f) Mujer casada.— El inciso 9º del artículo 90 Ver Texto establecía que la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya. Esta disposición ha sido derogada por la ley 23515 . Hoy la mujer casada carece de domicilio legal. El domicilio conyugal es elegido de común acuerdo por ambos cónyuges (art. 206 Ver Texto). Los separados o divorciados por sentencia firme pueden elegir libremente su domicilio (art. 206 Ver Texto).

1117/385

385. g) Personas que sirven o trabajan en casa de otras.— El artículo 90 Ver Texto , inciso 8º dispone que los mayores de edad que sirven o trabajan o que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona a quien sirven o para quien trabajan, siempre que residan en la misma casa o en habitaciones accesorias, con excepción de la mujer casada que, como obrera o doméstica, habita otra casa que la de su marido.

Debe considerarse implícitamente derogada la última parte de este inciso, que hace la salvedad de la mujer casada que como obrera o doméstica habita otra casa que la de su marido. Esta disposición se explicaba cuando la mujer casada tenía el domicilio de su marido hoy ambos cónyuges están en situación de igualdad. Por lo tanto, si uno de ellos, por razones de trabajo, habita permanentemente en otro lugar que no es el domicilio que se había constituido de común acuerdo, ese lugar es el domicilio real. Aunque esta disposición habla de mayores de edad, es evidente que alude a todas las personas capaces de constituir un domicilio; por consiguiente, los menores emancipados se hallan incluidos dentro de esta norma; y, por el contrario, los incapaces mayores de edad no lo están: ellos tienen el domicilio de sus representantes (ver nota 1).

1117/386

386.— Se hallan comprendidos en el precepto todos los que sirven o trabajan o están agregados en casa de otros. Estos términos son, pues, muy amplios y comprenden no sólo al servicio doméstico, sino a todos los dependientes, empleados, secretarios, institutrices, o simples parientes o amigos (aunque no tengan estos últimos una relación de dependencia). Empero, es necesario que esas personas residan en la misma casa o en habitaciones accesorias. Como se ve, el criterio del legislador ha sido tomar en cuenta la residencia efectiva.

1117/387

387.— Puede ocurrir que el principal o dueño de casa tenga un domicilio legal distinto del lugar en que vive. ¿Cuál es, en tal caso, el domicilio de la persona que habita con él? Entendemos que en esta hipótesis, el domicilio de ésta no es el legal de su principal sino el lugar en que vive (ver nota 2), porque el fundamento del legislador, al establecer esta norma, ha sido tomar en cuenta la residencia efectiva de la persona que trabaja o está agregada a la casa de otra. Esta solución tiene, además, la ventaja de que los terceros que deban iniciar alguna acción judicial contra ella no se vean obligados a investigar si el principal tiene o no domicilio legal y dónde lo tiene; y acudir luego a una jurisdicción tal vez lejana.

(nota 1) ORGAZ, Personas individuales, p. 244; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1265; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 925.

(nota 2) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, n° 893; ARAUZ CASTEX, t. 1, n° 636; ORGAZ, Personas individuales, p. 245; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1265.

1117/388

388. EL DOMICILIO DE ORIGEN.— El domicilio de origen es el lugar del domicilio del padre, en el día del nacimiento de los hijos (art. 89 Ver Texto , in fine). Adviértase que la ley no dice el lugar del nacimiento, sino el lugar del domicilio de los padres, que pueden ser distintos, como ocurriría en caso de que una madre, domiciliada en San Isidro, viniera a dar a luz en un sanatorio de la Capital Federal.

Esta disposición no hace distinción alguna entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales; por consiguiente, es aplicable a ambos. Pero si se tratara de hijos de padres desconocidos, es natural que carecen de domicilio de origen.

El interés legal del domicilio de origen se reduce al supuesto de que una persona abandona su domicilio en país extranjero sin ánimo de volver a él, en cuyo caso tiene el domicilio de su nacimiento (art. 96 Ver Texto).

Salvo estas hipótesis, el domicilio de origen carece de relevancia ya que desde el momento del nacimiento, los menores tienen el domicilio de sus padres o representantes legales (véase núms. 374 y sigs.).

Aunque nuestro Código trata este domicilio separadamente del real y del legal, es evidente que no es sino una hipótesis más de domicilio legal (ver nota 1).

(nota 1) De acuerdo: BUSSO, t. 1, coment. art. 89, n° 52; LLAMBÍAS, t. 1, n° 895.

1117/10810

C.— NECESIDAD Y UNIDAD DEL DOMICILIO GENERAL

1117/389

389. NECESIDAD DEL DOMICILIO.— Hemos dicho ya que el domicilio de las personas es una exigencia del orden jurídico: es indispensable poder ubicar a las personas en el

territorio, para poderles exigir el cumplimiento de sus obligaciones y deberes (véase núm. 350).

De ahí que todas las personas deban, necesariamente, tener un domicilio. Por eso la ley se ha preocupado de fijarlo aun en aquellos casos en que los interesados no tienen una residencia fija, un centro de sus actividades y sus negocios. Así es como el artículo 90 Ver Texto , inciso 5º, establece que: Los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual. Pero puede ocurrir que la persona no se encuentre presente y que no se conozca su residencia o habitación. En ese caso, el último domicilio conocido de una persona es el que prevalece, cuando no es conocido el nuevo (art. 98 Ver Texto). Por último, el artículo 96 Ver Texto prevé una hipótesis más: En el momento en que el domicilio en país extranjero es abandonado, sin ánimo de volver a él, la persona tiene el domicilio de su nacimiento.

Como se ve, la ley ha previsto todas las hipótesis posibles para evitar que, en ningún caso, una persona carezca de domicilio.

1117/390

390. UNIDAD DEL DOMICILIO.— Además de necesario el domicilio es, dentro del sistema de nuestra ley, único: no se puede tener más de un domicilio general. Este principio no ha sido establecido de una manera expresa, pero surge de diversas disposiciones legales (ver nota 1). El artículo 89 Ver Texto fija el domicilio real en el lugar del principal, asiento de la residencia o de los negocios; el artículo 93 Ver Texto precisa que en caso de habitación alternativa en varios lugares, el domicilio es el lugar en donde se tiene la familia o el principal establecimiento; el 94 resuelve el problema de que la familia se tenga en un lugar y el asiento principal de los negocios en otro, dándole preferencia al primero. Esta preocupación del legislador por establecer un solo domicilio se advierte también en las disposiciones referentes al cambio, que hacen incompatible la conservación del domicilio anterior con la constitución de uno nuevo (art. 97 Ver Texto).

Corolario del principio de la unidad es que la existencia de un domicilio legal tiene como consecuencia la desaparición del real; sólo cesando el motivo que dio lugar al domicilio legal, desaparece éste y reaparece el real (art. 91 Ver Texto).

1117/391

391. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA UNIDAD.— Pero el principio de la unidad del domicilio no es absoluto y, por el contrario, admite algunas excepciones:

a) Las compañías con diversos establecimientos o sucursales tienen tantos domicilios como agencias, a los efectos de las obligaciones contraídas en ellas (art. 90 Ver Texto , inc. 4º).

b) El domicilio comercial de las personas casadas, no es el lugar en que conviven, sino el de su establecimiento o escritorio (véase núm. 413).

c) Las personas que ejercen dos o más funciones públicas permanentes tienen tantos domicilios como lugares en que ejercen aquéllas.

d) Si una persona residiera alternativamente y durante tiempos equivalentes, en dos o más lugares, tiene tantos domicilios como lugares de residencia. En efecto, en este caso no hay otra manera de resolver el problema jurídico. Ocurre con frecuencia que una persona tiene una estancia en la provincia de Buenos Aires y casa puesta, y, además, escritorio en la Capital, y que vive alternativamente seis meses en ambos lugares. En los dos tiene su residencia y el asiento de sus negocios; es, por ende, indiscutible que puede ser demandado tanto en la provincia como en la Capital (ver nota 2).

e) En caso de divorcio, subsiste el último domicilio conyugal a los efectos de determinar la competencia judicial, no obstante que las partes hayan constituido uno nuevo (véase núm. 381).

Y, finalmente, no hay que olvidar la práctica jurisprudencial de realizar las notificaciones en el domicilio real, no obstante existir uno legal (véase núm. 363).

1117/392

392. CRÍTICA AL SISTEMA DE LA UNIDAD DEL DOMICILIO.— El principio de la unidad del domicilio, sobre todo si se lo aplica con rigor, se presta a severas críticas. La primera y fundamental, es que no responde a la realidad. Si en la práctica una persona tiene varios asientos de su residencia y de sus negocios, no se ve por qué razón ha de atribuirse a uno solo de ellos el carácter de domicilio. Es injusto que el tercero que contrata con una persona en uno de sus establecimientos o asientos, sea obligado a investigar si no tiene otro más importante y acudir, en su caso, a otra jurisdicción para litigar. Estos perjuicios que resultan del sistema de la unidad para los terceros de buena fe, han dado lugar a que la jurisprudencia francesa atenúe francamente aquel sistema, también establecido por el Código Napoleón, apelando a la teoría de los domicilios presuntivamente elegidos o a otras limitaciones y derogaciones cada vez más numerosas (ver nota 3).

Menos lógico aún resulta el principio de la unidad, si se tiene la residencia de la familia en un lugar y los negocios en otro. Ocurre con frecuencia que una persona viva con su familia en los alrededores de la Capital Federal y tenga su escritorio, consultorio, comercio o industria en esta ciudad. No resulta de ninguna manera equitativo que quienes se vinculan comercial o profundamente con ella en la Capital, que tratan allí sus negocios, sean obligados a ocurrir a los tribunales provinciales para compelerla a cumplir sus obligaciones. En cambio, es natural que las acciones relativas al derecho de familia se intenten ante el juez del lugar en donde ésta vive. Tal es el sistema que se desprende del artículo 23 del Código Civil suizo y también del criterio general seguido por el Código Civil italiano, aunque no siempre se ha ajustado rigurosamente a él (véase arts. 286, 304, 92, 104, 107, 341, 923, etc.).

Sostenemos, pues, de lege ferenda, la conveniencia de que haya un domicilio general, para cuya fijación debe tenerse en cuenta la residencia, sin perjuicio que el asiento de los negocios sea tenido como domicilio especial a sus efectos.

1117/393

393. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En la legislación comparada prevalece el sistema de la pluralidad de domicilio. Lo aceptan francamente el Código Civil chileno (art. 67), ecuatoriano (art. 83), colombiano (art. 83), uruguayo (art. 30), brasileño (art. 32), peruano (art. 35) y alemán (art. 7º). El Código suizo, si bien mantiene en principio el sistema de la unidad, admite que se pueda tener al mismo tiempo un domicilio comercial y aun varios, si se tienen diversos establecimientos (art. 23). Es, como se ve, un sistema distinto del nuestro, para el cual, en caso de que una persona tenga un asiento de su residencia y otro de sus negocios, tiene un solo domicilio en el lugar de la residencia (art. 94 Ver Texto , Cód. Civ. argentino). El sistema suizo tiene cierta semejanza con el italiano, que distingue entre el domicilio (asiento de los negocios) y la residencia (asiento de la familia), originando distinta competencia judicial según se trate de diferentes acciones (véanse arts. 43, 92, 104, 107, 286, 304, 923, 1249, 1260 y 1904, Cód. Civ. y art. 861, Cód. Com. italiano).

Aun los países que han mantenido el principio de la unidad en la práctica han debido aceptar numerosas excepciones y derogaciones, como ha ocurrido en Francia (véase nuestro núm. 392 y autores citados en nota 654). Con esta salvedad, mantienen el principio de la unidad el Código Civil venezolano (arts. 27 y sigs.), mexicano (arts. 29 y sigs.), el common law (JENKS, Digeste, trad. francesa, t. 1, ps. 1 y s.)

1117/10820

D.— EFECTOS DEL DOMICILIO GENERAL

394. EFECTOS DEL DOMICILIO.— El lugar del domicilio produce importantísimos efectos:

a) En materia de derecho internacional privado, determina cuál es la ley aplicable al estado y capacidad de la persona (arts. 6º Ver Texto y 7º, Cód. Civ.); asimismo el domicilio del propietario determina la ley aplicable a los bienes muebles que aquél lleva consigo o que son de su uso personal (art. 11 Ver Texto , in fine, Cód. Civ.).

b) Fija la competencia de las autoridades judiciales en los siguientes casos: 1) El juez del domicilio del demandado es competente para entender en las acciones personales (ver nota 4), nacidas de un contrato, si no existiere lugar de cumplimiento o el actor no optare por el lugar del contrato, siempre que el demandado se encontrare en él aunque sea accidentalmente (art. 5º Ver Texto , inc. 3º, Cód. Proc.); y en las nacidas de un hecho ilícito si el actor no optase por el del lugar del hecho; asimismo es competente en las acciones reales sobre bienes muebles, salvo que el actor prefiera demandar en el lugar en que se encuentra la cosa (art. 5º Ver Texto , inc. 2º, Cód. Proc.). 2) Las acciones hipotecarias y prendarias deben iniciarse ante el juez del domicilio del demandado, salvo que se haya estipulado otro lugar de pago (ver nota 5). 3) Al juez del domicilio que tenían los padres en el momento de su fallecimiento, corresponde el discernimiento de la tutela del menor huérfano. 4) En el juicio por declaración de incapacidad es competente el juez del domicilio del insano o sordomudo (art. 5º Ver Texto , inc. 8º, Cód. Proc.), regla aplicable también a la inhabilitación. 5) En la declaración de ausencia, es competente el juez del último domicilio (arts. 6º Ver Texto y 24 Ver Texto , ley 14394); sólo en defecto de éste tiene competencia el juez de la última residencia. 6) El último domicilio del causante fija la competencia judicial para el juicio sucesorio (art. 3284 Ver Texto del Cód. Civ. y art. 5º Ver Texto , inc. 12, Cód. Proc.). 7) La separación personal y el divorcio se rigen por la ley del último domicilio conyugal (art. 164 Ver Texto , Cód. Civ.). 8) El domicilio del deudor fija la competencia del juez del concurso civil y de la quiebra, si no hay un lugar en que esté establecida la sede de la administración de sus negocios (art. 3º , inc. 1º, ley 24522).

c) Las notificaciones judiciales, antes de que se haya constituido domicilio ad litem, deben hacerse en el domicilio del demandado, aunque se trate de acciones reales, salvo el caso de domicilio contractual, que veremos más adelante (núms. 398 y sigs.); aun después de haber constituido domicilio especial para el juicio, la citación para absolver posiciones debe notificarse en el real, sobre todo si la parte actúa por mandatario (ver nota 6). También deben hacerse en el domicilio del deudor algunas notificaciones extrajudiciales: el requerimiento para poner en mora, la notificación de la cesión del deudor, el protesto de una letra de cambio (ver nota 7).

d) El domicilio del deudor, en la fecha del cumplimiento de la obligación, determina el lugar en donde debe hacerse el pago, salvo que se hubiera convenido otro o que se tratase de un cuerpo cierto y determinado (en esta última hipótesis el pago debe hacerse en el lugar en que el cuerpo se encontraba en el momento de contraerse la obligación) (art. 747 Ver Texto , Cód. Civ.).

Sin embargo, en materia de contratos el artículo 1212 Ver Texto , Código Civil, dispone que: El lugar del cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, o no lo indicare la naturaleza de la obligación, es aquel en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque después mudare de domicilio o falleciere.

1117/395

395. EFECTOS DE LA RESIDENCIA.— La simple residencia produce los siguientes efectos jurídicos:

a) Determina la competencia judicial en los siguientes casos: 1) En el juicio de declaración de ausencia, es competente el juez del último domicilio del ausente y, en su defecto, el de la última residencia (arts. 16 Ver Texto y 24 Ver Texto , ley 14394). 2) A los efectos del discernimiento de la tutela, es competente el juez del lugar del domicilio de los padres, el día de su fallecimiento (art. 400 Ver Texto , Cód. Civ.); pero si los padres del menor tenían su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento, o lo tenían el día en que se trataba de constituir la tutela, el juez competente para el discernimiento de la tutela será, en el primer caso, el juez del lugar de la última residencia de los padres el día de su fallecimiento, y en el segundo caso, el del lugar de su residencia actual (art. 401 Ver Texto , Cód. Civ.). 3) El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia (art. 5º Ver Texto , inc. 3º, Cód. Proc.).

b) En el orden político, la residencia de los extranjeros en nuestro país por espacio de dos años los autoriza a solicitar su naturalización (art. 20 Ver Texto de la Constitución Nacional).

1117/396

396. EFECTOS DE LA HABITACIÓN.— La mera habitación, vale decir, el mero hecho de encontrarse en un lugar en forma transitoria, produce los siguientes efectos jurídicos:

a) Determina el domicilio de las personas cuando se trate de transeúntes o de personas de ejercicio ambulante, o que no tuvieran domicilio conocido (art. 90 Ver Texto , inc. 5º. Cód. Civ.). Coincidiendo con esta disposición, el Código Procesal establece que el que no tuviera domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre (art. 5º Ver Texto , inc. 3º, in fine).

b) Fija la competencia judicial, aun sin determinar el domicilio (como ocurre en la hipótesis anterior), en los siguientes casos: 1) Si no se hubiera estipulado lugar para el cumplimiento de la obligación, será juez competente en las acciones personales, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, con tal que el demandado se halle en él, aunque sea accidentalmente (art. 5º Ver Texto , inc. 3º, Cód. Proc.). 2) Es competente para discernir la tutela de los expósitos o menores abandonados, el juez del lugar en que ellos se encontraren (art. 403 Ver Texto , Cód. Civ.).

c) Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender (art. 14 Ver Texto de la Constitución Nacional). Además, el artículo 15 Ver Texto de la Constitución establece que el solo hecho de pisar el territorio argentino (vale decir, la mera y más precaria habitación) determina la libertad de los esclavos que de cualquier modo se introduzcan en él.

(nota 1) En este sentido, la unanimidad de nuestros autores, con la excepción de GRECA, quien sostiene que nuestra ley ha admitido el principio de la pluralidad en el art. 149 Ver Texto , que a su juicio debe interpretarse en el sentido de que el domicilio real determina la competencia para las acciones derivadas de las relaciones de familia, negocios, etc., y el legal, para las derivadas del carácter de funcionario (El domicilio como atributo de la personalidad en el derecho civil argentino y comparado, J.A., 1953-I, sec. doct., p. 11). La interpretación de GRECA adolece del defecto de haber considerado como legal solamente el domicilio de los funcionarios públicos, dejando de lado las otras hipótesis del art. 90 Ver Texto , en que la distinción por él formulada resulta imposible; tal, por ejemplo, los incs. 6º a 9º. Por los demás, el significado muy claro del art. 100 Ver Texto es fijar una de las consecuencias del domicilio general, sea real o legal: la determinación de la competencia de las autoridades públicas.

(nota 2) BUSSO, t. 1, coment. art. 93, nº 24; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 961.

(nota 3) COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 1, nº 669; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, nº 141; ESMEIN, P., nota en Sirey, 1921,

1, 313; PÈPE, P., *Les notions juridique et administrative du domicile*, París, 1944, ps. 31 y s.

(nota 4) Sobre qué debe entenderse por acciones personales y cuáles deben iniciarse en el domicilio del demandado, véase FERNÁNDEZ, R., *Código de Procedimientos Comentado*, 2ª ed., ps. 87 y s., nota 15, y ALSINA, H., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal*, t. 1, ps. 602 y s.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 11/9/1932, J.A., t. 9, p. 386; ALSINA, *Tratado de Derecho Procesal*, t. 1, p. 605.

(nota 6) FERNÁNDEZ, *Código de Procedimientos Comentado*, 2ª ed., p. 213, nota 96, y jurisprudencia allí citada.

(nota 7) ORGAZ, *Personas individuales*, p. 235.

1117/10830

§ 3.— Domicilio especial (ver nota 1)

1117/397

397. CONCEPTO Y ESPECIES.— Llámase domicilio especial al lugar designado, a veces por las partes interesadas, a veces por la ley, que determina algunos de los efectos que ordinariamente produce el domicilio general.

Se discute en doctrina si es o no un verdadero domicilio (ver nota 2). La discusión nos parece ociosa y, sobre todo, mal planteada. Si por domicilio ha de entenderse solamente el general u ordinario, con todos sus efectos consiguientes, evidentemente el especial no lo es. Pero precisamente porque no tiene las características y no produce todos los efectos del domicilio general, es que se lo llama especial. Las leyes del mundo entero lo designan así: ¿qué interés habría en cambiar esta denominación tradicional y por qué razón sostener que no es un verdadero domicilio?

Las distintas especies de domicilio especial son las siguientes: a) el contractual o de elección, creado por voluntad exclusiva de las partes; b) el domicilio ad-litem, constituido

en los juicios, que las partes deben elegir obligatoriamente por imperio de la ley; c) el que podría llamarse legal-especial, porque es fijado por la ley, pero no ya para todos los efectos propios del domicilio general, como ocurre en el caso del domicilio legal (art. 90 Ver Texto , Cód. Civ.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 620, véase: VÁZQUEZ, A., Domicilio especial, J.A., 1947-I, sec. doct., ps. 3 y s.; PECACH, R., Domicilios especiales constituidos en los contratos y su falta de valor para la notificación de la providencia de un emplazamiento de la demanda, L.L., t. 3, ps. 848 y s.; DASSEN, J., Domicilio convencional, L.L., t. 46, p. 911.

(nota 2) Véanse las distintas opiniones: en VÁZQUEZ, A., Domicilio especial, J.A., 1947-I, sec. doct., p. 3; ORGAZ, Personas individuales, p. 257; BUSSO, t. 1, coment. art. 101, nº 4 y s.; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, nº 1277; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., nº 582; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., nº 671. La C. Civil 1ª Cap. dijo en un fallo que el domicilio especial no es un verdadero domicilio: 5/6/1940, J.A., t. 71, p. 400.

1117/10840

A.— DOMICILIO DE ELECCIÓN

1117/398

398. CONCEPTO Y CARACTERES.— Al celebrar sus contratos, las partes interesadas suelen elegir un domicilio especial para todos los efectos derivados de este contrato. Con ello se procura evitar los inconvenientes que para una de ellas puede significar el cambio de domicilio de la otra o el tener que recurrir a una jurisdicción judicial lejana. Este domicilio es esencialmente voluntario; las partes pueden o no convenirlo. Es, además, contractual, porque sólo puede ser constituido por contrato y obliga únicamente si ha sido convenido en esa forma. Finalmente, y a diferencia del domicilio general, que en principio es único, el especial puede ser múltiple: las personas pueden constituir tantos domicilios especiales como contratos celebren.

1117/399

399. FORMA.— La elección de domicilio contractual no está sujeta a forma alguna: puede hacerse por instrumento público o privado y aun verbalmente (ver nota 1), aunque en la práctica sólo se constituye por escrito. Inclusive, la elección puede ser tácita; si en la obligación se designa el lugar de pago, ello importa elegir domicilio especial, puesto que de acuerdo con el artículo 5º Ver Texto , inciso 3º, Código Procesal son competentes los jueces de ese lugar para entender en las acciones que pudieran derivarse del acto jurídico.

1117/400

400.— ¿Es válida la constitución de domicilio hecha abajo de la firma de las partes? La cuestión ha dado lugar a fallos contradictorios (ver nota 2); por nuestra parte, entendemos que la respuesta afirmativa no tiene asidero. En principio y salvo casos excepcionales (véase núm. 926) la firma debe estar al pie de las cláusulas contractuales, para que éstas puedan obligar al firmante. Lo contrario sería exponerlas a abusos y a la mala fe de la otra parte. Estas consideraciones son especialmente aplicables a los pagarés que con frecuencia son escritos de puño y letra del acreedor; si no se hubiera estipulado domicilio alguno, al acreedor le resultaría muy fácil agregar al pie de la firma y de su misma letra, un domicilio especial cualquiera con lo que puede provocar graves perjuicios al deudor y dejarlo indefenso. Esta es la tesis que ha predominado finalmente en las decisiones de nuestros tribunales (véase núm. 404 y, especialmente, fallos citados en nota 673).

1117/401

401. LUGAR.— El domicilio se puede constituir señalando una dirección precisa, con casa y número, o bien indicando solamente una localidad o municipio. En este último caso, el único efecto de la constitución del domicilio especial será la prórroga de la jurisdicción judicial; pero las notificaciones deberán hacerse en el domicilio ordinario.

Se puede constituir en el domicilio real que tienen las partes en el momento de firmar el contrato. En tal caso, la constitución de domicilio tiene por objeto evitar que el cambio real altere la jurisdicción judicial (ver nota 3). Puede fijárselo en casa de un tercero y aun designando la persona que vive allí. Finalmente, puede constituirse en la casa de la otra parte. En este último caso, la jurisdicción judicial está determinada por el domicilio elegido, pero las notificaciones, sean judiciales o extrajudiciales, deberán hacerse en el domicilio real del demandado: una elemental razón de buena fe, así lo impone (ver nota 4).

1117/402

402. EFECTOS.— Los efectos de la constitución de domicilio contractual son los siguientes:

1117/403

403. a) Prórroga de la jurisdicción.— El más importante efecto de la constitución de domicilio contractual es la prórroga de la jurisdicción judicial. Deja de ser competente el juez que normalmente hubiera correspondido de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º Ver Texto , Código Procesal, para serlo el juez del domicilio elegido (art. 102 Ver Texto , Cód. Civ.).

Naturalmente, dicha alteración de la jurisdicción judicial sólo cabe en los casos en que ésta es renunciable, vale decir, cuando la jurisdicción ha sido impuesta en razón del domicilio de las personas; pero cuando la competencia es *ratione materiae*, el domicilio constituido no puede alterarla, porque el domicilio no determina en este caso la competencia, que no depende ya de la voluntad de las partes, sino que es de orden público (ver nota 5). En concordancia con este criterio, se ha decidido que el fuero no es prorrogable, salvo que tenga origen en la vecindad de las partes (ver nota 6).

El domicilio elegido caduca, en cuanto a la competencia judicial, en caso de juicios universales (sucesorios, concurso civil y quiebra), ya que prevalece el fuero de atracción. Sin embargo, el domicilio especial prevalece sobre el fuero de atracción del juicio sucesorio si se trata de la acción hipotecaria (ver nota 7), no así en caso de concurso o quiebra (ver nota 8).

Pero la acción de nulidad de un acto jurídico no se puede intentar ante el juez del domicilio elegido, pues sería contradictorio pretender la invalidez de un contrato y al mismo tiempo ampararse en una de sus cláusulas (ver nota 9). Naturalmente, si se tratase de una nulidad parcial —lo que en materia contractual es excepcional— y la cláusula cuya nulidad se pretende no es aquella en que se fijó el domicilio, la acción puede intentarse en la jurisdicción correspondiente a éste.

1117/404

404. b) Notificaciones (ver nota 10).— ¿Es válida la notificación de la demanda practicada en el domicilio contractual o, por el contrario, es necesario hacerla en el real? La cuestión ha dado lugar a controversias doctrinarias y a resoluciones contradictorias de los tribunales. Para una mejor dilucidación del problema es preciso distinguir dos hipótesis distintas: que el domicilio haya sido constituido en instrumento privado o en instrumento público.

1) En el primer caso, la ineficacia del domicilio contractual para notificar la demanda, parece estar por encima de toda discusión. Mientras la firma que suscribe un instrumento privado no esté reconocida, el documento carece de toda validez y no puede fundar una condena. Y, naturalmente, no se la puede tener por debidamente reconocida mientras la persona a la cual se le atribuye la firma no haya sido citada en legal forma, es decir, en su domicilio real o legal, porque citarla en el que figura en el contrato privado sería reconocerle validez a éste por anticipado.

Además, la citación en el domicilio contractual implica dejar inerme al demandado ante la mala fe del actor. Puede ocurrir que éste haya fraguado íntegramente el documento, inclusive el domicilio de elección: la demanda se notificará en este domicilio, el demandado no tiene medio de conocer su existencia, el juicio tramitará en su rebeldía y sólo tendrá conocimiento de él cuando la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada y sea, por tanto, irrevisable. Esta es, sin duda, una hipótesis extrema y poco probable, porque el actor se expone a una acción penal. Pero hay otros casos mucho más posibles. Supóngase que se trate de un documento realmente suscripto entre las partes y escrito de puño y letra de una de ellas. Esta puede borrar o tachar el domicilio especial constituido en el documento, interlinear otro y salvar la enmienda final, antes de la firma de la otra parte. También en este caso hay dolo; pero a la parte afectada le será muy difícil probar más tarde la sustitución del domicilio. Y a todo esto se habrá consumado ya la ejecución de sus bienes. Más aún: algunos tribunales llegaron a admitir la validez de los domicilios constituidos abajo de la firma (véase núm. 400), con lo cual el dolo y la mala fe se facilitan de manera notable.

En suma, la garantía constitucional de la defensa en juicio se ve afectada gravemente admitiendo la procedencia de la notificación de la demanda en el domicilio constituido en un instrumento privado. No obstante ser tan clara esta conclusión, numerosos fallos admitieron su validez (ver nota 11); pero finalmente la jurisprudencia adoptó la solución correcta, resolviendo las Cámaras Civil, Comercial y de Paz de la Capital, reunidas cada una de ellas en Tribunal Plenario, que es ineficaz para notificar el traslado de la demanda el domicilio constituido en instrumento privado, mientras no haya sido reconocida la firma (ver nota 12). El principio ha sido aplicado con todo rigor, al punto de haberse declarado de oficio la nulidad del procedimiento al advertir el tribunal que la demanda había sido notificada en el domicilio constituido en un instrumento privado no reconocido y no en el real del demandado (ver nota 13).

2) En cambio, si el domicilio ha sido constituido en instrumento público, la jurisprudencia se inclina decididamente a considerarlo válido para la notificación de la demanda (ver nota 14). La situación es indudablemente distinta; los instrumentos públicos gozan de una presunción de autenticidad y la intervención de un oficial público en su otorgamiento, hace prácticamente imposible la comisión de los fraudes a que aludíamos anteriormente.

405.— Inspirados en el sano propósito de disminuir los peligros de las notificaciones practicadas en los domicilios constituidos, algunos fallos han decidido que carece de valor la notificación hecha en portería de una casa de departamentos o de oficinas, a pesar de que al constituirse el domicilio se haya mencionado sólo la calle y número, pero no el piso y departamento (ver nota 15).

1117/406

406.— También es indudable que las notificaciones extrajudiciales pueden hacerse en el domicilio contractual (ver nota 16); tal, por ejemplo, el requerimiento para constituir en mora, la notificación de una cesión de deuda, etcétera. En este caso se trata ya de la ejecución de las obligaciones a que alude el artículo 101 Ver Texto , Código Civil, y además no está en juego el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Por excepción se ha resuelto que una notificación extrajudicial no puede hacerse en el domicilio contractual, si se trata de un recluso (ver nota 17). Finalmente, es obvio que si una de las partes ha fijado un domicilio especial en la casa donde vive la contraparte, ésta debe notificarla en el domicilio real y no en el contractual. Una elemental razón de buena fe así lo impone.

1117/407

407.— Debe advertirse, sin embargo, que la notificación en el domicilio contractual es simplemente facultativa y que la parte interesada puede hacerla válidamente en el domicilio ordinario, sin que el notificado pueda alegar la nulidad por esa circunstancia (ver nota 18). Esta solución es obvia, puesto que el objeto de la notificación es hacer conocer una providencia judicial o un acto extrajudicial y si se le ha hecho en el domicilio ordinario no se puede alegar ignorancia.

1117/408

408. c) Cumplimiento de la obligación.— Aunque la cuestión haya sido puesta en duda, existe hoy acuerdo unánime en el sentido de que el domicilio contractual no implica elegir el lugar de cumplimiento de la obligación, cuya determinación se ajusta a lo dispuesto por los artículos 747 Ver Texto y siguientes del Código Civil (ver nota 19). Pero en los casos en que estos preceptos establecen que la obligación debe pagarse en el domicilio, se alude también al contractual, si lo hubiera.

1117/409

409. d) Efectos relativos.— El domicilio elegido en un contrato sólo tiene efectos entre las partes y sus sucesores universales. Esta es una consecuencia lógica de su carácter contractual. Por excepción se ha admitido que también los tiene respecto de algunos sucesores singulares: los cesionarios de un crédito pueden notificar al deudor en el domicilio constituido (ver nota 20); la misma solución debe admitirse para quien se subroga en los derechos de su acreedor (ver nota 21); el tercer adquirente de un inmueble, que se ha hecho cargo de la hipoteca que pesaba sobre aquél, puede ser notificado en el que se fijó en la escritura pública originaria (ver nota 22).

1117/410

410. DURACIÓN.— El domicilio convenido en un contrato subsiste mientras no haya sido enteramente ejecutado el acto para el cual fue elegido. Este principio mantiene todo su vigor, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde la celebración del acto, en lo que atañe a la prórroga de la jurisdicción. Pero con respecto a las notificaciones, la jurisprudencia ha declarado que el domicilio especial no debe considerarse subsistente si ha transcurrido un tiempo prolongado desde la celebración del acto (ver nota 23). En un caso, se estimó suficiente el transcurso de cinco años (ver nota 24).

Caduca igualmente el domicilio contractual, pero al solo efecto de las notificaciones, si se lo hubiera hecho en una casa que más tarde se demolió (ver nota 25); o se ha comenzado la demolición y el edificio se halla totalmente desocupado y a cargo de la empresa que lo demuele (ver nota 26); o si la casa hubiera sido destruida por un incendio (ver nota 27); o cuando el que lo constituyó ha sido despojado por o con conocimiento de quien pretende hacerlo valer (ver nota 28); o si éste ha entrado en posesión del inmueble (ver nota 29); o si ha mediado expropiación (ver nota 30); o si el edificio ha sido clausurado (ver nota 31). En cambio, en todos estos casos subsiste la competencia judicial correspondiente al inmueble designado en el contrato. Si la dirección indicada en el contrato corresponde a una numeración cambiada, o que nunca ha existido, la solución es semejante a los casos anteriores: la notificación debe hacerse en el domicilio real, pero subsiste la jurisdicción judicial de aquel lugar (ver nota 32).

La muerte del contratante que constituyó domicilio no altera la jurisdicción pactada, pero la notificación de la demanda debe hacerse en el domicilio de los herederos (ver nota 33). Sin embargo, no hay que olvidar que el sucesorio tiene fuero de atracción, de modo que si la demanda se intenta antes de la partición, será competente el juez que entiende en aquél (véase núm. 403).

1117/411

411. CAMBIO.— En principio, el domicilio contractual es inmutable; se lo presume hecho en interés de las dos partes y, por consiguiente, sólo puede cambiarse por mutuo acuerdo.

Excepcionalmente, puede ser cambiado por voluntad unilateral cuando se trate de constituirlo en otro lugar que esté también dentro de la misma jurisdicción porque, en tal caso, el cambio no causa perjuicio alguno a la contraparte (ver nota 34). Pero ésta debe ser notificada debidamente de ese cambio (ver nota 35). La Cámara Federal de la Capital ha declarado que basta que el actor tuviera conocimiento del cambio para que tal circunstancia lo obligue a notificar la demanda en el nuevo domicilio (ver nota 36). Es, nos parece, una solución excelente, que impide procedimientos desleales y contrarios a la buena fe.

1117/10850

B.— DOMICILIO AD-LITEM

1117/412

412. CONCEPTO Y REMISIÓN.— Toda persona que litigue está obligada a constituir en el primer escrito que presente un domicilio especial a los efectos del juicio. A diferencia del domicilio contractual, que las partes pueden o no elegir, éste debe ser obligatoriamente constituido por las partes. El lugar queda librado a la elección de litigante, siempre que sea dentro de los límites de la Capital Federal (art. 40 Ver Texto , Cód. Proc.).

El efecto fundamental de este domicilio es facilitar la notificación de las providencias que se dictaren en el pleito. Su estudio corresponde al derecho procesal.

1117/10860

C.— DOMICILIO LEGAL-ESPECIAL

1117/413

413. CONCEPTO.— A veces es la ley misma la que crea un domicilio, no ya de carácter general, como lo hace el artículo 90 Ver Texto del Código Civil, sino tan sólo para ciertos

actos u obligaciones. Como ejemplos importantes, podemos citar los siguientes: a) el domicilio comercial de la mujer casada, que no es aquel en que convive con su marido sino el lugar de su establecimiento o escritorio (art. 27 Ver Texto , inc. 3º, del Cód. Com.); por efecto del principio de la igualdad jurídica de los cónyuges, esta regla es también aplicable al marido; b) el creado por la Ley de Defensa Agrícola a los efectos del cumplimiento de la ley (art. 2º , ley 4863); c) el establecido para los mismos fines en la ley 307 , sobre destrucción de la langosta.

(nota 1) VÁZQUEZ, art. cit., J.A., 1947-I, sec. doct., p. 9; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 892; ORGAZ, Personas individuales, p. 259. Es ésta también la opinión unánime en la doctrina francesa. En cambio, en el Código Civil italiano (art. 47) y en el brasileño (art. 42) se exige que sea por escrito.

(nota 2) En el sentido de que es válida: C. Civil 1ª Cap., 14/11/1935, J.A., t. 52, p. 427; C.S.N., 9/2/1938, J.A., t. 61, p. 377; C. Com. Cap., 8/10/1934, J.A., t. 48, p. 22; 8/6/1934, J.A., t. 46, p. 1080; C. Com. Cap., Sala B, causa 96.963, Doctr. Jud., 6/8/1959; en el sentido de que no es válida: C. Civil 1ª Cap., 17/3/1922, J.A., t. 8, p. 109; 10/3/1937, J.A., t. 57, p. 670; C. Com. Cap., 10/4/1945, J.A., 1945-II, p. 227.

(nota 3) LLAMBÍAS, t. 1, nº 928.

(nota 4) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, nº 929. Confróntese SPOTA, t. 1, vol. 3.3, nº 1281.

(nota 5) SPOTA, t. 1, vol. 3.3, p. 794, nº 1282; BUSSO, coment. art. 102, nº 3.

(nota 6) C.S.N., 30/12/1932, J.A., t. 40, p. 319; C. Com. Cap., 31/3/1922, G. F., t. 37, p. 224; 17/10/1928, J.A., t. 28, p. 704. Un viejo fallo de la Corte Suprema había resuelto que ni siquiera en la hipótesis de que el fuero federal surgiera por razones de vecindad, podía ser alterado (27/2/1836, Fallos, t. 29, p. 363).

(nota 7) C.S.N., 13/11/1919, J.A., t. 3, p. 993; 15/11/1933, J.A., t. 44, p. 19; C. Civil 1ª Cap., 15/11/1929, J.A., t. 31, p. 825; 3/11/1939, J.A., t. 68, p. 466, etc.

(nota 8) C.S.N., 22/4/1931, J.A., t. 35, p. 543.

(nota 9) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, p. 262; AUBRY y RAU, t. I, p. 902; BAUDRY LACANTINERIE, t. 2, p. 220, n° 1046. En contra: SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1282.

(nota 10) BIBLIOGRAFÍA: DASSEN, J., Domicilio convencional, L.L., t. 46, p. 911; PECACH, R., Domicilios especiales constituidos en los contratos y su falta de valor para la notificación de la providencia de un emplazamiento de la demanda, L.L., t. 3, p. 848; DE LA RUESTRA, G., Los domicilios especiales constituidos en instrumentos privados, J.A., 1953-IV, p. 86; ACUÑA ANZORENA, A., Efectos del domicilio de elección y en particular del indicado al pie de un pagaré, J.A., t. 48, p. 956.

(nota 11) Además de diversos fallos de los tribunales civiles de la Capital, que ya han dejado de tener interés atento el plenario a que se alude en la nota siguiente, se ha resuelto el problema en este sentido: Sup. Corte Tucumán, 12/11/1941, J.A., 1942-III, p. 374; De acuerdo con estas decisiones: SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1280; VÁZQUEZ, nota en J.A., 1947-I, sec. doct., p. 12; ALSINA, H., Tratado de derecho procesal, t. 1, p. 595; ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 48, p. 956.

(nota 12) C. Civil Cap., en Pleno, 10/6/1954, J.A., 1954-III, p. 273; C. Com. Cap., en Pleno, 23/5/1956, L.L., t. 86, p. 561; C. Paz Cap., en Pleno, 26/7/1956, L.L., t. 83, p. 584; además, C. Fed. Cap., 25/3/1935, J.A., t. 49, p. 458; íd., 11/9/1946, J.A., 1946-IV, p. 795. De acuerdo: DASSEN, PECACH y DE LA RUESTRA, artículos citados en nota 670; PODETTI, Tratado de las ejecuciones, p. 111. Se ha decidido que la inscripción de un boleto de compraventa, relativo a un lote, en el Registro especial creado con ese objeto en la provincia de Buenos Aires, tiene como efecto que la firma del comprador (y el domicilio que él constituye) deba tenerse por auténtica, porque es el comprador quien debe inscribirlo en el Registro, y no se concibe que inscriba un boleto que no le pertenece: C. Civil Cap., Sala C, 26/7/1960, Doct. Jud., 19/8/1960; Sala E, 26/9/1960, L.L., t. 101, p. 651.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala C, 24/4/1957, L.L., t. 88, p. 627.

(nota 14) En este sentido se ha pronunciado la Cámara Civil de la Capital: Sala A, 21/7/1952, L.L., t. 67, p. 640, y J.A., 1952-IV, p. 371; íd. 28/2/1994, L.L., fallo n° 92.912; Sala B, 19/12/1952, in re “Banco Hipotecario Nacional c/Escudero de Palacios” (inérito); Sala C, 3/2/1953, L.L., t. 69, p. 168 y J.A., 1953-I, p. 328; Sala D, 21/12/1952, in re “Banco Hipotecario Nacional c/Bouchard” (inérito); C. 1ª Apel. La Plata, 27/3/1956, J.A., 1956-II, p. 340. Naturalmente, están de acuerdo con esta tesis los fallos y autores citados en nota 670.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala A, 28/3/1963, E.D., t. 4, p. 804; íd., 19/9/1963, causa 88.952 (inérita). Véase nota de jurisprudencia al fallo 3794 de E.D., t. 7, p. 1.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala D, 21/5/1958, L.L., t. 91, p. 623.

(nota 17) C. Civil 1ª Cap., 26/9/1941 (inédito), cit. por BUSSO, t. 1, coment. art. 102, n° 22.

(nota 18) C.S.N., 10/12/1956, J.A., 1957-II, p. 34; C. Civil Cap., Sala A, 11/10/1963, causa 88.484 (inédita); Sala D, 30/5/1963; J.A., 1963-VI, p. 481; SALVAT, Parte General, n° 889; BAUDRY LACANTINERIE y HOUQUES FOURCADE, t. 2, n° 1035 y 1048; DEMOLOMBE, t. 1, n° 576.

(nota 19) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, p. 261; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1282; BUSSO, t. 1, coment. art. 102, n° 11; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 988.

(nota 20) SPOTA, t. 1, vol. 3.3, p. 806.

(nota 21) SPOTA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 22) C. Civiles en Pleno, Cap., 26/9/1918, J.A., t. 2, p. 477.

(nota 23) C. Civil 1ª Cap., 28/12/1932, J.A., t. 40, p. 487; íd., 29/12/1932, J.A., t. 40, p. 499; íd., 14/12/1937, L.L., t. 8, p. 1116; íd., 21/6/1939, L.L., t. 15, p. 98.

(nota 24) C. Civil 2ª Cap., 21/10/1946, L.L., t. 44, p. 401.

(nota 25) C. Civil 1ª Cap., 27/4/1934, J.A., t. 46, p. 241; C. Civil, 2ª Cap., 29/11/1940, J.A., t. 73, p. 908; C. Com. Cap., Sala B, 22/7/1953, L.L., t. 72, p. 19; C. Fed. Cap., 10/3/1964; L.L., t. 114, p. 696.

(nota 26) C. Civil Cap., Sala A, 31/7/1953, L.L., t. 72, p. 517. En otro caso, empero, se declaró que si la casa existe, aunque sea inhabitable, la notificación es válida: C. Civil Cap., Sala B, 26/5/1955, J.A., 1956-I, p. 282.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala C, 10/8/1953, J.A., 1953-III, p. 513.

(nota 28) C. Com. Cap., Sala B, 22/7/1953, L.L., t. 72, p. 19.

(nota 29) C. Civil 1ª Cap., 30/9/1938, L.L., t. 12, p. 1097.

(nota 30) C. Civil Cap., Sala C, 30/5/1952, L.L., t. 67, p. 109; íd., 10/8/1953, J.A., 1953-III, p. 513, y L.L., t. 72, p. 106.

(nota 31) C. Com. Cap., Sala B, 22/7/1953, L.L., t. 72, p. 19.

(nota 32) C. Civil 1ª Cap., 4/5/1934, J.A., t. 46, p. 537; íd., 25/2/1935, J.A., t. 49, p. 273.

(nota 33) C. Civil Cap., Sala C, 3/7/1957, L.L., t. 88, p. 489.

(nota 34) C. Civil 1ª Cap., 10/2/1937, L.L., t. 5, p. 435; íd. 11/8/1941, Rep. L.L., t. 3, Domicilio, sum. 28; C. Civil 2ª Cap., 16/12/1935, L.L., t. 1, p. 519; C. Com. Cap., Sala B, 22/7/1953, L.L., t. 72, p. 19; ORGAZ, Personas individuales, p. 265; SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 456, nº 990; LLAMBÍAS, t. 1, nº 930.

(nota 35) C. Civil Cap., Sala A, 19/3/1996, L.L., fallo nº 94.654; C. Civil 1ª Cap., 2/9/1936, L.L., t. 3, p. 848; C. Civil 2ª Cap., 16/12/1935, L.L., t. 1, p. 519; C. Com. Cap., Sala B, 22/7/1953, L.L., t. 72, p. 19. Basta hacerlo por telegrama colacionado: C. Civil 1ª Cap., 10/2/1937, L.L., t. 5, p. 435.

(nota 36) C. Fed. Cap., 22/7/1958, L.L., t. 92, p. 505.

1117/10870

IV. ESTADO Y CAPACIDAD (ver nota 1)

1117/10880

§ 1.— El estado

1117/414

414. CONCEPTO.— El estado de las personas es la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad; o, para decirlo con más propiedad, es el conjunto de calidades que configuran la capacidad de una persona y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos (ver nota 2).

El estado se puede apreciar desde tres puntos de vista:

a) Con relación a las personas consideradas en sí mismas: se puede ser mayor o menor de edad, hombre o mujer, sano o demente, médico, militar u obrero; en estos casos, la edad, el sexo, la salud mental, la profesión, hacen surgir distintos derechos y obligaciones.

b) Con relación a la familia: una persona puede ser casada o soltera, viuda o divorciada, padre o hijo de familia, pariente, etcétera.

c) Con relación a la sociedad en que vive: puede ser nacional o extranjero. Es verdad que la generosidad de la legislación patria para con el extranjero, ha hecho desaparecer antipáticas diferencias con los nacionales en el campo del derecho civil, diferencias que subsisten en la mayoría de las legislaciones extranjeras. Pero, en cambio, las hay en materia de derechos políticos, aunque muy atenuadas (art. 20 Ver Texto de la Constitución Nacional). Por excepción, puede señalarse dentro del derecho civil un tratamiento diferencial entre argentinos y extranjeros en los decretos 15385/1944, artículo 4º y 32430, artículo 1º, que declaran de conveniencia nacional que los bienes ubicados en las zonas de seguridad pertenezcan a los argentinos nativos.

1117/415

415. ELEMENTOS DEL ESTADO.— Entendemos por elementos del estado, las distintas calidades jurídicas que confluyen a configurarlo y que, en consecuencia, dan origen a derechos y obligaciones. Tales son el sexo, la edad, la salud mental, la profesión, la circunstancia de ser casado, soltero, divorciado, viudo, pariente, nacional o extranjero, etcétera. Estos elementos constitutivos de estado consisten a veces en simples hechos, ajenos a la voluntad de las personas, tales como el nacimiento, la edad, el sexo; en otras ocasiones, en cambio, se originan en actos realizados voluntariamente: por ejemplo, el matrimonio, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales. De ahí que el estado se modifique a veces voluntaria, y a veces, involuntariamente.

416. CARACTERES.— El estado de las personas se vincula directamente con los derechos que le corresponden al hombre como tal, como miembro de la familia y como ciudadano. De ahí que en las cuestiones relativas al estado medie un interés de orden público muy directo. De esta circunstancia derivan los siguientes caracteres y particularidades:

a) Es inalienable: el estado no está en el comercio jurídico; no puede negociarse respecto de él, ni se puede transar, ni renunciar al derecho de reclamarlo (arts. 845 Ver Texto y 872 Ver Texto , Cód. Civ.). Ello no impide que, en algunos casos, pueda ser modificado por voluntad de la persona, por ejemplo, si contrae matrimonio, si se naturaliza, etcétera.

b) Es imprescriptible: el transcurso del tiempo no ejerce ninguna influencia sobre él.

c) Interesa al orden público y, por tanto, el Ministerio Público es parte en todo lo que se refiere al estado de las personas: de ahí que se le dé intervención en todos los juicios que le atañen (art. 119 , inc. 6º, ley 1893).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BUSSO, Código Civil Anotado, t. 1, coment. art. 52; ORGAZ, Personas individuales, ps. 207 y s.; SPOTA, Derecho Civil, t. 1, vol. 3.1, ps. 393 y s., nº 692 y s.; SALVAT, Parte general, 6ª ed., ps. 309 y s., nº 673 y s.; COLMO, A., Capacidad e incapacidad de hecho y de derecho, Rev. Jurídica y de C. Sociales, sept.-oct. 1919, p. 7; LAJE, Capacidad para contratar, L.L., 1975-A, p. 1099; CASTRO y BRAVO, F. Derecho civil de España, Madrid, 1952, t. 2, vol. 1, ps. 40 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, 7ª ed., ps. 361 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, ps. 182 y s., nº 441 y s.; BEQUET, Traité de l'état civil, París, 1893; MARCHESSEAUX, A., De la publicité de l'état et de la capacité des personnes, Marseille, 1933; DEGNI, Le persone fisiche, Torino, 1939; FIORE, P., Dello stato e della condizione giuridica delle persone, Napoli, 1893.

(nota 2) Creemos carente de todo fundamento legal y doctrinario, la opinión de quienes limitan la noción de estado al estado de familia (en la doctrina nacional, véase ORGAZ, Personas individuales, ps. 212 y s. y SPOTA, t. 1. vol. 3.1, nº 693). De esta manera, resulta trunco y confuso un concepto perfectamente claro; por estado debe entenderse el conjunto de calidades que fijan los derechos y obligaciones de una persona. ¿Por qué limitarlo al estado de familia, si también las calidades propias de la persona y las relativas a la sociedad influyen en sus derechos y obligaciones? Aceptar esa opinión implica introducir confusión en una idea que era clara ya en el derecho romano.

1117/10890

§ 2.— Prueba del estado: el Registro Civil (ver nota 1)

1117/417

417. ORIGEN HISTÓRICO.— El origen del Registro Civil no ha de buscarse más allá de la última etapa de la Edad Media, y se debe a la Iglesia Católica.

Es verdad que en Grecia y Roma hubo registros de personas. Pero no era ciertamente propósito de quienes los crearon precisar el estado de aquéllas, sino agruparlas en categorías para facilitar el censo, con fines económicos y militares. Tal es el carácter que debe reconocerse a la obligación impuesta por Servio Tulio de dar cuenta de los nacimientos y defunciones. Posteriormente, Marco Aurelio ordenó denunciar el nacimiento dentro de los treinta días de ocurrido, ante el Prefecto del Erario de Roma, y ante los *tabularii* en provincias. De todos modos, estas constancias no hacían plena fe y podían destruirse por simple prueba testimonial, lo que pone de manifiesto su escasa importancia.

Siglos después, la Iglesia Católica retomó la idea, encomendando a los párrocos el asiento de los actos más importantes de la vida de sus feligreses, tales como el nacimiento, el matrimonio y la muerte. Las actas más antiguas de que se tiene noticia se remontan a 1478. El propósito originario fue el de que quedara constancia fehaciente de hechos o actos que para la religión católica tienen importancia fundamental (ver nota 2). Así, en las actas de bautismo, no sólo quedaba acreditado el nacimiento de un nuevo feligrés, sino también quiénes eran sus padrinos, los que contraían por ese acto la grave obligación de sustituir eventualmente a los padres, en caso de ser necesario; los asientos de los matrimonios facilitaban la prueba del acto, impedían la confusión con uniones no sacramentales y hacían más difícil la bigamia; finalmente, el de las defunciones permitía borrar del registro de los fieles al fallecido y establecer los pormenores de su sepultura canónica.

Las ventajas de estos registros resultaron tan evidentes, que las autoridades civiles los aprovecharon, haciendo fe en los asientos de los libros parroquiales. El Concilio de Trento, convocado a raíz de la Reforma, decidió reglamentar los Registros, ordenando a los párrocos llevar un libro de bautismos y otro de matrimonios, a los que la costumbre añadió el de las defunciones.

Hemos mencionado la Reforma. Quebrada con ella la unidad del mundo cristiano, los protestantes se vieron ante un serio problema, pues, lógicamente, se resistieron a acudir ante el sacerdote católico. De ahí la incertidumbre y falta de prueba sobre el estado de

numerosísimas personas. Tal dificultad debía subsanarse. Además, el Estado moderno precisaba comprobar por sí mismo lo relativo a la condición de sus súbditos. El matrimonio laico, el divorcio, la adopción, requerían registros separados pues la Iglesia no los admitía. Finalmente, era menester que los funcionarios que llevaran los Registros fueran directamente responsables ante el Poder Público de la forma de hacerlo. La secularización se impuso como una verdadera necesidad. Francia la realizó en 1791, después de la Revolución. España lo hizo luego de establecer la libertad de cultos en la Constitución de 1869.

1117/418

418. ANTECEDENTES NACIONALES.— Nuestro país siguió la tradición española y el estado de las personas se probó con los registros parroquiales. Pero ya el Código Civil, no obstante reconocer valor probatorio a esos asientos (arts. 80 Ver Texto y 179 Ver Texto), preveía la secularización de los Registros y su organización por las municipalidades. Sin embargo, es indudable que ello hubiera traído un verdadero caos; y, considerándolo así, la ley de matrimonio civil encomendó la creación de los Registros a las Legislaturas provinciales, que dictaron sucesivas leyes tomadas generalmente de la nacional 1565. En efecto, ya antes de la sanción de la ley de matrimonio civil , el Congreso había creado el Registro Civil para la Capital y Territorios (ley 1565 , de 1884), que comenzó a funcionar en 1886.

Por último, en el año 1963 se dictó el decreto-ley 8204 por el cual se da carácter nacional a la organización del Registro Civil. Es una plausible reforma que ha permitido la unificación de las normas sobre los asientos y de la forma en que deben llevarse los libros y constancias de las inscripciones. La organización administrativa de las oficinas de Registros Civiles, designación y remoción de su personal, se deja en manos de los gobiernos locales (art. 2º) (ver nota 3).

La organización del Registro está completada con la del Registro Nacional de las Personas, creado y organizado por las leyes 13482 y 17671 , cuyo objeto fundamental es anotar y certificar la identidad de todas las personas de existencia visible que tengan su domicilio en el país, con excepción del cuerpo diplomático extranjero. Debe registrar el estado y capacidad y todo cambio que se opere en ellos, además de sus antecedentes penales y datos que tengan interés para la defensa nacional (art. 4º); y expide con carácter exclusivo los documentos nacionales de identidad (art. 8º). Los registros locales deben enviar al Registro Nacional de las Personas una ficha con todas las constancias de cada uno de los asientos que se inscriban en ellos (art. 15, decreto-ley 8204/1963).

1117/11830

418 bis. IMPORTANCIA.— Resulta obvio destacar la importancia del Registro Civil. Todos los hechos fundamentales de la vida de los ciudadanos se anotan allí y los asientos proporcionan una prueba fehaciente de ellos: el nacimiento, que establece la filiación con todos sus derechos y deberes; la adopción, la legitimación y el reconocimiento de la paternidad; el matrimonio, base de la familia, y la separación de cuerpos; en fin, la defunción.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBÍAS, t. 1, n° 499 y s.; SALVAT, Parte General, 5ª ed.; SPOTA, A. G., Derecho civil, t. 1, vol. 3.3; BUSSO, E. Código Civil Anotado, t. 1, coment. art. 80 y s.; ORGAZ, Personas individuales, Buenos Aires, 1946; MENDILAHARZU, E., Necesidad imperiosa de reestructurar y agilizar nuestro Registro Civil, L.L., t. 54, p. 868; DONOSO, J., Instituciones de Derecho Canónico americano, París, 1897; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil español, común y foral, 7ª ed., ps. 538 y s.; CAMPOS y PULIDO, Legislación y jurisprudencia económica novísima, Madrid, 1914; BAUDRY LACANTINERIE y FOURCADE, Des personnes, t. 2; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 1, n° 174 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, n° 590; y s.; JOSSERAND, Derecho civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, n° 243 y s.

(nota 2) Ni siquiera merece rebatirse la opinión sectaria de quienes afirman que los registros parroquiales tuvieron un propósito lucrativo (véase en este sentido, SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 403).

(nota 3) Anotamos a continuación la fecha en que empezaron a funcionar los Registros de todo el país, fecha que tiene interés para saber hasta qué momento tienen valor de instrumento público las partidas parroquiales: Capital Federal y territorios nacionales, 10 de agosto de 1886; Buenos Aires, 15 de febrero de 1889; Jujuy, 16 de abril de 1889; Salta, 21 de junio de 1889; Santiago del Estero, 14 de agosto de 1889; Tucumán, 29 de marzo de 1890; San Juan, 30 de diciembre de 1893; Mendoza, 10 de junio de 1895; Catamarca, 2 de setiembre de 1895; Córdoba, 15 de noviembre de 1895; La Rioja, 16 de febrero de 1897; San Luis, 24 de diciembre de 1898; Santa Fe, 24 de febrero de 1899; Corrientes, 5 de diciembre de 1900; Entre Ríos, 19 de diciembre de 1904.

1117/10900

A.— ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO

1117/419

419. LIBROS QUE DEBEN LLEVARSE.— Según el artículo 5º, decreto-ley 8204/1963, deben llevarse los siguientes libros: de nacimientos, matrimonios, defunciones e incapacidades. Además de estos libros indispensables, los Registros locales podrán habilitar otros, por resolución administrativa, si la captación de otros aspectos de los hechos vitales lo hiciere necesario (art. 5º). Así, cabe notar que el Registro Civil de la Capital lleva también un libro de adopciones (art. 4º Ver Texto , ley 14586).

Los libros se llevarán por duplicado (art. 5º, decreto-ley 8204/1963), precaución que tiende a evitar la posibilidad de la pérdida o destrucción, pues la ley dispone que uno de los ejemplares se guardará en la Dirección General de Registro Civil de orden provincial y otro en el lugar que dicha Dirección designe (art. 7º). En la Capital Federal, el segundo ejemplar se guarda en el Archivo General de los Tribunales (art. 9º Ver Texto , ley 14586).

Si uno de los libros se extraviara o perdiera total o parcialmente, la Dirección General dispondrá de inmediato se saque copia del otro, firmándose cada inscripción por el oficial público que llevare a cabo esa labor (art. 8º, dec.-ley 8204/1963). Si se extraviasen o destruyeren los dos ejemplares, la Dirección General dará cuenta de lo ocurrido, en forma inmediata al juez competente (ley 18327, art. 8º). Sin perjuicio de ello, el Director General dispondrá las medidas conducentes a la reconstrucción de las inscripciones, utilizando las constancias que obraren en organismos públicos o privados que registren los datos pertinentes y todo otro elemento de prueba que fuere coadyuvante (art. 8º).

Ambos libros son originales y tienen, por consiguiente, igual valor probatorio. Si hubiere diferencias entre ellos, será necesario recurrir a la información judicial para establecer cuáles son los asientos exactos.

1117/10910

B.— LAS PARTIDAS O INSCRIPCIONES

1117/420

420. NATURALEZA.— Se llaman partidas los asientos de los libros del Registro Civil y las copias sacadas de ellos con las formalidades de ley. Los asientos originales se llaman también inscripciones. Estos documentos (los originales y sus copias) tienen ambos el carácter de instrumentos públicos (art. 979 Ver Texto , incs. 2º y 10, Cód. Civ.).

Si esta solución es clara, no resulta tan fácil el problema tratándose de las actas parroquiales. ¿Tienen también ellas el carácter de instrumentos públicos? El artículo 979 Ver Texto , inciso 10, Código Civil, dispone que son tales los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales y las copias sacadas de esos asientos, regla que se justifica plenamente, pues el Código atribuía pleno valor civil al matrimonio religioso, ya que no se admitía todavía el matrimonio civil, recién organizado por ley 2393 de 1889. Y aunque dicho artículo se refiere solamente a los asientos de los matrimonios, es indudablemente aplicable a los nacimientos y defunciones, pues no se justificaría no reconocerles los mismos efectos legales (ver nota 1). Sin embargo, sólo pueden considerarse instrumentos públicos los asientos parroquiales anteriores a la creación del Registro Civil (véase nota 701), pero desde que éste se halla en manos del Estado, sólo sus asientos pueden ser fehacientes. Por ello es que la nueva ley dispone que ninguna constancia extraída de otro Registro que el del Estado Civil tendrá validez en juicio para probar derechos o actos que hayan debido inscribirse en él, salvo los documentos que expida el Registro Nacional de las Personas en ejercicio de sus facultades (art. 25, decreto-ley 8204/1963); y salvo también, lo que se dirá más adelante de la prueba supletoria.

(nota 1) De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 9/11/1944, L.L., t. 36, p. 668; íd., 9/11/1918, J.A., t. 2, p. 164; Sup. Trib. San Luis, 18/11/1943, L.L., t. 33, p. 325; SALVAT, nº 440.

1117/421

421. PERSONAS QUE INTERVIENEN.— En las partidas interviene necesariamente el funcionario del Registro autorizado para extenderlas. A veces pueden y deben intervenir los interesados directos, los testigos y los denunciante del hecho.

a) Oficial público del Registro.— La ley 1565 exigía la intervención del jefe del Registro, pero la nueva ley habla solamente de oficial público, permitiendo así que la autoridad de aplicación de la ley pueda autorizar la firma de los asientos por otros empleados de suficiente jerarquía.

Los oficiales del Registro no pueden autorizar partidas que se refieran a su persona o a parientes dentro del cuarto grado por consanguinidad y segundo por afinidad (art. 14, decreto-ley 8204/1963), disposición que guarda coherencia con lo dispuesto por el artículo 985, Código Civil, para los instrumentos públicos en general. Al hablar de consanguíneos, la ley alude tanto a los legítimos como a los extramatrimoniales.

¿Es nula la partida en que se ha violado esta prohibición legal? Se han sostenido sobre el punto dos tesis extremas. Según una primera opinión no existe nulidad porque no hay texto

expreso que la imponga y porque, además, es necesario dar validez en lo posible a todos los elementos de prueba del estado de las personas, materia en la cual media un interés de orden público (ver nota 1). Según otros, la capacidad del oficial público es elemento esencial de la validez del instrumento; en consecuencia la partida debe reputarse nula. De lo contrario, podría darse la incongruencia de que un funcionario del Registro se casara a sí mismo (ver nota 2). Por nuestra parte nos inclinamos por la opinión intermedia de BAUDRY LACANTINERIE: la partida será nula si interesa personalmente al oficial; pero no en caso contrario (ver nota 3). Sólo en ese supuesto extremo podría decretarse una nulidad que no está dispuesta expresamente en la ley, pero que surge de la índole misma de las funciones del oficial público: si actúa como tal no puede ser al propio tiempo parte en el acto.

b) Partes.— Son los interesados personalmente en el acto y pueden actuar por sí o por poder.

c) Testigos.— La ley 1565 exigía la presencia de dos testigos en cualquier partida (art. 14). Pero la tendencia moderna es de prescindir de los testigos instrumentales, aun en las escrituras públicas. La nueva ley ha suprimido esta exigencia, que sólo se mantiene para los matrimonios (art. 191 Ver Texto , Cód. Civ.) o para el caso de que el nacimiento o la defunción se hubieran producido sin intervención de médico o partera (arts. 31 y 55, inc. 2º, decreto-ley 8204/1963).

Se acepta unánimemente que no son aplicables a este caso las inhabilidades establecidas en el artículo 990 Ver Texto , Código Civil para los testigos de los instrumentos públicos en general, pues la aplicación rígida de esta norma se traduciría en la nulidad de partidas que interesa al orden público convalidar (ver nota 4). Pero no podrán ser testigos los incapaces absolutos (arts. 54 Ver Texto , Cód. Civ. y 275 Ver Texto , Cód. Pen.). En este último caso el funcionario del Registro tiene el deber de exigir la comparecencia de otro testigo si tuviere conocimiento de la incapacidad; pero como en la gran mayoría de los casos no tendrá tal conocimiento, pensamos que la partida es válida, por las mismas razones expresadas anteriormente.

d) Denunciantes.— Finalmente, la ley señala quiénes están obligados a hacer la denuncia de los nacimientos y defunciones (véase núms. 427 y 436). También ellos deben figurar en los asientos.

1117/422

422. FORMALIDADES LEGALES.— Las inscripciones o partidas se registrarán en los libros correspondientes, unas después de otras, en orden numérico y cronológico y serán firmadas por los comparecientes y el oficial público (art. 10, decreto-ley 8204/1963). Debe

consignarse el nombre, apellido, domicilio y número del documento de identidad de todo interviniente; si alguno careciere de este último, se dejará constancia de ello, agregando su edad y nacionalidad (art. 20, decreto-ley 8204/1963).

Las partidas deben redactarse en español (ver nota 5); podrán usarse abreviaturas y guarismos con excepción de los datos esenciales, que deberán consignarse íntegramente (art. 11, decreto-ley 8204/1963).

No podrán asentarse en las partidas manifestaciones improcedentes o que no deban declararse con arreglo a la ley (art. 13). El oficial público será quien aprecie en cada caso la pertinencia de la manifestación. De modo expreso está prohibido asentar en las partidas de nacimiento o reconocimiento de hijos extramatrimoniales el nombre de los padres que no los hubieran reconocido (art. 250 Ver Texto , Cód. Civ.). Una ordenanza municipal de la Capital Federal del 30 de marzo de 1915 prohíbe asentar títulos de nobleza, empleos públicos, grado militar o dignidad eclesiástica (art. 26); pero naturalmente esa prohibición no rige cuando se trata de transcripción de partidas extranjeras que contienen títulos nobiliarios (ver nota 6).

El funcionario del Registro debe hacer las inscripciones conforme a las manifestaciones de las partes, sin que le corresponda indagar su veracidad; salvo que la falsedad fuese evidente y manifiesta, en cuyo caso creemos que debe dar aviso a la autoridad competente (ver nota 7).

1117/423

423. NOTAS MARGINALES.— Se llaman así las que se ponen al margen de las inscripciones para rectificarlas, aclararlas, completarlas o remitirlas a otras. El sistema es útil, porque permite centralizar en una sola partida la mayor información tendiente a precisar el estado de una persona.

Deberán colocarse notas marginales en los casos siguientes: en las partidas de matrimonio se anotará la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, pues ello habilita al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio y la adopción, si los adoptantes fueren casados (ver nota 8). Al margen de la partida de nacimiento debe anotarse el reconocimiento como hijo extramatrimonial (art. 37, decreto-ley 8204/1963), la nulidad del matrimonio de los padres y la adopción.

1117/424

424. PUBLICIDAD Y RESERVA DE LOS REGISTROS.— La ley 1565 establecía un sistema de amplia publicidad, permitiendo solicitar copia de las partidas a todo interesado. Por interesado se entendía todo el que solicitara la partida, expresando el motivo o carácter en que la pedía; pero no se exigía justificación alguna del motivo invocado. Este sistema se hizo pasible de serias críticas, pues permitía a cualquiera conocer los datos más íntimos acerca del estado de una persona, autorizando una curiosidad malsana.

Pero el nuevo decreto-ley ha modificado este sistema, autorizando la exhibición de los libros solamente a quien acreditase un interés legítimo (art. 9º). Va de suyo que nadie podrá tampoco pedir certificaciones de los asientos sin acreditarlo. Ordinariamente será la Dirección General quien aprecie la legitimidad del interés invocado.

(nota 1) MACHADO, t. 11, ps. 418 y s.

(nota 2) SALVAT, nº 446 y nota 40.

(nota 3) BAUDRY LACANTINERIE y HOUQUES FOURCADE, t. 2, nº 805 y 806.

(nota 4) De acuerdo: MACHADO, t. 11, p. 402; SALVAT, 5ª ed., nº 451; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, nº 1146; BUSSO, t. 1, p. 495, nº 63 y 64; C. Civil 1ª Cap., 30/4/1926, J.A., t. 19, p. 812; C. Civil 2ª Cap., J.A., t. 31, p. 209.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 31/4/1926, J.A., t. 19, p. 812; C. Civil 2ª Cap., 4/9/1929, J.A., t. 31, p. 209.

(nota 6) Juez de Primera Instancia DR. BARGALLÓ CIRIO, 12/11/1948, L.L., t. 53, p. 74. En contra: SPOTA, t. 1, vol. 3.3, nº 1145.

(nota 7) SALVAT, 5ª ed., nº 457.

(nota 8) De acuerdo: SPOTA, t. 1, vol. 3.3, nº 1143.

425. REGLAS RELATIVAS A LOS NACIMIENTOS.— Con relación al libro de nacimientos, el decreto-ley 8204/1963 establece las siguientes reglas:

1117/426

426. a) Qué debe inscribirse en él.— Según el artículo 27, se inscribirán en el libro de nacimientos: 1) Todos los que ocurran en el territorio de la Nación, cualquiera sea el domicilio de los padres. Dicha inscripción deberá registrarse ante el oficial público que corresponda al lugar del nacimiento. 2) Aquellos cuyo registro sea ordenado por juez competente. 3) Los que ocurran en buques o aeronaves de bandera argentina o lugares bajo jurisdicción nacional.

Pueden también registrarse las inscripciones de documentos pertenecientes a otra jurisdicción, dejando constancia de los datos esenciales que ellos contengan (art. 63, decreto-ley 8204/1963). Esta disposición tiende a facilitar la conservación de documentos relativos al estado civil, evitando el peligro de pérdida o destrucción. La ley ha regido así una jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales (ver nota 1).

1117/427

427. b) Denuncia.— La denuncia e inscripción de los nacimientos deberá hacerse dentro de los plazos que establezca la reglamentación local no pudiendo exceder de 40 días (art. 28, decreto-ley 8204). Para la Capital Federal el plazo es de cinco días hábiles (art. 22 Ver Texto , ley 14586). Vencido este plazo y hasta seis meses después del nacimiento, la Dirección General podrá admitir la inscripción cuando existan causas suficientemente justificadas que lo autoricen. Transcurrido este último término, la inscripción sólo podrá efectuarse por resolución judicial (art. 29, decreto-ley 8204/1963).

Están obligados a solicitar la inscripción del nacimiento: 1) El padre o madre y, a falta de ellos, el pariente más cercano que exista en el lugar o la persona a cuyo cuidado hubiere sido entregado el recién nacido. 2) Los administradores de hospitales, hospicios, cárceles, casas de huérfanos u otros establecimientos análogos, públicos o privados, respecto de los nacimientos ocurridos en ellos, en el caso de que las personas indicadas en el inciso 1º no lo hicieren. 3) Toda persona que hallare un recién nacido o en cuya casa se hubiere expuesto. En estos casos, las personas indicadas tendrán la obligación de presentar las ropas y otros objetos hallados. 4) La autoridad encargada de llevar el registro de hechos acaecidos a bordo (art. 30, decreto-ley 8204/1963).

El hecho del nacimiento se probará con el certificado del médico u obstetra. A falta de dicho certificado, con la declaración de dos testigos que hubieren visto al nacido y que firmarán la inscripción (art. 31).

La denuncia debe hacerse personalmente o por otro. No es necesario en este último caso la exhibición del poder; bastará que el denunciante manifieste que lo hace por quien tiene el deber legal de hacerlo.

Se consignarán como fecha y lugar del nacimiento los que determine el certificado del médico que examine al nacido. Si éste no lo estableciere, se tomará como lugar de nacimiento aquél en que haya sido encontrado el nacido y como fecha el promedio entre la más lejana y la más cercana que determine el informe médico (art. 33, decreto-ley 8204/1963).

1117/428

428. c) Contenido de las partidas.— Las inscripciones de los nacimientos deberán expresar: 1) El nombre, apellido y sexo del nacido. 2) El lugar, hora, día, mes y año en que haya ocurrido el nacimiento. 3) El nombre y apellido del padre y de la madre y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que se careciere de tales documentos, se dejará constancia, consignándose edad y nacionalidad (art. 32). Si se tratase de hijos extramatrimoniales, no se hará mención del padre ni de la madre, a no ser que ellos lo reconocieren ante el oficial público (art. 34).

Si naciere más de un hijo vivo de un solo parto, los nacimientos se registrarán en inscripciones separadas y seguidas, haciéndose constar en cada una de ellas que de ese parto nacieron otras criaturas (art. 35).

1117/429

429. d) Reconocimiento de hijos extramatrimoniales.— El reconocimiento de hijos extramatrimoniales se efectuará extendiéndose un asiento igual al ordenado para los nacimientos y consignándose notas marginales en dicha inscripción y en la del nacimiento (art. 37).

En caso de reconocimientos sucesivos de una misma persona por presuntos progenitores de un mismo sexo, las notas de referencia posteriores a la primera no se registrarán en las partidas de nacimiento, dándose intervención a la autoridad judicial y haciéndose saber a las partes la resolución adoptada (art. 40).

No podrán reconocer hijos aquellas personas que a la fecha del nacimiento del que van a reconocer no hubieran tenido la edad necesaria para contraer matrimonio, salvo la mujer cuando demuestre fehacientemente haber dado a luz al que pretenda reconocer y el varón, cuando una orden judicial lo autorice (art. 41).

Los jueces y escribanos ante quienes se hicieron reconocimientos, remitirán dentro del término de diez días hábiles copia de los documentos pertinentes para su inscripción (art. 39).

(nota 1) C.S.N., 24/7/1942, J.A., 1942-III, p. 310, con nota de LAZCANO; C. Civil Cap., Sala A, 28/12/1956, L.L., t. 85, p. 575, con nota de SPOTA; C. Civil 1ª Cap., 23/3/1942, L.L., t. 27, p. 718, con nota de FASSI.

1117/430

430. REGLAS RELATIVAS A LOS MATRIMONIOS.— El estudio de las formalidades de la celebración de los matrimonios, impedimentos, oposiciones, etcétera, es propio del Tratado de Derecho Civil, Familia, al cual remitimos. Nos limitaremos aquí a enunciar cuáles son los asientos que deben contener estos libros.

1117/431

431. a) Qué debe inscribirse en el libro de matrimonios.— Según el artículo 47 se inscribirán en el libro de matrimonios: 1) Todos los matrimonios que se celebren en el territorio de la Nación. 2) Aquéllos cuyo registro sea ordenado por el juez competente. 3) Las sentencias sobre nulidad, divorcio y las reconciliaciones comunicadas judicialmente.

También pueden inscribirse las partidas de matrimonio celebrados en otros países, siempre que se ajusten a las disposiciones legales en vigor, tanto en lo que respecta a sus formalidades extrínsecas como a su validez intrínseca. Este registro sólo se hará por orden del juez competente, previa vista a la Dirección General (art. 65, decreto-ley 8204/1963).

Esta disposición, de todo punto de vista plausible, se propone poner término a una corruptela introducida en algunos Registros de Provincia, que admitían la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero, en notorio fraude al régimen de indisolubilidad de

la ley nacional. Ahora la inscripción no se puede hacer sino por orden de juez competente, quien sólo podrá otorgarla si se demuestra que el matrimonio extranjero se ajusta a nuestras leyes, tanto en lo que se refiere a sus formalidades extrínsecas, cuanto a su validez intrínseca.

Sin embargo, la disposición que comentamos no concluye con todas las dificultades, porque la validez intrínseca de un matrimonio a veces sólo puede ser apreciada luego de un juicio ordinario en que la cuestión haya podido ser dilucidada y probada ampliamente. A nuestro juicio debe hacerse la siguiente distinción: si se trata de un matrimonio que adolece de nulidad absoluta o que debe reputarse inexistente, debe negarse la inscripción, siempre que el vicio esté patente en el acto, porque en este caso la invalidez surge del acto mismo; si, en cambio, se trata de una nulidad relativa o de una absoluta no manifiesta, la inscripción debe hacerse, sin perjuicio de las ulteriores acciones de nulidad (ver nota 1).

1117/432

432. b) Diligencias previas a la celebración.— Nuestra ley de matrimonio civil, siguiendo el sistema canónico de las proclamas o amonestaciones, exigía la publicación de los nombres, domicilios, etcétera, de los futuros esposos, durante ocho días, en la oficina del Registro Civil (art. 22). Esta publicidad era, sin embargo, inocua porque nadie leía tales avisos. Con buen criterio la disposición fue derogada por la ley 2681.

Actualmente, los que pretendan contraer matrimonio deberán presentarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil de las Personas, en el domicilio de cualquiera de ellos y presentarán una solicitud que deberá contener: 1) Sus nombres y apellidos y los números de sus documentos de identidad si los tuvieran. 2) Su edad. 3) Su nacionalidad, su domicilio y el lugar de su nacimiento. 4) Su profesión. 5) Los nombres y apellidos de sus padres, su nacionalidad, los números de los documentos de identidad si los conocieren, su profesión y su domicilio. 6) Si antes han sido casados o no, y en caso afirmativo, el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y causa de su disolución (art. 186).

Si los contrayentes o alguno de ellos no supiera escribir, el oficial público levantará acta que contenga las mismas enunciaciones (art. cit.).

En el mismo acto, los futuros esposos deberán presentar: 1) Copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiere anulado o disuelto el matrimonio anterior de uno o de ambos esposos o declarado la muerte presunta del cónyuge anterior, en su caso; si alguno de los contrayentes fuere viudo, deberá acompañar certificado de defunción de su anterior cónyuge. 2) La declaración auténtica de las personas cuyo asentimiento es exigido por el Código, si no la prestaran en ese acto o la venia supletoria del juez cuando proceda.

Los padres o tutores que presten su asentimiento ante el oficial público, suscribirán la solicitud o el acta a que se refiere el artículo 186; si no supieren o no pudieren firmar, lo hará alguno de los testigos a su ruego. 3) Dos testigos que, por el conocimiento que tengan de las partes, declaren sobre su identidad y que los creen hábiles para contraer matrimonio. 4) Los certificados médicos prenupciales (art. 187).

c) Celebración del matrimonio.— El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.

Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos.

En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198 Ver Texto , 199 y 200 del Código Civil, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer y pronunciará en nombre de la ley, que quedan unidos en matrimonio.

El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de dar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto (art. 188).

Cuando uno o ambos cónyuges fueren menores de edad, la autorización que el Código requiere podrá otorgarse en el mismo acto o acreditarse mediante declaración auténtica (art. 189).

Cuando uno o ambos contrayentes ignorasen el idioma nacional, deberán ser asistidos por un traductor público matriculado y, si no lo hubiere, por un intérprete de reconocida idoneidad, dejándose en estos casos debida constancia en la inscripción (art. 190).

La celebración del matrimonio se consignará en un acta que deberá contener: 1) La fecha en que el acto tiene lugar. 2) El nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tuvieran, nacionalidad, profesión, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes. 3) El nombre y apellido, número de documento de identidad, nacionalidad, profesión y domicilio de sus respectivos padres, si fueren conocidos. 4) El nombre y apellido del cónyuge anterior, cuando alguno de los cónyuges haya estado casado. 5) El asentimiento de los padres o tutores, o el supletorio del juez, en los casos en que es requerido. 6) La mención de si hubo oposición y su rechazo. 7) La declaración de los contrayentes de que se toman por esposos y la hecha por el oficial público de que quedan unidos en nombre de la ley. 8) El nombre y apellido, edad, número de documento de

identidad si lo tuvieran, estado de familia, profesión y domicilio de los testigos del acto (art. 191).

El acta de matrimonio será redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervinieren en él o por otros a ruego de los que no pudieren o no supieren hacerlo (art. 192).

(nota 1) La interpretación de la ley local 15586, sobre Registro Civil de la Capital, originó una debatida cuestión acerca de si debía o no autorizarse la inscripción en el Registro de los matrimonios celebrados en el extranjero. Contenía ella dos disposiciones aparentemente contradictorias, porque el artículo 45 lo autorizaba siempre que se ajustaran a las disposiciones legales en vigor; pero a su vez, el artículo 64 disponía que pueden inscribirse las partidas extranjeras, sin perjuicio de la validez o nulidad del acto. El problema motivó un plenario de la C. Civil Cap., en el cual se resolvió que no corresponde la inscripción de partidas que no se ajustan a las disposiciones de las leyes en vigor; en particular, ha de denegarse cuando uno de los contrayentes es casado en el país y divorciado en el extranjero, subsistiendo su domicilio en la República (26/8/1960, J.A., 1961-II, p. 584, con nota de LÓPEZ DEL CARRIL, y L.L., t. 100, p. 187, con nota de LAZCANO).

1117/433

433-434. REGLAS RELATIVAS A LAS DEFUNCIONES.— Las inscripciones en estos libros deberán ajustarse a las siguientes reglas:

1117/435

435. a) Qué debe inscribirse en el libro de defunciones.— Deberán asentarse en este libro: 1) Las defunciones que ocurran en el territorio de la Nación. 2) Aquellas cuyo registro sea ordenado por el juez competente. 3) Las sentencias sobre ausencia con presunción de fallecimiento. 4) Las que ocurran en buques o aeronaves de bandera argentina o en lugares bajo jurisdicción nacional (art. 52, decreto-ley 8204/1963).

1117/436

436. b) Denuncia.— Están obligados a solicitar la inscripción de la defunción, por sí o por otros: 1) El cónyuge del difunto, los descendientes, ascendientes, parientes y, en defecto de ellos, toda persona capaz que hubiese visto el cadáver o en cuyo domicilio hubiese ocurrido

la defunción. 2) Los administradores de hospitales, hospicios, cárceles, casas de huérfanos o de cualquier otro establecimiento público o privado, respecto de las defunciones ocurridas en ellos. 3) La autoridad encargada de llevar el registro de los hechos acaecidos a bordo (art. 54, decreto-ley 8204/1963).

La inscripción del fallecimiento deberá hacerse dentro de las 48 horas de comprobado el hecho; cuando la muerte hubiera ocurrido en lugares apartados, el plazo podrá ampliarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso (art. 53, decreto-ley 8204/1963).

1117/437

437. c) Comprobación de fallecimiento.— El facultativo que hubiese asistido al difunto en su última enfermedad, y, a falta de él, cualquier otro requerido al efecto, deberá examinar el cadáver y extender el certificado de defunción. En caso de que se trate de un nacido muerto, atendido por una obstetra, bastará con el certificado extendido por ella. Finalmente, la muerte puede ser comprobada también por el certificado de defunción otorgado por autoridad policial o civil, si no hubiere médicos en el lugar. En este caso, la inscripción deberá ser suscripta por dos testigos (art. 55, decreto-ley 8204/1963).

La exigencia del certificado médico se funda en dos razones: la primera, que en algunos casos sólo un médico podrá distinguir entre la muerte y un estado cataléptico o hipnótico; y aunque esta posibilidad es remota, basta que exista para que se justifique la intervención de un médico; la segunda, que el facultativo podrá advertir si la muerte ha sido natural o tiene un origen delictuoso u obedece a una enfermedad infecciosa que debe ser comunicada a las autoridades sanitarias.

El certificado médico deberá contener en cuanto sea posible: el nombre, apellido, sexo, edad, nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio, número de documento de identidad del fallecido, causa de la muerte, lugar, hora, día, mes y año en que acaeció, debiendo indicarse si dichas circunstancias constan por el conocimiento propio o de terceros. Si se desconoce la identidad del fallecido, el certificado médico deberá contener el mayor número de datos conducentes a su identificación (art. 57, decreto-ley 8204/1963).

1117/438

438. d) Contenido de las inscripciones.— La inscripción deberá contener en lo posible: 1) Nombre, apellido, sexo, nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y número del documento de identidad del fallecido. 2) Lugar, hora, día, mes y año en que hubiese ocurrido la defunción. 3) Nombre y apellido del cónyuge. 4) Nombre y apellido de los padres. 5) Lugar y fecha de nacimiento (art. 56, decreto-ley 8204/1963). La ley dice que se

asentarán en lo posible todos estos datos, pues muy bien puede ocurrir que el denunciante los ignore.

Si se ignorase la identidad del fallecido y luego la comprobase alguna autoridad, lo hará saber al Registro para que efectúe una inscripción complementaria, poniéndose notas de referencia en una y otro (art. 58, decreto-ley 8204/1963).

1117/439

439. e) Inhumaciones.— Para autorizar la sepultura de un cadáver, el encargado del cementerio exigirá licencia de inhumación, que deberá ser expedida por el oficial público encargado del Registro del lugar, una vez efectuada la inscripción de la defunción (art. 59, decreto-ley 8204/1963). Por excepción, cuando medien razones de urgencia o imposibilidad práctica para registrar una defunción, se extenderá la licencia de inhumación, siempre que se haya acreditado la muerte con el certificado médico. La inscripción se registrará dentro de las 48 horas subsiguientes al otorgamiento de la licencia (art. 60).

Si del informe médico o de otras circunstancias surgieran sospechas de que la muerte se hubiere producido como consecuencia de un delito, el Registro deberá dar aviso a la autoridad judicial o policial, y no expedirá licencia de inhumación hasta que se le comunique por autoridad competente haberse practicado las diligencias a que hubiere lugar (art. 61).

Cuando el fallecimiento sea consecuencia de enfermedad que interese al estado sanitario, el oficial público comunicará inmediatamente esta circunstancia a la autoridad competente, debiendo otorgarse la licencia de inhumación (art. 62).

1117/440

440. LIBRO DE INCAPACIDADES.— Se inscribirán en un libro especial que se llevará en la Dirección General: a) Las declaraciones judiciales de insania. b) Las interdicciones judiciales por sordomudez. c) La incapacidad civil de los penados. d) Los autos declarativos de concursos civiles o de quiebras de personas físicas, sin perjuicio de las inscripciones que correspondan por otras leyes. e) Las inhibiciones generales, las que deberán ser comunicadas por el Registro de la Propiedad. f) Toda otra declaración de incapacidad. g) Las rehabilitaciones (art. 76, decreto-ley 8204/1963).

La inscripción de estas incapacidades tiene una importancia esencial en el régimen de la nueva ley: esas incapacidades o las rehabilitaciones correspondientes, no producirán efectos respecto de terceros sino desde la fecha de su inscripción en el Registro (art. 77). Sin embargo, el alcance de esta norma ha sido limitado muy razonablemente por su primer párrafo que deja a salvo lo dispuesto por las leyes de fondo de la Nación (art. cit.). Muchas veces los efectos de la declaración de incapacidad respecto de terceros no dependerán de la inscripción en el Registro, sino de lo que dispongan las leyes particulares que regulan cada institución. Este es un problema que debe ser considerado en relación a cada incapacidad en particular.

1117/441

441. INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS DE EXTRAÑA JURISDICCIÓN.— Las inscripciones de documentos de extraña jurisdicción se registrarán consignando los datos esenciales que ellos contengan. No se registrará ningún documento que no se halle legalizado por autoridad competente (art. 63, decreto-ley 8204/1963).

Si el documento a inscribirse estuviera redactado en idioma extranjero deberá ser acompañado de su traducción al idioma nacional, la que deberá ser hecha por traductor público debidamente autorizado (art. 64).

Con relación a la inscripción de partidas de matrimonios celebrados en el extranjero, véase número 431.

1117/11840

441 bis. INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES.— Todas las resoluciones judiciales que den origen, alteren o modifiquen el estado civil de las personas deberán ser remitidas al Registro para su cumplimiento. Las provincias y la Capital Federal podrán establecer en estos casos que los jueces, antes de dictar sentencia, den vista a la Dirección General del Registro Civil (art. 66, decreto-ley 8204/1963). Así lo dispone para la Capital Federal el artículo 67 de la ley 14586. Se ha declarado que esta intervención confiere a la Dirección del Registro el carácter de parte, con facultad de apelar (ver nota 1).

Cuando las resoluciones judiciales se refieran a inscripciones ya registradas, los oficios deberán contener la parte dispositiva de la resolución, especificando nombres completos, oficina, libro, año y folio del acta de inscripción a que se remiten (art. 67). Cuando se refieran a hechos o actos no inscriptos, se registrará la parte dispositiva de la sentencia en

forma de inscripción, con todos los requisitos establecidos para las partidas, consignándose fecha, autos, juzgado y secretaría en que éstos tramitaron.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 11/4/1961, L.L., t. 202, p. 905.

1117/442

442. VALOR PROBATORIO DE LAS PARTIDAS.— Las partidas originales y sus testimonios, copias o certificados, así como las libretas de familia y cualquier otro documento expedido por la Dirección General del Registro de Estado Civil, que lleven la firma del oficial público y el sello de la oficina son instrumentos públicos (art. 979 Ver Texto , incs. 2º y 10, Cód. Civ. y arts. 5º y 24 del decreto-ley 8204/1963, modificado por ley 18327) y tienen por consiguiente, el valor probatorio de tales (véase núms. 986 y sigs.) Y aunque no era necesario decirlo, puesto que importa una repetición inútil, el artículo 86 Ver Texto del Código Civil, refiriéndose a los certificados de nacimiento, expresa que, estando en debida forma, se presume la verdad de ello, salvo prueba en contrario producida por las partes interesadas.

Como ocurre con todo instrumento público, es imprescindible distinguir entre dos enunciaciones diferentes:

a) Aquellas que se refieren a hechos ocurridos en presencia del encargado del Registro Civil, o cumplidos por él, que hacen fe hasta que se demuestre lo contrario por querella de falsedad (art. 993 Ver Texto , Cód. Civ.). Tal ocurrirá con la manifestación de que concurrió el denunciante y los testigos, que denunciaron tal hecho, que el jefe comprobó personalmente el nacimiento o la defunción (ver nota 1).

La querella de falsedad será necesaria, desde luego, cuando lo que se impugne sea el asiento original; pero si sólo se atacara la copia, bastará una simple confrontación con el original para demostrar su falsedad o el error de transcripción.

b) En cambio, las manifestaciones hechas por las partes pueden ser destruidas por simple prueba en contrario, pues al oficial público no le consta su veracidad; del mismo modo, puede ser impugnada la identidad de los comparecientes (art. 86 Ver Texto , Cód. Civ.). Por aplicación de este principio, se ha decidido que la manifestación hecha por el denunciante atribuyéndole el carácter de hijo legítimo al recién nacido, no basta para acreditar tal filiación si no se prueba el matrimonio de los padres (ver nota 2); que por simple prueba en contrario puede demostrarse que la causa de muerte indicada en el certificado médico no es

verdadera, ni lo es tampoco la afirmación relativa a si existe o no testamento (ver nota 3), etcétera.

Un problema delicado se presenta respecto de las enunciaciones prohibidas por las leyes ¿Qué valor probatorio tienen si, no obstante la prohibición legal, el encargado del Registro las hubiere asentado? La mayor parte de los autores se inclinan por considerar que deben tenerse por no escritas y que, por consiguiente, quien les niega valor no debe suministrar prueba alguna, pues le basta con esa negativa (ver nota 4). Por nuestra parte, estamos en desacuerdo con esa opinión. La consignación de enunciaciones prohibidas podrá dar lugar a que se apliquen sanciones al jefe del Registro, pero no por ello perderán el valor probatorio que eventualmente pueden tener. Su apreciación depende del prudente criterio del juez. Así, por ejemplo, si en contra de lo dispuesto por el artículo 250 Ver Texto , Código Civil, se mencionara en la partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial el nombre del padre o madre que no lo ha reconocido, tal manifestación no bastará por sí sola como prueba, pero es un elemento de juicio que, unido a otros, puede llevar al ánimo del juez la convicción de la relación de filiación que se invoca (ver nota 5).

1117/443

443. PRUEBA DE LA EDAD, SEXO Y NOMBRE.— La edad, el sexo y el nombre se prueban por la partida de nacimiento (arts. 79 Ver Texto y sigs., Cód. Civ.). Las otras, sea de matrimonio, defunción, reconocimiento de filiación, etcétera, sólo pueden servir a este respecto como prueba supletoria; pero la auténtica es aquélla. Por consiguiente, en caso de diferencia entre las distintas partidas, debe estarse a las constancias de la de nacimiento.

En cuanto a la filiación, también se prueba por ella (art. 79 Ver Texto , Cód. Civ.), pero en este caso tienen igual valor la de reconocimiento de paternidad o maternidad y la transcripción en el Registro de las sentencias relativas al estado.

(nota 1) Sobre este punto, la doctrina es unánime; véase BUSO, t. 1, p. 519, n° 15 y s.; SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 513; ORGAZ, Personas individuales, p. 103; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1113.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 4/5/1939, L.L., t. 14, p. 948; C. Civil 2ª Cap., 8/9/1937, L.L., t. 7, p. 1107; Sup. Trib. Santa Fe, 7/11/1944, Rep. L.L., t. 8, p. 1012.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 15/11/1948, L.L., t. 52, p. 719. En la doctrina no hay discrepancias.

(nota 4) SALVAT, Parte General, 5ª ed., p. 522, n° 513; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1114; ORGAZ, Personas individuales, p. 106; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 1, p. 219.

(nota 5) En sentido semejante, sostiene BUSO que el asiento de enunciaciones prohibidas puede servir como presunciones cuando no se las pretende hacer valer como pruebas prohibidas por la ley (t. 1, p. 519, n° 21).

1117/444

444. NULIDAD DE LAS PARTIDAS.— Es criterio admitido sin discrepancias, que la nulidad de las partidas debe juzgarse con benevolencia, pues se trata de instrumentos destinados a comprobar algo tan importante como el estado de las personas; además, la irregularidad de los asientos se debe casi siempre a culpa del encargado del Registro y sería injusto sancionar a las partes interesadas por hechos que no les son imputables.

Es necesario, ante todo, no confundir la nulidad del instrumento con la del acto mismo. La invalidez de los asientos no anula el matrimonio, que puede probarse por otros medios (art. 197 Ver Texto , Cód. Civ.); ni la adopción, puesto que los efectos de la sentencia judicial no pueden estar sujetos a la regularidad con que se hagan las anotaciones en el Registro; ni, mucho menos, puede hacer desaparecer el hecho del nacimiento o la defunción.

Hay causa de nulidad en los siguientes casos:

a) Si existe contradicción entre los asientos del Registro y la realidad misma; sería tal el caso de la partida de defunción de una persona viva.

b) Si falta la firma del encargado del Registro, de las partes o de los testigos, pues de lo contrario no habría prueba de la comparecencia de aquéllos, ni de que el oficial público ha autorizado el acta (ver nota 1).

c) Si la partida ha sido extendida por quien no está encargado del Registro, bien porque no ha sido legalmente designado, bien porque ya se lo ha notificado de su suspensión, destitución o reemplazo (art. 983 Ver Texto , Cód. Civ.); pero no afectaría la validez de los asientos la falta en el oficial de las condiciones requeridas para el cargo (art. 982 Ver Texto , Cód. Civ.).

d) Si el encargado del Registro actuó fuera de la jurisdicción (art. 980 Ver Texto , Cód. Civ.), salvo que, por error común, el lugar fuera generalmente tenido como perteneciente a ella (art. 981 Ver Texto).

e) Si el propio oficial público interviniera en el acto como parte (véase núm. 422).

f) Tampoco tienen validez las partidas otorgadas fuera de los libros de Registro, en hojas volantes o sueltas. Esta fue una práctica viciosa bastante frecuente en nuestro país y, aunque ya superada, todavía presenta inconvenientes en algunos casos de partidas que datan de años atrás (ver nota 2).

1117/445

445.— En cambio, no es nula la partida aunque se asiente en ella una falsedad sustancial, como sería atribuir carácter de hijo legítimo a uno extramatrimonial. Probada la falsedad, lo que cabe es la rectificación de la partida, pero no la nulidad que, por referirse al instrumento, sólo puede fundarse en causas formales (ver nota 3). Tampoco son motivos de invalidez la omisión de la fecha; de los datos personales de los comparecientes; la existencia de enmendaduras o entrerrenglones no salvados al final; la circunstancia de no haberse guardado el orden de las actas, etcétera (ver nota 4).

(nota 1) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, n° 510; SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 574; BUSO, t. 1, p. 521, n° 40. En Francia, en cambio, se ha admitido la validez de estos asientos, bajo la preocupación de no destruir la prueba del estado de las personas; véase sobre el punto: PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, p. 255, n° 669; JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, n° 281, in fine; BAUDRY LACANTINERIE y FOURCADE, Des personnes, t. 2, n° 862, bis.

(nota 2) En vista de ello, se ha llegado a sostener la validez de tales partidas: SPOTA, t. 1, vol. 3.3, p. 172, n° 1116; también parece ser de este criterio BIBILONI, nota al art. 86 del Anteproyecto; pero el resto de la doctrina nacional y la extranjera se inclina por la solución sostenida en el texto: SALVAT, Parte General, 5ª ed., n° 576; BUSO, t. 1, p. 522, n° 45; LLAMBÍAS, t. 1, n° 510; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, n° 668; JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, n° 281.

(nota 3) La única excepción a esta regla sería la nulidad fundada en la falta total de concordancia de la partida con la realidad, como sería el caso de la partida de defunción de una persona viva.

(nota 4) SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 573; LLAMBIÁS, t. 1, nº 510.

1117/446

446. RECTIFICACIÓN DE PARTIDAS.— Con relativa frecuencia resulta indispensable proceder a la rectificación de los asientos del Registro, ya sea porque en ellos se han deslizado errores materiales o declaraciones falsas (sean o no intencionales) o porque el interesado ha cambiado o adicionado su nombre.

La importancia que tienen todos los problemas relativos al estado de las personas, hace indispensable rodear de las mayores garantías de seriedad todo lo referente a la modificación o rectificación de las partidas; de ahí que sea indispensable el procedimiento judicial (art. 71, decreto-ley 8204/1963), salvo los casos excepcionales en que la ley permite la rectificación hecha directamente por el Registro; así, por ejemplo, no es necesaria la intervención judicial para adicionar el apellido de la madre de los hijos legítimos (art. 43), o para imponer el apellido del padre o madre que hubiera reconocido después de la inscripción a su hijo extramatrimonial (art. 45), o para imponer al hijo extramatrimonial el apellido del padre que lo hubiere reconocido después de la madre (art. 44), o para hacer constar la identidad del fallecido comprobada por autoridad competente (art. 58), o para corregir errores u omisiones materiales (art. 15 Ver Texto , ley 18248). Salvo estos casos de excepción, la intervención judicial es indispensable.

1117/447

447. a) Juez competente.— Es competente para hacer la rectificación, el juez del lugar en que se encuentra la inscripción original que se pretende rectificar, modificar o cambiar o el del domicilio del interesado. Las partidas que acrediten vocación hereditaria podrán rectificarse ante el juez de la sucesión (art. 16 Ver Texto , ley 18248).

1117/448

448. b) Procedimiento.— El procedimiento será sumarísimo (art. 17 Ver Texto , ley 18248). Esta disposición introduce una importante reforma al sistema de la ley 1565 , que establecía el procedimiento ordinario, lo que era evidentemente excesivo. Es claro que si, so color de rectificación de partida se pretende alterar el estado de una persona, será necesario el procedimiento ordinario; tal ocurriría si se trata de atribuir una maternidad natural al interesado (ver nota 1) o de declarar nulo el matrimonio del causante (ver nota 2) o de cambiar de filiación (ver nota 3).

En el juicio sumarísimo es parte el Ministerio Público (art. 17 Ver Texto , ley 18248). Naturalmente, el Asesor sólo intervendrá si hay de por medio incapaces; pero la intervención del Agente Fiscal es inexcusable.

Cuando la Dirección del Registro Civil compruebe la existencia de omisiones o errores materiales en los asientos, que surgen evidentes del propio texto o de su cotejo con instrumentos públicos, procederá de oficio o a petición de parte interesada a llevar a cabo los trámites judiciales necesarios para la rectificación (art. 72, decreto-ley 8204/1963).

La prueba más frecuente es la documental y la de testigos. En cuanto a la primera, los documentos deben presentarse legalizados (ver nota 4).

Las Cámaras Civiles de la Capital resolvieron en 1933 exigir antecedentes policiales de los interesados y los testigos, cuando se trate de rectificar nombre, apellido y edad, salvo en los juicios sucesorios (ver nota 5). Sin embargo, si sólo median pequeños errores, no es necesario este recaudo (ver nota 6).

1117/449

449. c) Inscripción de la sentencia y expedición de copias.— Firme la sentencia que ordena la rectificación, el juez enviará al Registro Civil, dentro de los ocho días hábiles, copia de la parte dispositiva con indicación de los asientos rectificandos, con los nombres completos, sección, tomo, año y número del asiento (art. 67, decreto-ley 8204/1963).

Rectificada o adicionada una partida, no podrá darse copia de ella, sin copiarse también la otra en que conste la rectificación o adición (art. 71 , ley 14588).

El procedimiento establecido en la ley 18248 para la rectificación de las partidas del Registro Civil, es también aplicable a las actas parroquiales anteriores a la vigencia de aquella ley (ver nota 7), quedando a salvo los efectos puramente eclesiásticos de una rectificación hecha sin guardar aquellos requisitos.

(nota 1) S. C. Tucumán, 15/10/1938, L.L., t. 13, p. 81.

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 10/12/1946, J.A., 1947-I, p. 93.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 26/7/1944, L.L., t. 35, p. 508.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 31/12/1948, L.L., t. 58, p. 437.

(nota 5) C. Civiles Cap., en Pleno, 6/11/1933, J.A., t. 68, p. 391.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 14/6/1938, L.L., t. 11, p. 41; C. Civil 2ª Cap., 1/8/1946, L.L., t. 43, p. 529.

(nota 7) Véase en este sentido, C. Apel. Azul, 17/6/1947, L.L., t. 47, p. 318, que declaró necesaria la orden judicial.

1117/10920

C.— PRUEBA SUPLETORIA

1117/450

450. CASOS EN QUE PROCEDE.— Si bien las partidas son las pruebas por excelencia del estado civil de las personas, puede ocurrir que no haya registros o que no constare en ellos el asiento o, finalmente, que los asientos no estén llevados en debida forma. En tales casos, será necesario acudir a otros medios de prueba (arts. 85 Ver Texto , 87 Ver Texto y 108 Ver Texto , Cód. Civ.), pues el estado no puede quedar sin comprobación.

Pero para que proceda la prueba supletoria es menester demostrar previamente que se ha dado alguna de aquellas hipótesis, es decir, que existe imposibilidad de presentar la partida (ver nota 1). Esta justificación no puede hacerse por testigos (ver nota 2), salvo en casos muy particulares (ver nota 3); es necesario el informe emanado del encargado del Registro, sea civil o parroquial, del que resulte la inexistencia o defecto de las actas.

La imposibilidad de presentar el acta debe ser absoluta; no basta una mera dificultad como podría ser la extracción de partidas de un país lejano; pero, con buen acierto, se ha decidido que si por razones políticas o de otro orden resulta legalmente imposible extraer los documentos legalizados del país de origen, la prueba supletoria es procedente (ver nota 4).

Puede presentarse también la hipótesis de que el peticionante ignore totalmente el lugar y fecha de su nacimiento. Siendo así, y apareciendo el hecho como verosímil, debe dispensárselo de toda demostración, pues lo contrario importaría obligarlo a una prueba imposible: la de su desconocimiento (ver nota 5).

1117/451

451. MEDIOS DE PRUEBA.— En principio no existe ninguna limitación legal acerca de los medios procedentes para demostrar el estado de una persona en caso de pérdida o destrucción de los registros o falta de asientos.

La prueba más importante es la documental y, muy particularmente, las actas parroquiales; naturalmente, nos referimos a las actas posteriores a la vigencia de la ley de Registro Civil, pues las anteriores tienen el mismo valor legal que las emanadas del oficial público (véase núm. 420); tienen asimismo valor, el pasaporte del extranjero (ver nota 6), los llamados papeles de familia (ver nota 7). Es frecuentísimo el uso de la prueba testimonial y aun puede admitirse la de simples presunciones, con tal que sean claras y precisas, y se hallen robustecidas por otros medios.

En materia de nacimientos y a los efectos de comprobar la edad y el nombre suelen presentarse otras partidas en las que constan aquellas circunstancias (advuértase que sólo la de nacimiento prueba fehacientemente la edad, nombre y sexo, art. 79 Ver Texto , Cód. Civ.), certificados escolares, etcétera. Si faltara absolutamente toda prueba de la edad, se determinará por pericia médica (art. 87 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta es utilísima e importa una garantía de seriedad; por ello, creemos que, salvo que la prueba producida fuera precisa e indudable, debe el juez ordenarla; así lo resuelven casi siempre los tribunales (ver nota 8).

En cuanto al fallecimiento, es especialmente interesante la prueba de testigos (art. 108 Ver Texto , Cód. Civ.). En principio, se requiere que éstos hayan presenciado el deceso o visto el cadáver; pero la regla no es absoluta. Sobre este punto, y en particular sobre el problema que presentan los desaparecidos cuyo cadáver no se ha encontrado, nos remitimos al número 244.

En los artículos 105 Ver Texto y siguientes del Código Civil se establecen reglas para la prueba supletoria en ciertos casos especiales: a) la muerte de los militares en combate se probará, a falta de partidas, por lo que conste en el Ministerio de Guerra; según la Convención de Ginebra de 1906 y nuestros propios reglamentos de combate, todo militar caído debe ser cuidadosamente revisado para su identificación; si fuesen enemigos, se avisará a las autoridades competentes el hecho de la muerte; si se tratare de nuestros

combatientes, y no fuese posible labrar actas, se comunicará el hecho a los Ministerios de Guerra, Marina y Aeronáutica y éstos lo harán saber a las autoridades civiles competentes; b) la muerte ocurrida en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales o lazaretos, por lo que conste en los asientos llevados en esos establecimientos (art. 106 Ver Texto , Cód. Civ.); c) la de los militares dentro de la República o en campaña, y la de los empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos registros de los hospitales o ambulancias (art. 107 Ver Texto , Cód. Civ.).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 22/11/1962, causa 85.509 (inédita).

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 29/8/1938, J.A., t. 63, p. 518; C. Civil 2ª Cap., 24/11/1941, J.A., 1942-II, p. 568; íd., 9/6/1933, J.A., t. 42, p. 756; de acuerdo: SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 560; BUSSO, t. 1, p. 515, nº 21; ORGAZ, Personas individuales, p. 108.

(nota 3) ORGAZ, Personas individuales, p. 109 y jurisprudencia citada en nota 36.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 27/5/1954, L.L., t. 75, p. 288; C. Fed., Bahía Blanca, 17/7/1947, L.L., t. 47, p. 613; C. Fed. Rosario, 26/2/1949, L.L., t. 55, p. 134; C. 1ª Apel. Bahía Blanca, 13/4/1954, L.L., t. 75, p. 182.

(nota 5) De acuerdo: BUSSO, t. 1, p. 515, nº 24; SALVAT, Parte General, 5ª ed., y s., nº 561.

(nota 6) C. Fed. Bahía Blanca, 17/7/1947, L.L., t. 47, p. 613; LLAMBÍAS, t. 1, nº 523.

(nota 7) ORGAZ, Personas individuales, p. 109; LLAMBÍAS, t. 1, nº 523.

(nota 8) Algunos autores, ateniéndose a la letra del art. 87 Ver Texto , que dice que a falta absoluta de prueba de la edad por cualquiera de los modos declarados, procede la pericia médica, han sostenido que sólo en tal caso puede ser ordenada por el juez, que, por el contrario, no lo podría hacer si existiera cualquier otra prueba (SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 566; ORGAZ, Personas individuales, p. 110). Nos parece llevar demasiado lejos la interpretación literal del texto. La circunstancia de que la ley ordene expresamente que a falta de toda otra prueba deberá ordenarse la pericia médica, no significa que sólo en ese caso puede ordenarse, sino que de ninguna manera dejará de determinarse la edad, so color de que no existe prueba. De acuerdo LLAMBÍAS, t. 1, nº 524.

1117/10930

D.— PRUEBA DE NACIMIENTOS Y DEFUNCIONES OCURRIDOS EN EL EXTRANJERO

1117/452

452. PRUEBA DOCUMENTAL.— El nacimiento ocurrido en el extranjero o en alta mar, día y lugar en que sucedió, el sexo, nombre y filiación, se prueban de la siguiente manera:

a) De los ocurridos en alta mar, por copias auténticas de las actas que por ocasión de tales accidentes deben hacer los escribanos de los buques de guerra y el capitán o maestre de los mercantes, en las formas que prescribe la respectiva reglamentación (art. 81 Ver Texto , Cód. Civ.). Los reglamentos militares nada establecen sobre este punto, pero, de acuerdo con la citada norma del Código Civil, los capitanes del buque, o en su caso, los escribanos, si los hubiere, deberán dejar hacer el asiento en el libro correspondiente. En cuanto a los barcos mercantes, el artículo 927 Ver Texto , inciso 5º, Código de Comercio, dispone que el acta deberá labrarse en el Libro de Navegación.

b) De los nacionales nacidos en país extranjero, por certificados de los registros consulares, o por los instrumentos hechos en el lugar, según las respectivas leyes, legalizados por los agentes consulares o diplomáticos de la República (art. 82 Ver Texto , Cód. Civ.).

c) De los extranjeros en el país de su nacionalidad o en otro país extranjero, por el modo del artículo anterior (art. 83 Ver Texto , Cód. Civ.). Si el extranjero ha nacido, a su vez, en una nación extranjera para él y para nuestro país, podrán optar sus padres por su inscripción en el registro local o en el consulado del país del que es nacional (ver nota 1).

Tratándose de extranjeros nacidos en su propio país, o en otro país extranjero, nuestros cónsules no están habilitados para expedir certificados de su nacimiento, pues su competencia no va más allá de sus nacionales (ver nota 2). Quedan a salvo, desde luego, los hijos de argentinos que optaren por su ciudadanía de origen.

d) Los hijos de militares en campaña fuera de la República o empleados en servicio del Ejército, por certificados de los respectivos registros, como fuesen determinados en los reglamentos militares (art. 84 Ver Texto , Cód. Civ.). Para la aplicación de este artículo es necesario, o bien que la propia madre esté incorporada al Ejército (como puede ocurrir en servicios auxiliares) o que se trate de la esposa del militar que viva normalmente en la

República y que sólo por las circunstancias de la guerra haya acompañado al padre (ver nota 3). Si, por el contrario, se trata de hijos habidos de mujeres naturales del país, la prueba se regirá por las leyes de éste (ver nota 4).

El artículo alude exclusivamente al caso de guerra; no es aplicable, por lo tanto, a los militares que han sido destacados en simple comisión, supuesto que está contemplado en el artículo 82 (ver nota 5).

Todas estas normas son aplicables a la prueba de la muerte ocurrida en alta mar o en el extranjero (art. 104 Ver Texto , Cód. Civ.).

1117/453

453. PRUEBA SUPLETORIA.— La prueba supletoria producida en el extranjero con observancia de las leyes del lugar, tendrá pleno valor en nuestro país (ver nota 6).

1117/11850

453 bis. PRUEBA DEL NACIMIENTO PARA OBTENER CARTA DE CIUDADANÍA.— Para obtener carta de ciudadanía es requisito indiscutible la prueba de haber nacido en el extranjero, lo que se hace por los medios estudiados en los números precedentes (ley 346 y decreto reglamentario del 3/12/1931). Pero la Corte Suprema ha decidido que la información sumaria, a los efectos de la ciudadanía, puede rendirse ante los jueces argentinos, pues de lo contrario, bastaría una negativa de las autoridades del país de origen para que las personas que, según nuestra Constitución, pueden naturalizarse, no lo puedan hacer (ver nota 7).

(nota 1) Véase: C. Fed. Cap., 7/9/1934, J.A., t. 47, p. 785; SALVAT, Parte General, 5ª ed., nº 502; ORGAZ, Personas individuales, p. 100.

(nota 2) BUSSO, t. 1, coment. art. 83, nº 5; MACHADO, t. 1, p. 158, nota.

(nota 3) BUSSO, t. 1, coment. art. 84, nº 4; MACHADO, t. 1, p. 157.

(nota 4) BUSSO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) BUSSO, t. 1, coment. art. 84, n° 5; MACHADO, t. 1, p. 157.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 30/3/1949, L.L., t. 54, p. 642.

(nota 7) C.S.N., 14/9/1950, J.A., 1951-I, p. 318. En el mismo sentido: C. Civil Cap., Sala B, 15/6/1953, J.A., 1953-III, p. 306, con nota importante y antecedentes jurisprudenciales.

1117/10940

§ 3.— Capacidad

1117/454

454. CONCEPTO.— Capacidad es la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Es fácil advertir la estrechísima relación que existe entre estado y capacidad, puesto que el estado es la base sobre la que descansa la capacidad: de aquél dependen los derechos y obligaciones de una persona. El estado es, pues, la estática y la capacidad, la dinámica de un mismo problema: los derechos y deberes jurídicos de las personas.

La capacidad puede referirse al goce de los derechos o a su ejercicio; en el primer caso, se trata de capacidad de derecho; en el segundo, de capacidad de hecho.

1117/10950

A.— CAPACIDAD DE DERECHO

1117/455

455. CONCEPTO.— La capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Esta aptitud se vincula muy directamente con la misma personalidad humana; por eso, todas las personas son, en principio, capaces de derecho. Más aún: no podría concebirse una incapacidad de derecho absoluta, es decir, que comprendiera todos los derechos y obligaciones, porque ello sería contrario al derecho natural; como ejemplo de

incapacidades de derecho absolutas, pueden recordarse la esclavitud y la muerte civil, por fortuna ya desaparecidas, por lo menos en los países de civilización avanzada.

Pero, en cambio, existen incapacidades de derecho relativas, es decir, referidas a ciertos derechos en particular. Puede ocurrir, en efecto, que ciertos derechos —perfectamente lícitos y útiles en general— sean inmorales, perniciosos o contrarios a algún interés superior cuando son ejercidos por determinadas personas y en casos determinados. Así, por ejemplo, las personas tienen derecho a contratar; pero si de ese derecho se pretendiera valer el padre para celebrar convenios con el hijo que está bajo su patria potestad, podría prestarse a abusos de su parte y haría nacer un conflicto de intereses contrario a la relación de familia que existe entre ambos. Entonces interviene la ley y prohíbe la realización de tales actos, creando una incapacidad de derecho.

1117/456

456. ENUMERACIÓN DE INCAPACIDADES DE DERECHO.— A título ejemplificativo, enumeramos algunas incapacidades de derecho: los padres no pueden contratar con sus hijos que estén bajo su patria potestad (art. 279 Ver Texto); ni ellos ni los tutores o curadores pueden adquirir bienes del incapaz (arts. 297 Ver Texto , 450 Ver Texto , 1361 Ver Texto , incs. 1º y 2º); a los albaceas les está vedado adquirir bienes de la testamentaría que estuviese a su cargo (art. 1361 Ver Texto , inc. 3º); los mandatarios no pueden adquirir los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes (art. 1361 Ver Texto , inc. 4º); los empleados públicos tienen prohibida la adquisición de los bienes del Estado de cuya administración o venta estuvieren encargados (art. 1361 Ver Texto , inc. 5º); los jueces, abogados, defensores de menores, procuradores, escribanos y tasadores, no pueden comprar los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido su respectivo ministerio (art. 1361 Ver Texto , inc. 6º); son incapaces de suceder y recibir legados: los confesores del testador en su última enfermedad; los parientes de ellos dentro del cuarto grado, si no fueren parientes del testador; las iglesias en que estuviesen empleados, con excepción de la iglesia parroquial del testador y las comunidades a que ellos perteneciesen (art. 3739 Ver Texto), así como el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad (art. 3740 Ver Texto). Asimismo, tienen incapacidades de derecho los religiosos profesos y los comerciantes fallidos (art. 1160 Ver Texto ; véase núms. 603 y sigs.); y las personas por nacer (núms. 475 y sigs.). Los impedimentos para contraer matrimonio, establecidos en el artículo 166 Ver Texto , Código Civil, constituyen otras tantas incapacidades de derecho

1117/457

457. CARACTERES DE LAS INCAPACIDADES DE DERECHO.— De la circunstancia de que la capacidad de derecho se vincula tan directamente con los derechos inherentes al hombre como tal, se desprenden los siguientes caracteres de estas incapacidades:

a) Son excepcionales. La regla no puede ser sino la capacidad; sólo por excepción la ley establece ciertas incapacidades de derecho, en forma de prohibiciones de realizar actos determinados. Esas prohibiciones suelen ser muy precisas y concretas; excepcionalmente tienen un carácter más o menos general (sin ser jamás absolutas) como ocurre en el caso de los religiosos profesos, los comerciantes fallidos y las personas por nacer.

b) Obedecen siempre a una causa grave. Sólo por un motivo muy serio puede privarse a las personas de su capacidad de derecho; es necesario que medie siempre un interés superior o una razón moral y buenas costumbres. De ahí que, en principio, las incapacidades de derecho sean de orden público; como consecuencia de ello, la realización de un acto por un incapaz de derecho generalmente da origen a una nulidad absoluta y, por lo tanto, no susceptible de confirmación. Pero ésta no es una regla absoluta, porque a veces dichas incapacidades obedecen a la protección de intereses puramente privados y, por consiguiente, la nulidad derivada del acto puede confirmarse (véase núm. 1254). Tal, por ejemplo, el caso del mandatario que compra bienes que su mandante le encargó vender; como esta incapacidad ha sido creada en protección del mandante, éste puede, si le interesa, confirmar el acto, pues la nulidad es simplemente relativa.

c) No pueden ser suplidas por representación. En tanto los incapaces de hecho pueden actuar por medio de sus representantes legales, los de derecho no pueden hacerlo ni por sí ni por apoderado.

1117/10960

B.— CAPACIDAD DE HECHO

1117/458

458. CONCEPTO.— La capacidad de hecho es la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones. Mientras la capacidad de derecho se refiere al goce, ésta se vincula con el ejercicio personal de los derechos.

Ocurre a veces que la ley priva al titular de un derecho, del poder o facultad de ejercerlo por sí mismo. Esta privación se funda en la insuficiencia mental de algunas personas para realizar ciertos actos (menores, dementes, sordomudos), o bien en la carencia de libertad que traba la libre y eficaz actuación (condenados); o, finalmente, en la necesidad de

proteger al interesado y su familia del peligro de una dilapidación irrazonable de sus bienes (pródigo). En todos estos casos, los actos para los cuales la ley declara incapaz a una persona, sólo pueden ser realizados por intermedio de sus representantes legales. Esto da lugar a una diferencia fundamental con las incapacidades de derecho, puesto que en este caso el acto no se puede realizar ni por sí mismo, ni por intermedio de representante legal o convencional.

Es fácil advertir que estas incapacidades de hecho han sido establecidas en interés mismo del incapaz o de su familia; la ley ha procedido con un criterio tutelar. Las de derecho, en cambio, se inspiran por lo general en una razón de orden público, de moral, y buenas costumbres; sólo por excepción tienden únicamente a la protección de intereses privados.

1117/459

459. LA CLASIFICACIÓN DE INCAPACIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS.— Nuestro Código distinguía, en los artículos 54 Ver Texto y 55, dos categorías distintas de incapacidades de hecho: la absoluta y la relativa. Los incapaces absolutos serían aquellos que no pueden ejercer por sí ningún acto; relativos, los que solo son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos (art. 55 Ver Texto).

Esta distinción, que fue tomada de FREITAS (Esboço, arts. 41 y 42 y notas), es falsa y carece de todo significado en nuestro derecho.

En primer lugar, es falsa, porque no es exacto que los incapaces absolutos enumerados en el artículo 54 Ver Texto , lo sean para todos los actos de la vida civil. Los menores impúberes pueden tomar posesión de las cosas desde los 10 años; si son mujeres, pueden casarse aun antes de los 16 años, si mediere dispensa judicial que sólo puede otorgarse con carácter excepcional (art. 167 Ver Texto , Cód. Civ.); los dementes pueden testar en intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben darse a entender por escrito pueden casarse. Además, todos esos incapaces realizan a diario “pequeños” contratos de la vida cotidiana: utilizan los medios de transporte y pagan el pasaje, adquieren entradas para los cinematógrafos y otros espectáculos públicos, compran mercaderías con dinero al contado. Y aunque cada uno de estos contratos es en sí poco valioso desde el punto de vista económico, en su conjunto son importantísimos. Ninguna ley autoriza a los incapaces absolutos a realizarlos, pero sí lo acepta una costumbre jurídica y lo imponen las necesidades de la vida; esos contratos son perfectamente válidos (ver nota 1). Sólo las personas por nacer, dentro de las enumeradas en el artículo 54 Ver Texto , son incapaces de hecho absolutos. Tampoco es exacto que los incapaces relativos lo sean sólo respecto de ciertos actos, como decía el artículo 55 Ver Texto , lo que parecería indicar que la regla es la capacidad. Por el contrario, los menores adultos sólo pueden realizar aquellos actos para los cuales estén expresamente autorizados, pues la regla es la incapacidad (arts. 126 Ver Texto y sigs., Cód. Civ.).

El “modo de ejercer” los actos a que aludía el artículo 55 Ver Texto , tampoco establece ninguna diferencia entre los incapaces absolutos y relativos, pues ese modo consiste, en ambos casos, en ejercerlos por medio de los representantes legales.

1117/460

460.— Además de derogar el inciso 5º del artículo 54 Ver Texto (que enumeraba a los ausentes declarados tales en juicio entre los incapaces absolutos), la ley 17711 modificó totalmente el texto del artículo 55 Ver Texto . Para comprender el significado de la reforma, es preciso reproducir los dos textos.

El artículo 55 Ver Texto , en su forma originaria, disponía: Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos: 1) los menores adultos; 2) las mujeres casadas.

El nuevo artículo 55 Ver Texto dispone: Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.

La reforma es plausible en cuanto: a) elimina a las mujeres casadas de la enumeración de los incapaces, puesto que hoy gozan en nuestro derecho de plena capacidad; b) dispone claramente que la regla respecto de los menores adultos es la incapacidad y que sólo pueden realizar los actos para los cuales sean expresamente autorizados por la ley. En cambio, es sensible que hayan mantenido siquiera sea teóricamente, la distinción entre incapaces absolutos y relativos. La mayoría de la Comisión apreció, a nuestro modo de ver injustificadamente, que no era prudente eliminar una distinción que tenía tradición en nuestro derecho y que no producía inconvenientes prácticos. Si bien ello es exacto, no lo es menos que la distinción es jurídicamente insostenible y que aunque no produce trastornos prácticos, confunde las ideas en materia tan importante.

Si como dice el nuevo texto legal, los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes los autoricen a otorgar ¿cuál es la diferencia con los menores impúberes o con otros incapaces absolutos, que también pueden otorgar ciertos actos en los casos en que las leyes los autorizan?

En suma, esta clasificación es intrascendente, puesto que no produce consecuencias en nuestro Derecho. Verdad es que algunos autores sostienen que los actos realizados por los incapaces absolutos adolecen de una nulidad absoluta, mientras que los realizados por los incapaces relativos sólo son relativamente nulos: Pero esta opinión, por desgracia bastante difundida, no tiene ningún asidero legal ni lógico, y ha nacido de una simple coincidencia de términos. Es evidente que nada tiene que ver el concepto de incapacidades absolutas y

relativas con el de nulidades absolutas y relativas. Tratamos esta cuestión en el número 1255, al cual remitimos.

Digamos para concluir que esta clasificación en incapaces absolutos y relativos es extraña a la legislación y doctrina europea y ha sido suprimida en el Proyecto de Reformas de 1936 y en el de 1954.

1117/461

461. ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS INCAPACES DE HECHO.— En los artículos 54 Ver Texto y 55 (nueva redacción) se enumeran los siguientes incapaces de hecho: 1) las personas por nacer; 2) los menores impúberes; 3) los dementes; 4) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; 5) los menores adultos.

Según lo hemos dicho ya, en los nuevos textos legales han desaparecido los ausentes declarados tales en juicio, como incapaces absolutos, y las mujeres casadas, como incapaces relativos.

(nota 1) De acuerdo con nuestra crítica de esta clasificación: LLAMBÍAS, t. 1, nº 590 (quien, sin embargo, deja a salvo su opinión de que los dementes declarados tales no pueden testar en intervalos lúcidos).

1117/10970

C.— PROTECCIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES

1117/10980

1.— La representación legal de los incapaces

1117/462

462. ORGANIZACIÓN LEGAL.— En los artículos 57 Ver Texto y siguientes, el Código Civil organiza la representación legal de los incapaces de hecho. El sistema de la ley se ha

estructurado con un espíritu tuitivo, puesto que estas incapacidades tienen por objeto proteger a los interdictos.

En el artículo 57 Ver Texto (nueva redacción) se establecen quiénes son los representantes de los incapaces:

1) De las personas por nacer, sus padres y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre. La disposición originaria en lugar de los curadores que se les nombre, decía sus curadores. Era conveniente aclarar esta norma que en su forma originaria podía interpretarse en el sentido de que debían ser representantes legales de las personas por nacer los curadores de sus padres (si los había), lo que no es el espíritu de la ley. Ahora su significado no ofrece dudas: si el padre ha muerto o es desconocido, o ha sido declarado incapaz, la representación la ejerce la madre; si ésta es incapaz, la tiene el curador que se les nombre.

2) De los menores no emancipados, sus padres o tutores. La representación de los menores es ejercida en primer término por sus padres; sólo a falta o incapacidad de ellos es ejercida por el tutor que se les designe.

3) De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre. La redacción de este inciso era también defectuosa, pues establecía que los representantes de los dementes, sordomudos y ausentes eran sus padres y a falta o incapacidad de éstos los curadores que se les nombre. Dejando de lado la referencia a los ausentes (que no son incapaces), el texto legal sugería que sólo en caso de falta o incapacidad de los padres cabía la designación de curador, cuando en verdad la sentencia que declara la insania forzosamente debe designar el curador que puede o no ser el padre y conforme al orden establecido en el propio Código (arts. 476 Ver Texto y sigs.).

4) Aunque el artículo 57 Ver Texto no lo enumera, hay que agregar que los representantes de los penados son sus curadores.

De la enumeración del artículo 57 Ver Texto , la ley 17711 suprimió las mujeres casadas que han dejado de ser incapaces en nuestra legislación actual.

1117/463

463.— Podría ocurrir, sin embargo, que los intereses de los incapaces estuvieran en pugna con los de las personas que ejercen su representación. Para evitar que éstas puedan

aprovecharse de su situación en desmedro de aquéllos, el Código dispone que, en tales casos, se les designe curador especial a ese solo efecto (art. 61 Ver Texto , Cód. Civ.).

1117/464

464.— Pero la ley toma todavía una precaución más en defensa de los incapaces: además de la representación necesaria establecida en el artículo 57 Ver Texto , se dispone que los incapaces estarán promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que aquéllos demanden o sean demandados o en que se trate de personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y todo juicio que hubiere lugar sin su participación (art. 59 Ver Texto).

1117/465

465. ELIMINACIÓN DE BENEFICIOS Y PRIVILEGIOS ESPECIALES.— En el derecho romano los incapaces gozaban, además de la representación legal, de algunos privilegios especiales, el más importante de los cuales era la in integrum restitutio, que era un beneficio en virtud del cual los magistrados podían anular ciertos actos que resultaren perjudiciales para los menores, aunque ellos se hubiesen celebrado con la debida representación legal.

Esta institución pasó a la antigua legislación española y estuvo en vigencia en nuestro país hasta la sanción del Código Civil, con excepción de Córdoba, en donde había sido suprimida ya por una ley del 7 de octubre de 1857.

La supresión de este beneficio (art. 58 Ver Texto) ha sido un gran acierto de VÉLEZ SANSFIELD. En efecto, una vez organizada adecuadamente la protección de los menores, con órganos familiares y estatales, no tiene explicación este privilegio que resulta injusto para quienes hubieren contratado con los incapaces y que están siempre expuestos a una nulidad; e inconveniente para los propios menores, pues ante este peligro, los terceros prefieren abstenerse de contratar con ellos, lo que da lugar a numerosas y serias dificultades.

Pero no obstante lo dispuesto por el artículo 58 Ver Texto en el sentido de que los incapaces no poseen ningún beneficio ni privilegio, el artículo 3966 Ver Texto les concedía el de la suspensión de la prescripción, disposición ésta que contraría el saludable principio de aquella norma y que fue objeto de duras y justas críticas. Así se explica que la ley 17711 reformara esta norma y estableciera que la prescripción corre para los incapaces que tienen representante legal; los que no lo tienen pueden prevalerse de lo dispuesto en el artículo

3980 Ver Texto , vale decir, el juez puede liberar al incapaz de las consecuencias de la prescripción, si hiciera valer sus derechos dentro de los tres meses de adquirida o recuperada la capacidad.

1117/10990

2.— El Ministerio de Menores (ver nota 1)

1117/466

466. FUNCIONARIOS QUE LO INTEGRAN.— El Ministerio de Menores, a que alude el artículo 59 Ver Texto , Código Civil, está integrado, por el Asesor de Menores e Incapaces y por la Subsecretaría del Menor y la Familia (ley 20419).

Los asesores son letrados y sus funciones son esencialmente judiciales; sólo por excepción actúan extrajudicialmente (art. 137 , ley 1893). Por el contrario, la tarea de la Subsecretaría del Menor y la Familia es esencialmente extrajudicial, aunque excepcionalmente pueda actuar en juicio en cumplimiento de sus fines (art. 7º , inc. a, ley 20419). Por encima de ellos, el juez es el órgano máximo de protección de los incapaces; a él le toca resolver en definitiva en todos los asuntos que les interesen y que se lleven a sus estrados. En este caso, el juez no se limita a ser un órgano de aplicación de la ley, sino que debe tutelar y defender los justos intereses de los incapaces. Sus funciones han quedado notablemente ampliadas a partir de la sanción de la ley 10903 , sobre Patronato.

1117/467

467. FUNCIONES JUDICIALES DEL MINISTERIO PÚBLICO.— En todos los juicios en que intervengan incapaces, es parte legítima y esencial el Asesor de Menores, bajo pena de nulidad de los procedimientos (arts. 59 Ver Texto , Cód. Civ. y 137 , ley 1893).

En este caso, la función del Asesor, más que de representación legal propiamente dicha — que es ejercida por el representante necesario— es de asistencia y contralor: vela por los intereses de los incapaces y controla la actuación de sus representantes legales. Debe pedir la designación de tutores o curadores cuando los incapaces carezcan de ellos (art. 491 Ver Texto , Cód. Civ.), así como su remoción en caso de descuido de los intereses o bienes a su cuidado (art. 493 Ver Texto , Cód. Civ.). En ciertos casos, y cuando ello es preciso, el Asesor asume también la representación del menor: puede deducir las acciones que competen a los tutores y curadores cuando éstos no lo hicieran (art. 493 Ver Texto , Cód.

Civ.), puede interponer recursos contra las providencias que lesionen los intereses de los incapaces, puede demandar por alimentos a los parientes de aquéllos (art. 272 Ver Texto del Cód. Civ.), denunciar judicialmente una insania (art. 144 Ver Texto , inc. 3º, Cód. Civ.), o un embarazo, para que se nombre representante a la persona por nacer (art. 66 Ver Texto , inc. 3º). Pero, salvo estos casos excepcionales, fijados por la ley, el Asesor no puede asumir por sí solo la representación que compete a los representantes necesarios; en concordancia con este principio, se ha resuelto que es nulo el contrato celebrado sin intervención del padre, que no puede ser sustituido por el Asesor (ver nota 2); son nulas las actuaciones judiciales en que éste pidió un cambio de nombre, sin intervención del representante legal (ver nota 3).

La actuación del Asesor de Menores es necesaria en todo juicio, sea voluntario o contencioso. Y, por lo pronto, lo es en actos que importen disposición de los bienes del incapaz, que no pueden hacerse sin autorización judicial (ver nota 4).

1117/468

468. CRITERIO DE ACTUACIÓN.— Si bien la intervención del Asesor tiene un propósito tuitivo, su actuación no debe ceñirse a una ciega defensa de los intereses del incapaz, e inclusive, puede dictaminar en contra de lo pretendido por el representante legal de aquél y de los que sean sus intereses económicos, si así resultara justo, según su recto criterio. Lo contrario, ha dicho con verdad el Dr. CASARES, sería contrariar el verdadero interés del incapaz, que no es su prosperidad patrimonial, sino su conformidad con la justicia (ver nota 5). Por ello mismo se ha resuelto que, en caso de que en un juicio existan dos menores con intereses contrapuestos, no corresponde la intervención de dos Asesores de Menores, sino que basta con uno solo (ver nota 6).

1117/469

469. OMISIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ASESOR.— La omisión de la intervención del Asesor de Menores, da lugar a la nulidad de las actuaciones judiciales (art. 59 Ver Texto , Cód. Civ.).

Sin embargo, esta nulidad puede ser subsanada por intervención posterior del Asesor en el juicio, y la ratificación expresa (ver nota 7) o tácita (ver nota 8) de lo actuado anteriormente; la ratificación tácita resulta de intervenir en el juicio sin plantear la nulidad de las actuaciones anteriores. Esta solución ha sido adoptada unánimemente por nuestra jurisprudencia con todo acierto. En efecto, si el Asesor comprueba, al dársele vista de las actuaciones, que su falta de intervención anterior en el juicio no le ha producido ningún perjuicio al incapaz, sería inútil, y más aún, contraproducente, pedir una nulidad que daría

lugar a las demoras y gastos propios de toda dilación en la solución de los litigios, con lo que lejos de beneficiar al incapaz se le originarían perjuicios.

1117/470

470. FUNCIONES EXTRAJUDICIALES.— La protección estatal de los incapaces no se reduce a los casos en que ellos estén en juicio, sino que se extiende a todos los actos de la vida civil (art. 59 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta tutela extrajudicial es normalmente desempeñada por la Subsecretaría del Menor y la Familia. En casos excepcionales, el Estado sustituye totalmente la autoridad paterna en ejercicio del Patronato.

1117/471

471.— De los términos de los artículos 59 Ver Texto y 494 Ver Texto podría deducirse que el Ministerio de Menores debe intervenir absolutamente en todos los actos de la vida civil de los incapaces. Pero esta intervención excesiva no daría lugar sino a inconvenientes para los propios incapaces; debe limitarse, por consiguiente, a todos aquellos actos que puedan implicar un perjuicio a su persona o intereses. Por ello se ha resuelto que no se requiere intervención del Ministerio de Menores cuando se trata de actos de mera administración de los bienes del incapaz (ver nota 9); en cambio, todo acto de disposición de bienes, debe ser hecho con autorización judicial y con intervención del Asesor (ver nota 10).

1117/472

472. FUNCIONES DE LA SUBSECRETARÍA DEL MENOR Y LA FAMILIA.— Son atribuciones y deberes de la Subsecretaría: 1) proveer a la protección de menores que se encuentren en estado de abandono o de peligro material o moral, interviniendo si fuere necesario en la guarda o tutela del menor; 2) adoptar medidas necesarias para contribuir al afianzamiento de la familia, orientándola o apoyándola; 3) disponer el régimen educativo de los menores que se encuentran bajo su protección, de acuerdo con las características personales e intelectuales de ellos; 4) disponer la forma de asistencia y traslado de los menores protegidos al establecimiento más adecuado a la personalidad de cada uno de ellos; pero los que hubieran sido confiados por los jueces, no podrán ser internados ni egresados sin orden de ellos; 5) prestar apoyo a los menores egresados de sus institutos, procurando asistirlos en forma integral (arts. 2º y 3º, ley 20419).

Por su parte, la ley 10903 en su artículo 9º Ver Texto establece que los menores sobre cuya situación se haya dispuesto de acuerdo con la misma ley, quedarán bajo la vigilancia del defensor de menores (hoy Subsecretaría del Menor y la Familia).

473. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CASO DE HIJOS BAJO PATRIA POTESTAD (ver nota 11).— Se ha discutido si la representación promiscua del Ministerio de Menores, de que habla el artículo 59 Ver Texto , debe o no ejercerse en el caso de que se trate de menores bajo patria potestad. La opinión negativa se sostiene sobre todo en base a que el artículo 57 Ver Texto , inciso 2° no mencionaba a los padres; esa omisión tendría el significado de que el artículo 59 Ver Texto , que establece la representación promiscua del Ministerio de Menores, no debe aplicarse a los padres. El argumento no puede hacerse valer después que la ley 17711 incluyó a los padres en aquel inciso. Se agregaba que la acción del Ministerio Público, en este caso, podría ser perturbadora de la autoridad paterna y de la paz y el orden familiares (ver nota 12). Por nuestra parte, consideramos que estos argumentos carecen de solidez y que la intervención del Ministerio de Menores debe admitirse en todos los casos: a) En primer término, el artículo 59 Ver Texto que la establece alude a todos los incapaces, y el artículo siguiente hace la sola y expresa excepción de las mujeres casadas. Si el propósito del legislador hubiera sido exceptuar también al hijo bajo patria potestad, lo hubiera establecido expresamente. b) La protección de los incapaces por el Estado es un deber indeclinable, se encuentren o no bajo patria potestad, como lo ha sancionado de manera expresa la ley 10903 . c) La experiencia demuestra los daños irreparables que pueden resultar a los hijos del ejercicio incontrolado de los poderes paternos. Mientras el poder paterno se ejerza normalmente, como lo haría un buen padre de familia, el Ministerio Público no tiene razón para interferir, ni puede, por ende, originar ninguna perturbación; pero si lo hace abusivamente, el Ministerio Público debe ejercer su acción, bien correctora, bien preventiva de los perjuicios posibles. Esta es la opinión triunfante en la jurisprudencia (ver nota 13) y en la más reciente doctrina nacional (ver nota 14).

473 bis. EL PATRONATO.— Ordinariamente los órganos estatales deben limitar su acción al contralor de la autoridad paterna o tutelar; pero las circunstancias pueden hacer necesaria una sustitución completa de ella. Tal ocurre cuando el padre o tutor han descuidado gravemente sus deberes o, de una manera más general, cuando el menor se encuentra en peligro material o moral. No bastaría una actitud expectante o represiva; el Estado debe asumir la protección activa del menor, dirigir su formación. Es lo que se llama el Patronato, creado en nuestro país por la ley 10903 .

Cuando el padre haya incurrido en la privación de la patria potestad o de su ejercicio o haya sido suspendido en ella, los menores quedan bajo el Patronato del Estado nacional o provincial; lo mismo ocurre en cualquier caso en el que el menor se encuentre en peligro material o moral, sea por la conducta de sus padres o tutores, por la de él o por el ambiente en que vive; el hecho de haber cometido un delito o ser víctima de él, es un indicio

especialmente importante del peligro que se cierne sobre el menor y autoriza al juez a disponer de él en miras a su protección o reeducación.

El Patronato es ejercido por el juez con la concurrencia del Ministerio Público (art. 4º Ver Texto , ley 10903). Naturalmente, el órgano máximo es el juez, a quien le toca en definitiva decidir sobre el futuro del menor. Las facultades que la ley le asigna son amplísimas y de naturaleza fluida, de tal modo que el juez pueda adoptar la solución que convenga en cada caso. Puede dejarlo en casa de sus padres, estrechando la vigilancia por intermedio de la Subsecretaría del Menor y la Familia; o bien entregarlo a una persona honesta, encargándole la tutela o la simple guarda; o internarlo en un establecimiento de beneficencia o en un reformatorio (arts. 14 Ver Texto y 15).

El estudio de esta institución corresponde al derecho de familia (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., núms. 945 y sigs.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la señalada en la nota 696, véase: AYARRAGARAY, C. A., El Ministerio Público, Buenos Aires, 1938; JUSTO, Intervención judicial y extrajudicial de los Asesores de Menores, L.L., t. 96, p. 857; ARAYA, J. L., La función del Ministerio Pupilar, Rev. Col. Abogados de Rosario, t. 9, ps. 37 y s.; ALSINA, H., Tratado de Derecho Procesal, t. 1, ps. 514, y s.; GARRIGA, R., El Ministerio Público, Buenos Aires, 1926.

(nota 2) C. Fed. La Plata, 13/7/1911, cit. por BUSSO, t. 1, coment. art. 59, nº 38.

(nota 3) C. Apel. Tucumán, 11/11/1918, J.A., t. 3, p. 509.

(nota 4) C. Civiles en Pleno, Cap., 9/10/1933, J.A., t. 43, p. 1141.

(nota 5) Dictamen como Asesor de Menores, J.A., t. 44, p. 645; en el mismo sentido: C. Civil 1ª Cap., 17/6/1927, J.A., t. 25, p. 138; íd., 5/5/1933, J.A., t. 42, p. 111; íd., 22/12/1933, J.A., t. 44, p. 640; C. Civil 2ª Cap., 17/6/1936, G.F., t. 123, p. 332; C. Civil Cap., Sala D, 29/4/1952, L.L., t. 66, p. 643.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 13/6/1921, J.A., t. 6, p. 639; C. Apel. Rosario, 23/12/1931, J. T. Santa Fe, t. 10, p. 359; BUSSO, t. 1, coment. art. 59, nº 91.

(nota 7) C.S.N., 27/9/1888, Fallos t. 34, p. 270; C. Civil 1ª Cap., 15/5/1940, J.A., t. 70, p. 849; C. Civil 2ª Cap., 10/3/1937, J.A., t. 57, p. 774; Sup. Corte Buenos Aires, 24/9/1940, L.L., t. 20, p. 433; Sup. Corte. Tucumán, 20/7/1936, Jur. Tuc., t. 2, p. 450; Sup. Trib. Santa Fe en pleno, 17/11/1939, L.L., t. 17, p. 839; C. Apel. Rosario, 9/3/1934, Jur. Trib. Santa Fe, t. 13, p. 72.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 27/4/1932, J.A., t. 37, p. 1370; C. Civil 2ª Cap., 23/6/1933, J.A., t. 42, p. 826; C. Fed. Cap., 4/11/1919, J.A., t. 3, p. 995.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 22/11/1927, J.A., t. 26, p. 567; de acuerdo, ALSINA, Tratado, t. 1, p. 520; BUSSO, t. 1, coment. art. 59, n° 82.

(nota 10) C. Civiles en Pleno Cap., 9/10/1933, J.A., t. 43, p. 1141.

(nota 11) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 745, véase: ARGAÑARAZ, M. J., La patria potestad y la representación promiscua del Ministerio pupilar, L.L., t. 47, ps. 752 y s.; FERNÁNDEZ, R. L., nota en J.A., t. 63, p. 446.

(nota 12) Sostienen esta opinión: SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 328, n° 715; ALSINA, Tratado de Derecho Procesal, t. 1, p. 519; FERNÁNDEZ, J.A., t. 63, p. 446. En igual sentido: C. Apel. Rosario, 7/7/1938, L.L., t. 11, p. 420; C. 1ª Apel. La Plata, 2/4/1940, J.A., t. 40, p. 122; C. 2ª Apel. La Plata, 21/3/1941, J.A., t. 74, p. 755; C. Fed. Bahía Blanca, 23/7/1942, J.A., 1942-IV, p. 208; Sup. Corte Mendoza, 12/5/1934, J.A., t. 46, p. 796.

(nota 13) C.S.N., 11/8/1888, Fallos, t. 34, p. 183; C. Civiles en Pleno de la Capital, 9/10/1933, J.A., t. 43, p. 1141; Sup. Corte Buenos Aires, 13/8/1947, L.L., t. 47, p. 752.

(nota 14) ORGAZ, Personas individuales, p. 202; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 664; LAFAILLE, Derecho de Familia, n° 606; ARGAÑARAZ, L.L., t. 47, p. 752; MACHADO, t. 1, p. 122, coment. art. 59; ARAUZ CASTEX, Parte General, t. 1, n° 519; LLAMBÍAS, t. 1, n° 626.

1117/11000

3.— Actos personalísimos

1117/474

474. CONCEPTO.— Si bien el principio general que surge de los artículos 56 Ver Texto , 57 y 59 Ver Texto del Código Civil es que los incapaces pueden celebrar todos los actos lícitos por intermedio de sus representantes legales, hay algunos que tienen un carácter personalísimo, y que, por consiguiente, no pueden ser realizados por los incapaces de ninguna manera; ni por sí, ni por sus representantes. Ejemplo típico es el testamento, que en ningún caso puede ser otorgado por el representante, sea legal o convencional (art. 3619 Ver Texto , Cód. Civ). Los otros ejemplos de actos personalísimos (en el sentido de que no pueden ser celebrados por los representantes legales, aunque sí pueden serlo por los convencionales en el caso de que el mandante sea capaz para ese acto) se dan en materia de derecho de familia: acción de divorcio, reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

1117/11010

4.— Asistencia

1117/11870

474 bis. CONCEPTO.— A veces la tutela de los incapaces se lleva a cabo por vía de asistencia. El caso típico es el del matrimonio de los menores o sordomudos. Este acto no puede ser realizado por el representante legal del incapaz; es éste quien debe manifestar personalmente su voluntad de contraer nupcias, pero debe hacerlo con la asistencia y consentimiento del representante. De igual carácter es la actuación del curador de los inhabilitados.

Tiene también carácter de asistencia la intervención del Asesor de Menores y la del juez en el otorgamiento de la autorización para la celebración de ciertos actos (por lo común, los de disposición) que los representantes legales pretenden realizar a nombre de los incapaces. Tanto el Asesor como el magistrado examinan la conveniencia del acto y según eso, se concede o no la autorización. Los menores emancipados también son asistidos por el juez para disponer de los bienes que hayan adquirido a título gratuito, a menos que estén casados con una persona mayor de edad y ésta diere su consentimiento (art. 135 Ver Texto , Cód. Civ.).

1117/11020

CAPÍTULO VIII - LOS INCAPACES

1117/11030

I. PERSONAS POR NACER (ver nota 1)

1117/475

475. ALCANCE DE SU INCAPACIDAD.— En otra parte de esta obra nos hemos referido al concepto de la persona por nacer y a los distintos problemas que plantea el embarazo (véase núms. 224 y sigs.). Ahora nos ocuparemos de su capacidad.

Por su propia naturaleza, las personas por nacer no pueden ejercer por sí ningún derecho, puesto que se hallan en el seno materno; el problema de la capacidad de hecho no se plantea, pues, respecto de ellas.

En cambio, la ley les otorga una muy restringida capacidad de derecho. En efecto, el artículo 64 Ver Texto del Código Civil admite que pueden adquirir bienes por donación o herencia. Tal sería el caso de una donación que se hiciera en favor del hijo que naciere de tal persona, que es válida tan sólo en el caso de que aquél estuviere ya concebido en el momento de hacerse la donación (arts. 64 Ver Texto y 1806 Ver Texto , Cód. Civ.); o del hijo que tiene derecho a heredar a su padre, fallecido antes de su nacimiento.

Esta enumeración del artículo 64 Ver Texto no es limitativa; debe reconocerse que las personas por nacer son capaces de adquirir otros derechos y aun de contraer ciertas obligaciones, cuando unos y otras se avengan con la naturaleza de estos seres. El principio general que rige esta materia ha sido expresado con todo acierto en el Código Civil de California: “Una persona concebida, pero aún no nacida, se reputará como persona existente en todo lo que sea necesario para proteger sus intereses, en caso de que nazca posteriormente” (art. 29). Este principio está perfectamente de acuerdo con el concepto de nuestro Código de que la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno (art. 70).

1117/476

476.— En consecuencia, y además de lo dispuesto en el artículo 64 Ver Texto con respecto a donaciones y herencias, debe reconocérseles los siguientes derechos:

a) Por lo pronto, es evidente que las personas por nacer pueden adquirir bienes por legado, o por cargo impuesto a otro heredero o legatario; pues aunque el artículo 64 Ver Texto habla solamente de donación o herencia, es indudable que su espíritu ha sido referirse a toda transmisión gratuita de bienes, sea por actos entre vivos o de última voluntad. El pensamiento de VÉLEZ SANSFIELD está aclarado en la nota al artículo 64 Ver Texto , que habla de testamentos, en general, lo que incluye también a los legados. Sobre este punto no hay divergencias doctrinarias.

b) Las personas por nacer pueden ser reconocidas como hijos extramatrimoniales antes del parto puesto que su existencia comienza desde el momento de la concepción (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., núm. 704).

c) Tienen derecho a alimentos, y pueden reclamarlos por medio de su representante legal, de sus parientes en el orden establecido en los artículos 367 Ver Texto y siguientes. En efecto: la razón de solidaridad humana que ha inspirado estas normas, tiene plena vigencia en el caso de los concebidos en el seno materno. Además, el artículo 70 Ver Texto del Código Civil establece que la existencia de las personas comienza desde la concepción. A partir de ese momento son ya hijos, hermanos, etcétera. No hay, pues, razón humana ni legal para negar la aplicabilidad de los artículos 367 Ver Texto y siguientes a las personas por nacer (ver nota 2). Es claro que en el caso de que la madre haya pedido y obtenido para sí los alimentos, no podrá reclamarlos también para el hijo concebido en su seno, puesto que el problema alimentario es prácticamente el mismo (ver nota 3). Cuanto más, el juez podrá tener en cuenta la circunstancia del embarazo para aumentar la cuota. Pero si la madre no ha pedido alimentos para sí, porque no desea hacerlo, o porque no tiene derecho a ellos, puede entonces reclamarlos para su hijo.

d) Si durante el embarazo su padre u otra persona obligada a prestarle alimentos fallece por culpa de un tercero, surge a favor de la persona por nacer un derecho a indemnización (ver nota 4).

e) Tienen asimismo derecho a que se les indemnicen los daños sufridos mientras se encontraban en el seno materno. La Suprema Corte de Ottawa resolvió un caso curioso. Una mujer encinta fue víctima de un accidente por el hecho de un tercero; poco después alumbró un niño con los pies deformes y se comprobó que ese defecto físico había tenido origen en aquel accidente. La Corte hizo lugar al pedido de indemnización (ver nota 5). Un fallo de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, ha resuelto un caso similar en el mismo sentido (ver nota 6).

En rigor no se está en presencia de un derecho de la persona por nacer, porque la indemnización será reclamada recién cuando la persona ha nacido y se ha puesto de manifiesto el perjuicio. Es, en suma, un derecho que tiene la persona nacida en razón de un hecho ilícito ocurrido antes del nacimiento.

f) Pueden ser beneficiarias de ciertas estipulaciones por otro y, particularmente, de las que derivan de los contratos de seguros (ver nota 7).

g) Tienen, además, los derechos que sean accesorios a los bienes recibidos por alguna de las causas precedentes. Así, si se les ha legado una casa alquilada, tendrán los derechos inherentes a este contrato, y en particular, el de recibir los alquileres (ver nota 8).

1117/477

477. OBLIGACIONES.— Finalmente, las personas por nacer pueden contraer ciertas obligaciones, pero sólo en el caso de que ellas sean meros accesorios de los derechos adquiridos. Tal, por ejemplo, el caso de un legado con cargo, que implique el cumplimiento de algunas obligaciones por parte del legatario; o la donación de un inmueble sobre el que pesara una servidumbre de paso o de aguas; o la obligación de pagar los impuestos que gravan una propiedad; o las que pesan sobre el locador, si la casa heredada, legada o donada está alquilada. De igual modo, quedará obligado por todos los actos legítimamente celebrados por su curador: tales como la venta de mercaderías perecederas, la reparación de edificios que amenacen ruina, los contratos de locación de servicios celebrados como consecuencia de la administración de los bienes, etcétera (ver nota 9).

1117/478

478.— Todos estos derechos y obligaciones están sujetos a la condición del nacimiento con vida (art. 70 Ver Texto , Cód. Civ.; véase núm. 238); y sólo a partir de ese momento quedan irrevocablemente adquiridos.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBÍAS, t. 1, n° 324 y s.; ORGAZ, Personas individuales, ps. 269, y s.; BUTELER, Las personas por nacer, Boletín Instituto Derecho Civil de Córdoba, julio-diciembre, 1952, ps. 104 y s.; CIFUENTES El nasciturus, E.D., t. 15, p. 956; SEBAG, L., La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, París, 1938; SACCHI, U., Della condizione giuridica dei nascituri nel sistema del diritto italiano, Milano, 1914; SALAS ELCART, Situación del hijo que está por nacer, Santiago de Chile, 1943.

(nota 2) De acuerdo: SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 717, aunque limite este derecho al caso del hijo natural, lo que nos parece carente de fundamento; LLAMBÍAS, t. 1, n° 336; SALAS ELCART, Situación del hijo que está por nacer, p. 95.

(nota 3) De acuerdo: SPOTA, loc. cit.

(nota 4) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, p. 33, 5; BUTELER, Las personas por nacer, Boletín Instituto Derecho Civil, Córdoba, julio-diciembre 1952, ps. 104, y s.; LLAMBÍAS, t. 1, n° 336; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, p. 328.

(nota 5) Refiere el caso SEBAG, La condition juridique des personnes physiques, p. 117, quien está de acuerdo con la solución; en el mismo sentido, SPOTA, t. 1, vol. 3.2, p. 53, nota 105; LLAMBÍAS, t. 1, n° 338. En cambio, un caso similar fue resuelto en sentido contrario, por un tribunal irlandés. Se trataba de daños sufridos por una criatura que se hallaba todavía en el seno materno, a raíz de un choque de trenes en uno de los cuales viajaba la madre. El peregrino argumento del tribunal fue que la compañía no debía cuidados a una persona cuya existencia era ignorada (caso citado por ORGAZ, p. 33, nota 5).

Agreguemos que la madre tiene derecho a que se le indemnice el daño moral resultante de un aborto provocado por un accidente, no obstante lo resuelto por la C. Civil 1ª de la Cap. (25/8/1937, J.A., t. 59, p. 482) en un caso que estamos seguros no ha de sentar jurisprudencia (de acuerdo, ORGAZ, p. 272, nota 9; y SPOTA, ¿Debe indemnizarse el daño moral sufrido por la madre de la persona por nacer, cuyo aborto es consecuencia de un acto ilícito de un tercero?, J.A., t. 59, ps. 482 y s.).

(nota 6) El fallo tiene fecha 6/12/1951 y ha dado lugar a un interesantísimo comentario de EDER, P. J. y UÑO, F., Responsabilidad civil por daños prenatales en el derecho de Estados Unidos y comparado (L.L., t. 67, p. 878), en donde se pone de manifiesto la importancia de esta decisión que importó volver sobre la jurisprudencia anterior del Tribunal.

(nota 7) SEBAG, La condition juridique des personnes physiques, p. 114 y jurisprudencia francesa allí citada; LLAMBÍAS, t. I, n° 340; SALAS ELCART, Situación del hijo que está por nacer, ps. 99 y 101.

(nota 8) ARAUZ CASTEX, Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 353; LLAMBÍAS, t. 1, n° 341.

(nota 9) De acuerdo: ARAUZ CASTEX, Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 354. LLAMBIÁS, en una posición más amplia, piensa que no hay diferencia entre la capacidad para contraer obligaciones de una persona por nacer y otro incapaz absoluto; en ambos casos el incapaz resultará obligado en la medida en que el curador haya obrado en el ámbito de sus atribuciones legales (t. 1, núm. 344). Para nuestros jueces, la diferencia existe y es importante, pues el curador no puede obligar a la persona por nacer sino en la medida que lo exija la administración de los bienes que ella posee; en tanto que el tutor de un menor impúber o el curador de un demente pueden incluso vender bienes, contraer préstamos extraños a la administración de los bienes, etc. Es decir, el ámbito de su capacidad obligacional es mucho más dilatado.

1117/11040

II. MENORES (ver nota 1)

1117/11050

§ 1.— Alcance y límites de la incapacidad de los menores

1117/479

479. EL PROBLEMA DE LA INCAPACIDAD DE LOS MENORES.— La mayoría de edad, y con ella la plena capacidad civil, se adquiere a los 21 años. Hasta ese momento, los menores son incapaces; pero es indudable que durante todo ese largo tiempo, que transcurre desde el nacimiento, su situación jurídica no puede ser exactamente la misma, porque la realidad de la vida exige soluciones diferentes. Una persona de 18 años está capacitada para ciertos actos y aun para ganarse la vida, como evidentemente no lo está una criatura de pocos meses. Por consiguiente, aunque durante todo este período la regla siga siendo la incapacidad, se hace necesario arbitrar distintas soluciones, según las edades. Examinaremos cómo se ha resuelto el problema en el derecho romano y en las legislaciones modernas.

1117/480

480. EL DERECHO ROMANO.— En el derecho romano, la situación de los menores sufrió importantes cambios en distintas épocas, pues a medida que la experiencia lo aconsejaba se iban introduciendo reformas para lograr una mejor protección. En los últimos

tiempos se admitían estas tres categorías de menores: 1) los infantes, menores de 7 años, incapaces absolutos aun para aquellos actos que pudieran beneficiarlos; 2) los infancia mayores, entre los 7 años y la pubertad, que primero se determinaba de acuerdo al efectivo desarrollo físico, pero que JUSTINIANO fijó en 12 años para las mujeres y 14 para los hombres; en general podían realizar válidamente los actos que les eran ventajosos, pero no los que los perjudicaban; 3) los púberes, que en el antiguo derecho eran plenamente capaces, pero a quienes se les fue creando una serie de medidas y beneficios con propósitos de protección que en la práctica se traducían en limitaciones a su capacidad; tal estado duraba hasta los 25 años, en que se alcanzaba la mayoría de edad.

Este sistema pasó más tarde a la antigua legislación española, particularmente a las Partidas (Partida 4, tít. 16, ley 4; y Partida 6, tít. 16, leyes, 1, 12, 13 y 21).

1117/481

481. EL SISTEMA DE NUESTRO CÓDIGO: MENORES IMPÚBERES Y ADULTOS.— Siguiendo la tradición romana, nuestro codificador estableció dos categorías de menores: impúberes y adultos, según tengan menos o más de 14 años de edad.

Las diferencias más apreciables en la condición jurídica de los impúberes y los adultos, según el Código Civil, serían las siguientes.

1117/482

482.— a) Los impúberes son incapaces absolutos (art. 54 Ver Texto), mientras que los adultos lo son relativos (art. 55 Ver Texto). Pero hemos dicho ya que esta doble categoría de incapaces absolutos y relativos es falsa y carece de toda consecuencia (véase núms. 459-460). En el caso de los menores, la regla es siempre la incapacidad; sean impúberes o adultos, ellos sólo pueden realizar aquellos actos que les están expresamente permitidos; y cuando la ley les permite realizar ciertos actos, algunas veces toma en cuenta la edad de 14 años, pero otras una edad distinta según la importancia del acto (véase núms. 485 y 489).

1117/483

483.— b) Los impúberes carecen de discernimiento para los actos lícitos, no así los adultos (art. 921 Ver Texto). Esta disposición es otro desacierto de VÉLEZ; además de aludir a un problema teórico, que no tenía por qué haberse tratado en el Código, es falsa. No es exacto que los menores de 14 años carezcan de discernimiento; por el contrario, lo tienen para numerosos y muy importantes actos lícitos: pueden casarse en supuestos excepcionales y

previa autorización judicial (art. 167 Ver Texto); desde los 10 años, los menores pueden tomar posesión de las cosas (art. 2392 Ver Texto , Cód. Civ.); aun antes de esta edad, están capacitados para realizar un sinnúmero de pequeños contratos, cuya importancia en la vida cotidiana es trascendental (para una enumeración completa de los actos que pueden realizar los impúberes, véase núm. 489). Es necesario admitir, por consiguiente, que para todos estos actos están dotados de discernimiento, con lo que deja de tener sentido la disposición del artículo 921 Ver Texto (véase núm. 818).

1117/484

484.— c) Finalmente, la ley autoriza a los adultos a celebrar ciertos actos que no pueden llevar a cabo los impúberes. Pueden testar (art. 286 Ver Texto); pueden estar en juicio criminal, cuando sean demandados (art. 286 Ver Texto); si estuvieran ausentes con licencia del padre o en país extranjero, o en lugar remoto dentro de la República y tuviesen necesidad de recursos para sus alimentos u otras necesidades urgentes, podrán ser autorizados por el juez del lugar o por el cónsul de la República para contraer deudas que satisfagan la necesidad en que se hallaren (art. 284 Ver Texto); pueden trabajar previa autorización paterna o tutelar (art. 275 Ver Texto , Cód. Civ., y art. 34 Ver Texto , ley 20744) y aun sin esa autorización, si vivieran independientemente de los padres o tutores (art. 3º Ver Texto , ley 20744); y si trabajan, pueden estar por sí o por mandatario en juicio relativo al trabajo (art. 35 Ver Texto , ley 20744), como también agremiarse y formar parte de asociaciones profesionales, sin que se requiera la autorización del representante legal (decreto 23853/1944, art. 5º, ratificado por la ley 12921); pueden hacer donación de lo que adquieran con su profesión o industria (art. 1807 Ver Texto , inc. 7º, Cód. Civ.); el depósito necesario por ocasión de peligro o de fuerza mayor, puede hacerse en personas adultas, aunque incapaces por derecho, y éstas responden por él, aunque no estén autorizadas por sus representantes para recibirlo (art. 2228 Ver Texto , Cód. Civ.); pueden enrolarse en servicio militar o entrar en comunidad religiosa con autorización paterna o tutelar (art. 275 Ver Texto , Cód. Civ.); en este último caso, el Código no introduce ninguna distinción, pero por la índole de la autorización debe entenderse que sólo se puede referir a los adultos (ver nota 2), son hábiles para declarar como testigos en juicio (art. 426 Ver Texto , Cód. Proc.). Pueden ejercer un mandato a nombre de otro (art. 1897 Ver Texto , Cód. Civ.), pues si bien esta norma alude a los incapaces sin establecer ningún límite de edad, es lógico fijarlo en los 14 años, que es cuando la ley reconoce discernimiento; antes de esa edad no se concibe que un menor pueda comprar un inmueble, administrar un patrimonio, constituir una sociedad, aunque sea por poder de otra persona (ver nota 3). Hay, además, importantes actos que los adultos pueden realizar una vez cumplidos los 16 ó 18 años (véase núm. 489); pero en estos casos, la capacidad no depende de que sean adultos, sino de que hayan cumplido aquellas edades.

1117/485

485.— Debe rechazarse categóricamente la opinión según la cual los actos celebrados por menores impúberes adolecen de nulidad absoluta, mientras que los realizados por menores adultos sólo son relativamente nulos. De esta teoría hemos dicho ya que carece de toda sustentación legal y que, en ambos casos, la nulidad es simplemente relativa (véase núm. 1255).

1117/486

486.— La derogación del inciso 1º del artículo 515 Ver Texto (según el cual las obligaciones contraídas por menores adultos tenían el carácter de obligaciones naturales) ha eliminado una evidente confusión de conceptos. Las obligaciones contraídas por un menor adulto no son naturales, sino nulas, lo mismo que las contraídas por un menor impúber (ver nota 4). Así lo ha reconocido la ley 17711 al derogar la aludida disposición.

1117/487

487.— De lo expuesto precedentemente se desprende que no se justifica establecer una distinción tajante entre impúberes y adultos. La regla debe ser siempre la incapacidad; y cuando la ley autoriza a los menores a realizar ciertos actos, debe fijar una edad apropiada para cada uno, según su naturaleza y caracteres. En algunos casos, el límite de 14 años será excesivo; en otros, será insuficiente. Los negocios que puede llevar a cabo una persona son de muy distinta complejidad e importancia; bastará a veces la aptitud de discernir y apreciar que se posee a los 7 años de edad, como, por ejemplo, si se trata de adquirir útiles de colegio; para otros actos debe exigirse un desarrollo mayor, como ocurre con el contrato de trabajo en que es prudente un límite de 14 años; pero esta edad no será suficiente para contraer matrimonio, realizar actos de comercio, etcétera. Es necesario, por consiguiente, ir aumentando paulatinamente la esfera de la capacidad de los menores, sin sujetarla a la fijación arbitraria y rígida de la edad de 14 años, límite de la pubertad (ver nota 5).

1117/488

488. **LEGISLACIÓN COMPARADA.**— La legislación comparada se inclina a suprimir esta doble categoría de menores impúberes y adultos y a eliminar todo límite de edad rígido que separe dos condiciones diferentes: la incapacidad absoluta y la relativa. Al mismo tiempo se advierte una tendencia a facilitar el acceso a la capacidad, por medio de la emancipación dativa o voluntaria (véase núm. 495).

La solución generalmente adoptada es mantener como regla la incapacidad hasta la mayor edad o la emancipación, pero a medida que el menor va creciendo, se lo autoriza a realizar

ciertos actos; tal es el caso del derecho italiano, francés, suizo, español, mexicano, venezolano, etcétera.

En cambio, distinguen dos categorías de menores, incapaces absolutos y relativos, el Código Civil alemán, que establece el límite de separación a los 7 años (arts. 104 y sigs.); el brasileño y el peruano, que lo fijan a los 16 años (arts. 5º y 9º, respectivamente). El Código ruso permite a los mayores de 14 años celebrar actos jurídicos con el consentimiento de sus representantes legales (art. 7º).

1117/489

489. ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LOS MENORES.— Los actos más importantes que pueden realizar los menores son los siguientes:

a) A los 10 años pueden tomar la posesión (art. 2392 Ver Texto , Cód. Civ.); desde esa edad tienen responsabilidad por los actos ilícitos.

b) Están capacitados para contraer matrimonio, las mujeres a los 16 años y los hombres a los 18 (art. 166 Ver Texto , inc. 5º); consecuencia de ello es que también a esa edad pueden celebrar convenciones prenupciales (arts. 1217 Ver Texto y 1222 Ver Texto , Cód. Civ.).

c) Pueden reconocer hijos extramatrimoniales, las mujeres sin límite de edad (art. 41, decreto-ley 8204/1963), los hombres a partir de los 14 años (art. 286 Ver Texto , Cód. Civ.).

d) Pueden trabajar a partir de los 14 años con autorización paterna o tutelar; y aun sin ella, si vivieran independientemente de sus padres o tutores (art. 34 Ver Texto , ley 20744) (ver nota 6); más aún, si ejercieren algún empleo, profesión o industria, se presume que están autorizados por sus padres (art. 283 Ver Texto , Cód. Civ.).

e) Están capacitados, a partir de los 14 años, para realizar todos los actos a que hemos aludido en el número 485.

f) A los 18 años la capacidad de los menores se amplía notablemente. Nos ocuparemos de este tema en los números siguientes.

g) Finalmente, y aunque la ley no lo prevea, los menores, aun impúberes tienen capacidad para celebrar un sinnúmero de pequeños contratos, que considerados aisladamente tienen poca importancia, pero que tomados en su conjunto revisten fundamental trascendencia en la vida cotidiana. Desde muy corta edad los menores hacen compras de poco monto al contado, se trasladan de un lugar a otro en los medios de transporte colectivo, pagando su pasaje; asisten a cinematógrafos y otros espectáculos públicos, abonando su entrada. Sancionados por una costumbre que se nutre en una necesidad social evidentísima, estos pequeños contratos son perfectamente válidos y legítimos. No se trata, como suele creerse, de actos nulos pero tolerados, sino de actos perfectamente lícitos, porque responden a una necesidad tan ineludible que aunque el legislador los prohibiera expresamente, seguirían cumpliéndose. Hace falta en nuestro Derecho una norma tan atinada como aquella que fue proyectada para el Código Popular alemán: “El joven nacional podrá, sin necesidad de consentimiento por parte de su representante legal, concertar los negocios cotidianos que corresponden a su edad y situación; por ejemplo, la compra de libros escolares o de herramientas de trabajo. No tendrá esto aplicación cuando el otro contratante debiera saber que el representante legal no está conforme con ello” (art. 28).

1117/490

490. CAPACIDAD DE LOS MENORES QUE HAN CUMPLIDO 18 AÑOS (ver nota 7).— La ley 17711 ha ampliado notablemente el campo de su capacidad. Según el nuevo artículo 128 Ver Texto , desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respeto las normas del derecho laboral.

La reforma esencial introducida por esta norma consiste en que los menores que han cumplido 18 años pueden trabajar aunque no tengan autorización de sus padres o tutores. Cabe preguntarse si también pueden hacerlo en contra de la voluntad expresa de sus representantes legales. Es indudable que sí (ver nota 8). Lo que la ley ha querido es que el trabajo de estos menores no dependa ya de la voluntad de sus padres. Por otra parte, los padres o tutores no tienen forma de oponerse válidamente, ya que el contrato puede celebrarse sin su consentimiento, por lo que carecerán de oportunidad para manifestar su oposición. Es claro que si la legislación laboral exigiere otra edad por razones de salubridad u otro motivo, habrá que estar a la que estas leyes especiales dispongan.

Por contrato de trabajo debe entenderse todo trabajo en relación de dependencia, trátase de un empleo privado o público. En cambio, no pueden trabajar en forma independiente o sea, por cuenta propia, sin autorización del representante legal (ver nota 9). Esto marca una importante diferencia con los menores que poseen título habilitante que como se verá (núm. 493) pueden trabajar por cuenta propia.

1117/491

491.— No sólo estos menores pueden trabajar; además están autorizados para administrar y disponer libremente los bienes que adquieren con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos (art. 128 Ver Texto , 3er. párr.). Las atribuciones son amplias: los menores pueden disponer libremente de estos bienes, es decir, aun a título gratuito. La norma alude tanto al dinero ganado con el trabajo como a los bienes adquiridos con ese dinero.

En cambio, estos menores no pueden administrar ni disponer de los bienes que hubieran adquirido por otro título, por ejemplo, por herencia, donación, legado o juego, ni de sus frutos ni productos, todos los cuales continúan bajo la administración del padre o tutor.

Es una capacidad referida exclusivamente a los bienes adquiridos con su trabajo; en lo que atañe a los restantes, como así también en todo lo relativo al ejercicio de los derechos extrapatrimoniales, se mantiene su incapacidad. Y desde luego, el menor sigue bajo la patria potestad (o, en su caso, la tutela), lo que marca una diferencia notable entre su situación y la de los emancipados. Pero sobre los bienes que el menor ha adquirido con su trabajo, ni el padre tiene el usufructo ni el tutor derecho a la décima. La ley es clara cuando autoriza al menor a disponer de ellos sin salvedad alguna, lo que significa que en dichos bienes ni el padre ni el tutor tienen parte. Y es lógico que así sea, pues la ley ha querido que el menor que ha cumplido 18 años y trabaja pueda formar un peculio propio y adquirir esa independencia que da ganarse la vida. Una independencia relativa, pues repetimos que no cesan ni la patria potestad ni la tutela; pero con todo, muy importante.

Por último, el artículo 128 Ver Texto , in fine, les acuerda aptitud para estar en juicio civil o penal vinculado con aquellos bienes. En otras palabras: en todo lo que atañe a los bienes adquiridos con su trabajo, los mayores de 18 años tienen las más amplias atribuciones para disponer de ellos, y para defenderlos judicialmente, estando en juicio ya sea como actor o como demandado.

La ampliación de la capacidad de estos menores, dispuesta por la reforma de 1968 al Código Civil obedece a una necesidad impostergable de la juventud moderna. Tanto la evolución social como un desarrollo más precoz de las facultades mentales derivado de los nuevos métodos educativos y del progreso de los medios de difusión, particularmente la prensa y la televisión, han despertado en los jóvenes una acuciante apetencia de trabajar e independizarse económicamente de sus padres.

La reforma responde, pues, a una sentida necesidad. Ya el Código italiano estableció una norma similar (art. 3º) y lo propuso en nuestro país el Anteproyecto de 1954 (art. 75).

492.— Hemos dicho que estos menores pueden disponer libremente de sus bienes; vale decir, pueden comprar, vender, donar, dar en préstamo, arrendar. Y, por lo tanto, pueden por sí y sin autorización paterna o judicial, firmar las escrituras traslativas de dominio (ver nota 10).

Para adquirir un bien con dinero ganado con el trabajo basta con la manifestación hecha por el menor en la escritura pública, de que el dinero tiene ese origen (ver nota 11). De lo contrario, sería necesario todo un procedimiento judicial para probar el origen de los fondos y para obtener la conformidad del juez, sistema que sería claramente contrario al de la ley, que faculta a los menores que han cumplido 18 años a disponer libremente de sus bienes.

Si la manifestación de que el dinero se ha adquirido con el trabajo del menor no se hace formalmente en la escritura, el escribano no puede autorizarla, pues ella constituye el fundamento formal de la validez del acto.

Pero cabe preguntarse qué ocurre si la afirmación fue falsa, porque el dinero no provenía del trabajo, sino de otros bienes propios, del juego o —hipótesis extrema pero no imposible— del robo. Pensamos que en cualquier caso, el tercero que vendió de buena fe debe estar a cubierto de cualquier acción de nulidad. Es la solución exigida por la seguridad del comercio jurídico. En cambio, si se prueba que el vendedor sabía que el dinero no había sido adquirido con el trabajo del menor, el acto es anulable.

Supongamos ahora que el menor compra un inmueble, quedando un saldo a pagar con hipoteca. Aquí hay un acto complejo: el menor no sólo paga parte del precio (a lo que indudablemente tiene derecho), sino que contrae una deuda. Pensamos que no hay inconveniente en el otorgamiento de la escritura; con la salvedad de que, en caso de que el menor no pague el saldo, el vendedor sólo puede ejecutar el bien vendido o los otros bienes que el menor hubiera adquirido con su trabajo, pero no los bienes que aquél pudiera poseer por otro título, pues respecto de éstos carece del derecho de disposición y, por tanto, no puede comprometerlos con sus actos.

Supongamos ahora que el menor venda un inmueble que fue adquirido con el producto de su trabajo. La única condición para que la nueva escritura se otorgue es que la anterior tenga la mención de que el bien se compró con dinero proveniente del trabajo personal.

492-1.— Conforme con la ley 18248, los menores que han cumplido 18 años pueden optar por agregar a su apellido el segundo de su padre o el de su madre (art. 4º Ver Texto); si son hijos extramatrimoniales y han sido reconocidos por la madre y luego por el padre, pueden

optar por conservar el apellido materno o por llevar el paterno (art. 5º Ver Texto); si son adoptivos, pueden pedir se agregue a su apellido de adopción el de sangre (art. 12 Ver Texto).

492-2.— Los menores que han cumplido 18 años pueden donar uno de sus órganos pares o de materiales anatómicos cuya remoción no causará un grave perjuicio a la salud del menor, y siempre que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que sin ser su cónyuge, conviva con el dador en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, lapso que se reducirá a dos años si de la relación hubieren nacido hijos (arts. 14 Ver Texto y 15, ley 24193).

1117/493

493. MENORES CON TÍTULO PROFESIONAL HABILITANTE.— En condición similar se encuentran los menores que hubieren obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión; ellos podrán ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización (art. 128 Ver Texto , ref. por ley 17711). En este caso la ley no fija límite de edad. Por consiguiente, la capacidad empieza desde que se obtuvo el título habilitante, aunque se haya obtenido antes de los 18 años, como bien puede ocurrir con el título de maestro, perito mercantil, maestro mayor de obra, etcétera (ver nota 12).

Hay que notar que en este caso, el menor queda habilitado para el ejercicio de la profesión y como tal, para celebrar contratos de locación de obra y de servicios profesionales independientes. Por consiguiente, si el menor no tuviere 18 años sólo puede celebrar estos contratos, pero no el de trabajo (a menos, claro está, que cuente con autorización de su representante legal); si ha cumplido 18 puede celebrar todos aquellos contratos.

Lo ganado en el ejercicio de la profesión puede ser dispuesto libremente por el menor, quien además está facultado para estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas con estos bienes. Sobre todo esto remitimos a lo dicho en los números anteriores, ya que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 128 Ver Texto se aplica tanto a los menores que han cumplido 18 años y trabajan como a los que hayan obtenido habilitante para el ejercicio de una profesión.

1117/11060

§ 2.— Cesación de la incapacidad

494. CAUSALES.— La incapacidad de los menores cesa: a) por haber alcanzado la mayor edad; b) por la emancipación (art. 128 Ver Texto).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SPOTA, Derecho Civil, t. 1, vol. 3.2, ps. 115 y s., n° 751 y s.; ORGAZ, Personas individuales, ps. 283, y s.; LOZANO, G., Régimen jurídico social de la minoridad, Buenos Aires, 1944; LLAMBÍAS, t. 1, n° 641, y s.; íd., La legislación civil de los menores y su reforma, Revista Fac. Derecho de Buenos Aires, noviembre-diciembre, 1951, ps. 1455 y s.; ANTONI, J., El tema de la edad y de la capacidad, Rev. Instituto Derecho Civil de Tucumán, 1948, t. 1, ps. 9 y s.; AGLIANO, La capacidad y la minoría de edad, L.L., t. 148, p. 949; CASTRO y BRAVO, Derecho Civil de España, t. 2, vol. 1, ps. 149 y s.; EL GHAMRAWI, M., La protection legale des mineurs en droit comparé, París, 1929; BAJOTET, M., Les variations de l'incapacité du mineur a raison de son âge, París, 1941; FERE, V., Le mineur dans de droit anglais, París, 1923.

(nota 2) De acuerdo: LLAMBÍAS, J. J., La legislación civil de los menores y su reforma, Revista Fac. Derecho de Buenos Aires, noviembre-diciembre, 1951, ps. 1455 y s. Los tribunales de la Capital han resuelto que el padre o tutor no puede oponerse sin justa causa al ingreso de los mayores adultos a una comunidad religiosa (C. Civil 1ª Cap., 20/12/1940, J.A., t. 73, p. 460; 1ª Instancia Cap., 24/8/1950, J.A., 1953-IV, p. 381).

(nota 3) LLAMBÍAS, piensa, en cambio, que el mandato puede ser ejercido sin límite de edad (t. 1, núm. 647).

(nota 4) En este sentido: COLMO, Obligaciones, n° 82; LEÓN, Cuadernos del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, II, 1957, p. 13.

(nota 5) En este sentido véase: LLAMBÍAS, J. J., La legislación de los menores y su reforma, Revista Facultad Derecho de Buenos Aires, noviembre-diciembre, 1951 p. 1455, especialmente n° 8; ANTONI, J., El tema de la edad y de la capacidad, Revista Instituto Derecho Civil de Tucumán, t. 1, n° 1, 1948, ps. 9 y s.; RIVERA, Habilidad de edad, n° 72. Para el derecho francés véase: BAJOTET, M., Les variation de l'incapacité du mineur a raison de son âge, París, 1941.

Algunos fallos destacan que no difiere el funcionamiento de la incapacidad de los menores impúberes o adultos, pues el acto realizado por ellos es siempre nulo de nulidad relativa; C. Civil Cap., Sala A, 27/2/1970, E.D., t. 35, p. 251; Sala F, 2/12/1971, E.D., t. 41, p. 841.

(nota 6) Véase STEFANELLI, La capacidad del menor en el derecho del trabajo, L.L., t. 83, p. 853, con un minucioso estudio del tema.

(nota 7) BIBLIOGRAFÍA: KEMELMAJER DE CARLUCCI, La capacidad civil del menor que trabaja, Buenos Aires, 1976.

(nota 8) De acuerdo: KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 39.

(nota 9) De acuerdo: KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., en nota anterior, p. 29.

(nota 10) De acuerdo: FALBO, La reforma del Código Civil y su significación con relación a la función notarial, La Plata, 1968, p. 9.

(nota 11) De acuerdo: SPOTA, Curso sobre temas de derecho civil, 1971, p. 108; FALBO opina que en la escritura debe constar: a) que el menor comparece por sí, porque está legitimado para hacerlo; b) que trabaja o ejerce una profesión; c) que ha ganado el dinero que emplea, dando para cada una de sus manifestaciones las justificaciones necesarias que acrediten su verosimilitud (op. cit., en nota anterior, p. 9). El último requisito nos parece excesivo; no lo exige la ley y no constituye ninguna seguridad desde que en definitiva sólo se trata de manifestaciones de las cuales no puede exigirse prueba. KEMELMAJER DE CARLUCCI sostiene que además de la constancia de que el bien se ha adquirido con el producto del trabajo personal, el escribano debe agregar al protocolo un certificado de trabajo expedido por el empleador o una transcripción del título habilitante (La capacidad civil del menor que trabaja, p. 115).

(nota 12) De acuerdo: LLAMBÍAS, La reforma, p. 29, texto y nota 23; PÉREZ CASTELLANOS y MURRAY, Régimen general de capacidad, E.D., t. 58, p. 733, n° 4; KEMELMAJER DE CARLUCCI, La capacidad civil del menor que trabaja, p. 67. Creen en cambio, que además del título habilitante se necesita tener 18 años: SMITH, Consideraciones sobre la reforma, L.L., t.130, p. 1016, especialmente p. 1012; BUSTAMANTE ALSINA, El nuevo régimen de las incapacidades según la reciente reforma del Código Civil, L.L., t. 130, p. 1046. Pero estos autores no han tratado el tema ni explicado las razones en que fundan su afirmación, que aparece hecha incidentalmente.

1117/11070

A.— MAYORÍA DE EDAD (ver nota 1)

1117/495

495. MOMENTO EN QUE SE CUMPLE.— Según el artículo 128 Ver Texto del Código Civil, la mayor edad se cumplía a los 22 años.

La ley 17711 redujo esa edad a 21 años, límite que en 1968 concordaba con una solución prácticamente universal, de la que sólo se apartaban unos pocos países, casi exclusivamente los de detrás de la cortina de hierro, que admitían la solución soviética de 18 años. En los últimos años, esta reducción parece generalizarse: la han adoptado Francia (ley del 5/7/1974); Italia (ley del 8/3/1975); España (art. 12. Const. Nacional); México (ley del 31/1/1970), Ecuador (ley de 1970); Perú (art. 42, Cód. Civ.); es también la solución predominante en los países regidos por el common law. Mantienen la edad de 21 años los códigos de Brasil (art. 9º), Uruguay (art. 280), Venezuela (art. 419), Chile (ley del 11/10/1943), etcétera. El Código suizo la fija en 20 años, lo mismo que el Código paraguayo del menor (art. 1º).

Aplicando las normas generales para contar los intervalos de tiempo (arts. 24 Ver Texto y sigs.), las personas deberían adquirir su capacidad a partir de la 0 hora del día siguiente al aniversario de su nacimiento; pero estableciendo una excepción a esta regla, el artículo 128 Ver Texto dispone que la incapacidad cesa a partir de la 0 hora del día en que se cumplen los 21 años.

(nota 1) Véase LEONFANTI, Capacidad civil a los 18 años en Francia e Italia, L.L., 1975-D, p. 487.

1117/11080

B.— EMANCIPACIÓN (ver nota 1)

1117/11090

1.— Sistema del Código Civil y de la ley 17711

1117/496

496. LA REFORMA.— En esta materia la ley 17711 ha introducido importantes reformas. Mientras el Código Civil sólo admitía la emancipación por matrimonio, la nueva ley admite también la dativa o por habilitación de edad.

Además, el artículo 135 Ver Texto relativo a la capacidad de los emancipados ha sido sustituido por un nuevo texto que no sólo mejora notablemente la técnica jurídica de la redacción, sino que también amplía considerablemente la capacidad de los emancipados.

Trataremos primero de la emancipación por matrimonio, luego de la habilitación de edad y finalmente de los efectos de ambas, que son comunes.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: MÉNDEZ COSTA, Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad, J.A., Doctrina, 1969, p. 409; IBARLUCIA, Emancipación por matrimonio y por habilitación de edad, L.L., t. 130, p. 1141; BUSTAMANTE ALSINA, El nuevo régimen de incapacidades según la reciente reforma del Código Civil, L.L., t. 130, p. 1049; PORTAS, Las personas individuales en la ley 17711, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, t. X, p. 102; ORELLE, La capacidad del menor emancipado; TAU ANZOÁTEGUI, Algunas reflexiones sobre el instituto de la habilitación de edad, L.L., t. 137, p. 893; RAFFO BENEGAS y SASSOT, Los menores emancipados, J.A., Doctrina, 1969, p. 556; CLARIÁ (h.), Emancipación, E.D., t. 59, p. 741; RIVERA, Habilitación de edad del menor sin padres ni tutor, E.D., t. 54, p. 287.

1117/11100

2.— Emancipación por matrimonio

1117/497

497. MATRIMONIO CELEBRADO CON O SIN AUTORIZACIÓN.— El artículo 131 Ver Texto en su redacción originaria suscitaba diversos problemas interpretativos, que en su mayoría habían sido resueltos por la jurisprudencia. La nueva redacción de este texto por la ley 17711 ha acogido las soluciones jurisprudenciales y despejado las dudas.

Dispone este artículo que: Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el artículo 134 Ver Texto . Si se

hubieren casado sin autorización, no tendrán hasta los 21 años, la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación.

El nuevo texto concluye con una duda que surgía de la redacción anterior: la emancipación tiene lugar aunque el matrimonio se haya celebrado sin la debida autorización. Pero si se ha celebrado sin ella, el emancipado carecerá hasta la mayoría, o la habilitación de edad, del derecho de administrar o disponer de los bienes recibidos antes o después del matrimonio a título gratuito; estos bienes siguen administrados por los padres o tutores, quienes tendrán derecho al usufructo o a la décima. Es lo que dispone el nuevo artículo 131 Ver Texto al expresar que respecto de dichos bienes continúa el régimen legal vigente de los menores.

Es necesario puntualizar que lo que pierden los menores emancipados casados sin autorización (lo que en la práctica es muy improbable que ocurra, dado que el oficial público tiene la obligación de exigir dicha autorización; véase núms. 432 y 433) es la administración, pero no la mera posesión y goce de los bienes recibidos a título gratuito.

La restricción, según lo hemos dicho, sólo se refiere a los bienes recibidos a título gratuito; respecto de los demás bienes y muy particularmente de los frutos de su trabajo, el menor tiene amplias facultades de administración y disposición.

La autorización de que habla la ley es la del representante legal o bien la judicial, si aquél se hubiera opuesto sin causa justificada.

Cabe agregar que la hipótesis de matrimonio sin autorización es muy probable, pues el matrimonio se celebra ante un oficial público, que en el caso de los menores exige siempre autorización legal. Sería necesario que los menores hubieran alterado sus documentos o que el Jefe del Registro Civil incurriera en un muy improbable incumplimiento de sus deberes, para que el acto pudiera celebrarse sin la debida autorización.

1117/498

498. SU CARÁCTER IRREVOCABLE.— La emancipación lograda por matrimonio es irrevocable y por consiguiente se mantiene aunque el matrimonio se disuelva durante la menor edad por fallecimiento de uno de los cónyuges, haya o no hijos (art. 133 Ver Texto). Con mayor motivo subsiste en caso de divorcio.

Tampoco podrá revocarse la emancipación aunque se demostrare que el menor ha hecho un uso inconveniente o ha abusado de ella (ver nota 1).

1117/499

499. NULIDAD DEL MATRIMONIO.— Distinta es la solución si el matrimonio fuere anulado; en efecto, en esta hipótesis el matrimonio se tiene como no celebrado, de modo que es lógico que la emancipación quede sin efecto (art. 132 Ver Texto).

Sin embargo y teniendo en cuenta sobre todo los derechos de los terceros de buena fe que hubieran contratado con un menor casado, el artículo 132 Ver Texto dispone que la emancipación será de ningún efecto sólo a partir del día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada. Por consiguiente, todos los actos realizados por el menor desde el casamiento son válidos, siempre, claro está, que hubiera obrado dentro de los límites fijados por los artículos 134 Ver Texto y 135 (véanse núms. 507 y sigs.).

Pero supongamos que el matrimonio nulo haya sido contraído de buena fe. ¿Se mantiene o no la emancipación? La cuestión estaba controvertida antes de la sanción de la ley 17711 , pues el Código se limitaba a sentar el principio general, sin hacer salvedades o excepciones respecto del cónyuge de buena fe. La omisión ha sido salvada con un agregado al artículo 132 Ver Texto , que dice: En el caso del matrimonio putativo subsistirá la emancipación respecto del cónyuge de buena fe. Es la buena solución, pues la revocación de la emancipación trae aparejadas muy graves consecuencias (particularmente la separación de la administración de bienes y negocios), y no es justo que quien casó de buena fe las sufra. Es también de notar que el cónyuge de buena fe mantiene la emancipación haya o no hijos, cuestión que estaba controvertida antes de la ley 17711 .

(nota 1) BUSO, t. 1, coment. art. 133, nº 1; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, 3ª ed., Des personnes, t. 5, p. 683.

1117/11110

3.— Emancipación por habilitación de edad (ver nota 1)

1117/500

500. REQUISITOS PARA LA HABILITACIÓN DE EDAD.— Como veremos más adelante, la emancipación dativa o por habilitación de edad se admite en casi todas las

legislaciones. Se justifica que así sea pues las circunstancias de la vida, la capacidad demostrada por el menor, hacen muchas veces aconsejable que asuma la administración de los bienes antes de la mayoría de edad.

La ley 17711 introdujo en nuestro derecho positivo esta institución que VÉLEZ había considerado inconveniente adoptar.

Veamos ahora los requisitos para esta emancipación:

a) En primer término es necesario que el menor haya cumplido 18 años (art. 131 Ver Texto). Antes de esa edad sería peligroso para sus propios intereses permitirle administrar y disponer de sus bienes.

b) En segundo lugar, es necesaria la autorización paterna o judicial. La habilitación de edad requiere el consentimiento de ambos padres, aun en el caso de que estuvieren separados o divorciados o se tratase de padres extramatrimoniales no convivientes (art. 264 quater Ver Texto , inc. 2º), no obstante que el ejercicio de la patria potestad corresponda a uno solo de ellos, es decir, al que tiene la tenencia del menor (art. 264 Ver Texto). De más está decir que si uno de los padres ha muerto o ha sido declarado incapaz o si uno solo de los padres hubiera reconocido al hijo extramatrimonial, basta la autorización del que ejerce la patria potestad. En el caso de que la habilitación deba contar con el consentimiento de ambos padres (que es el caso normal) y uno de ellos quisiera otorgarlo y el otro no, la cuestión debe ser resuelta por el juez (art. 264 quater Ver Texto).

Existiendo padres, basta la decisión de ellos; en cambio, si el menor está bajo tutela, la autorización debe darla el juez, ya sea a pedido del tutor, ya sea a solicitud del propio menor; en cualquier caso, el juez decidirá previa información sumaria sobre la aptitud del menor (art. 131 Ver Texto).

Es de advertir la notable diferencia entre ambos casos: si el menor se encuentra bajo patria potestad, basta la autorización paterna; pero si el padre o la madre que ejerce la patria potestad no la otorgara, el menor no puede pedirla al juez. La ley respeta la autoridad paterna y evita en lo posible interferencias en las relaciones entre padres e hijos menores. En cambio, cuando el menor se halla bajo tutela, el juez es quien debe otorgar la autorización, sea a pedido del tutor o del menor. Es decir, el juez puede otorgarla aun contra la oposición del tutor; pero como debe hacerlo previa información sumaria, es de rigor que oiga al tutor, ya que nadie como él podrá informar y producir pruebas relativas a las aptitudes del menor.

También es indispensable el consentimiento del menor (art. 131 Ver Texto , ref. por ley 23264). No se concebiría una emancipación concedida en contra de su voluntad, ni se explicaría que los padres tuvieran en el artículo 131 Ver Texto un recurso para liberarse de los deberes que les impone la patria potestad.

c) Finalmente, existe un requisito formal. La autorización paterna debe otorgarse por instrumento público, que deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La autorización judicial no exige la escritura, pues la sentencia es un instrumento público de valor equivalente, pero en cambio es indispensable la inscripción en el Registro (art. 131 Ver Texto).

Pensamos que el instrumento público y la sentencia asumen el carácter de formalidades solemnes sin las cuales la habilitación de edad carece de todo valor. En cambio, creemos que la inscripción en el Registro no asume igual carácter, ya que su fin no es otro que darle publicidad al acto, que hasta ese momento no puede ser opuesto a terceros de buena fe. Así, por ejemplo, si después de la escritura que otorgó la habilitación pero antes de su inscripción en el Registro, el padre celebra con terceros algún acto relativo a los bienes del menor, el acto es válido. Pero también son válidos los actos de los menores, y más aún, otorgado el instrumento público de habilitación, es indudable el derecho del menor a pedir su inscripción en el Registro, todo lo cual demuestra que esta formalidad no tiene carácter solemne.

1117/501

501. REVOCACIÓN.— A diferencia de la emancipación por matrimonio, la que se obtiene por habilitación de edad es esencialmente revocable. Esta diferencia se justifica plenamente: el fundamento de la primera es el matrimonio, que es un hecho irreversible; el de la segunda, la aptitud presunta del menor para administrar sus bienes, de modo que probado que tal aptitud no existe, es razonable revocarla.

Dice el artículo 131 Ver Texto , último apartado, que: La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Pupilar.

Deberá seguirse un procedimiento sumario con intervención del menor, los padres o tutor y, desde luego, el Asesor de Menores. Para revocar la habilitación basta probar que el menor ha hecho un uso inconveniente de ella; no es necesario, por consiguiente, una administración ruinosa de su patrimonio, siendo suficiente probar que ha sufrido perjuicios considerables a causa de su inexperiencia, ligereza o prodigalidad.

1117/502

502.— Para que la revocación de la habilitación tenga efectos respecto de terceros, es indispensable su anotación en el Registro de Estado Civil. La ley no lo dice, seguramente porque se trata de una solución obvia. En efecto, es la inscripción en el Registro lo que da publicidad a la habilitación y le hace producir efectos respecto de terceros; y para que cesen esos efectos, es inevitable el asiento de la revocación. De lo contrario, se podría burlar los intereses de los terceros de buena fe. Por lo demás, ésta es la solución prevista para la emancipación comercial por el artículo 12 Ver Texto del Código de Comercio, disposición que juzgamos aplicable por analogía a la emancipación civil.

1117/503

503. EMANCIPACIÓN COMERCIAL (ver nota 2).— También el Código de Comercio autoriza, en lo que atañe al ejercicio de actos mercantiles, la emancipación dativa o voluntaria (arts. 10 Ver Texto -12).

La emancipación comercial puede ser expresa o tácita. La primera requiere la autorización expresa del padre y de la madre; y si ellos no existieren, el juez; además, dicha autorización debe ser inscrita y hecha pública en el Registro de Comercio (art. 11 Ver Texto). La segunda resulta de la circunstancia de que el hijo sea asociado al comercio del padre (art. 12 Ver Texto). En ambos casos, se requiere una edad mínima de 18 años.

Llenados estos requisitos, el menor será reputado mayor para todos los actos y obligaciones comerciales (art. 11 Ver Texto). Pero sólo tiene efectos en materia comercial, lo que implica que el menor conserva su incapacidad para todos sus actos propiamente civiles; en este terreno, la emancipación civil acarrea consecuencias más vastas, sobre todo en el derecho de familia.

Una vez otorgada la autorización, ésta no puede ser retirada sino por disposición judicial y a instancia de los representantes legales del menor. Para que el retiro de la autorización produzca efectos respecto de terceros, deberá ser inscripto y publicado en el Tribunal de Comercio respectivo (art. 12 Ver Texto).

1117/504

504. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Las legislaciones extranjeras admiten, a la par de la emancipación por matrimonio, la dativa o voluntaria, que por lo general requiere la autorización paterna o materna; y salvo que el menor fuere huérfano, en cuyo caso, oído el

representante legal, la otorga el juez. Por excepción, los códigos italiano (art. 391) y mexicano (art. 642) reconocen el derecho de emancipación aun en caso de oposición de los padres; pero el primero dispone que el juez no podrá otorgarla en tal caso, sino cuando medien gravísimas razones.

En el derecho brasileño se admite también la emancipación por el ejercicio de un empleo público y por la colación en un grado científico de enseñanza superior (art. 9º, inc. 1º, aps. II y IV). En el peruano, por obtener un título oficial que autorice a ejercer una profesión de oficio (art. 46).

Generalmente, se exige la edad de 18 años para la emancipación voluntaria. Por excepción, el Código Civil francés permite la emancipación por el padre o la madre desde los 15 años (art. 477); pero si fuere huérfano, sólo podrá ser emancipado por el Consejo de Familia a los 18 años (art. 478).

En cuanto a los efectos de la emancipación, las legislaciones extranjeras se agrupan en dos sistemas: 1) En algunas, implica los mismos efectos del cumplimiento de la mayoría de edad: Código Civil alemán (arts. 3º y sigs.), suizo (art. 14), brasileño (art. 9º), portugués (arts. 305 y 310). 2) En otras, la capacidad de los emancipados está sujeta a algunas restricciones, sobre todo en materia de actos de disposición: Código Civil francés (arts. 314 y sigs.), español (art. 317), italiano (arts. 388 y sigs.), chileno (arts. 264 y sigs.), mexicano (arts. 641 y sigs.), venezolano (arts. 385 y sigs.), uruguayo (arts. 280 y sigs.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: RIVERA, *Habilitación de edad*, Buenos Aires, 1978.

(nota 2) Véase BUSTAMANTE ALSINA, *La capacidad de los menores emancipados para el ejercicio del comercio*, J.A., 1957-IV, sec. doct., p. 92.

1117/11120

4.— Efectos

1117/505

505. PRINCIPIO GENERAL.— En principio, la emancipación hace cesar la incapacidad propia del menor de edad (art. 128 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta regla tiene amplia

aplicación en materia extrapatrimonial, y sobre todo de familia. Desde ese momento cesa la patria potestad o la tutela, el cónyuge tiene todos los derechos y deberes de tal y si tiene hijos ejerce sobre ellos la patria potestad. Pero en materia patrimonial, la capacidad de los emancipados está sujeta a importantes restricciones.

Agreguemos que todo lo que se dirá en adelante es aplicable tanto a la emancipación por matrimonio como a la dativa. La ley fija los efectos sin distinguir entre una y otra.

1117/506

506. ACTOS ABSOLUTAMENTE PROHIBIDOS.— Ante todo, la ley enumera ciertos actos que los emancipados no pueden realizar de ninguna manera, ni aun con autorización judicial, lo que significa que existe respecto de ellos una verdadera incapacidad de derecho:

a) No pueden aprobar las cuentas de sus tutores ni darles finiquito (art. 134 Ver Texto , inc. 1º, Cód. Civ.). Por la trascendencia del acto, la ley ha querido que sólo puedan cumplirlo los mayores de edad. Pero, naturalmente, el tutor está facultado para pedir la aprobación judicial de las cuentas y el juez decidirá sobre ellas, con intervención del Ministerio de Menores (ver nota 1). Adviértase que en este caso no se trata de una aprobación pedida por el menor (que es lo que el art. 134 Ver Texto prohíbe), sino de la pedida por el propio tutor.

b) No pueden hacer donación de bienes, que hubiesen recibido a título gratuito (art. 134 Ver Texto , inc. 2º, Cód. Civ.). Sin embargo, quedan exceptuados de esta prohibición: 1) Las donaciones que el esposo hiciera a la esposa en las convenciones matrimoniales (arts. 1217 Ver Texto , inc. 3º, y 1222 Ver Texto). 2) Los presentes de uso (ver nota 2). En cambio, pueden donar libremente los bienes que hubieran adquirido por otro título que no sea herencia, donación o legado (arts. 134 Ver Texto y 135).

c) No pueden ser fiadores (arts. 134 Ver Texto , inc. 3º, y 2011 Ver Texto , inc. 1º).

1117/507

507. FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN.— Conforme con el artículo 135 Ver Texto (redacción de la ley 17711) los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración.

Con relación al originario artículo 135 Ver Texto pueden señalarse algunas diferencias capitales: a) el anterior artículo 135 Ver Texto enumeraba los actos para los cuales debía pedirse autorización judicial; el nuevo establece reglas generales sobre la base de la distinción entre los bienes recibidos a título gratuito y oneroso y entre actos de administración y de disposición; b) las facultades de disposición son hoy mucho más extensas que en el régimen anterior; c) la autorización judicial, cuando es necesaria, puede ahora ser reemplazada por la conformidad del otro cónyuge, si éste es mayor de edad; en el régimen anterior, sólo el marido mayor de edad podía dar esa conformidad válidamente.

1117/508

508.— Conforme con el nuevo texto legal hay que distinguir dos situaciones diferentes:

1117/509

509. a) Bienes adquiridos por cualquier título legítimo que no sea gratuito.— Los emancipados tienen la libre disposición de ellos. A título de ejemplos, diremos que pueden donar estos bienes y con mayor razón venderlos o hipotecarlos, contraer deudas y recibir pagos, hacer transacciones o sujetar un negocio a juicio arbitral, estar en juicio civil o penal relativo a acreedores patrimoniales o extrapatrimoniales.

Hemos dicho que los emancipados pueden contraer deudas. Bien entendido, sin embargo, que con ellas no pueden comprometer los bienes que hayan recibido a título gratuito. En otras palabras, los acreedores pueden ejecutar todos los bienes del menor, menos los que hubiera recibido por herencia, donación o legado. Para comprometer estos bienes es necesario que la deuda se haya contraído con autorización judicial.

Es necesario recordar, finalmente, que el artículo 1440 Ver Texto establece que los menores emancipados no pueden, sin autorización judicial, ceder inscripciones de la deuda pública nacional o provincial, acciones de compañía de comercio o industria y créditos que pasen de 500 pesos. Después de la reforma introducida por la ley 17711, que ha ampliado notablemente el campo de la capacidad de los emancipados, es obvio que esta prohibición sólo rige respecto de los títulos o acciones que el emancipado hubiera recibido a título gratuito. Ya se había sostenido esta opinión antes de la sanción de la aludida ley (ver nota 3), que por cierto ha disipado cualquier duda sobre la solución vigente al disponer expresamente que las únicas incapacidades que pesan sobre los emancipados son las establecidas en los artículos 134 Ver Texto y 135 (art. 133 Ver Texto).

Naturalmente que todo lo dicho en este párrafo es sin perjuicio de la necesaria conformidad del otro cónyuge (o la del juez en su defecto) en la hipótesis del artículo 1277 Ver Texto (nueva redacción).

1117/510

510.— Supongamos ahora que los bienes no se han adquiridos a título gratuito pero son frutos de bienes adquiridos a ese título. Por ejemplo, el menor percibe los arrendamientos de un inmueble recibido en herencia. ¿Puede disponer libremente de ellos? Aunque el problema es dudoso, pensamos que es conveniente atenerse al texto legal y, por lo tanto, admitir que el emancipado tiene la libre disposición de esos frutos. Lo que en definitiva ha querido la ley, es custodiar el capital recibido gratuitamente por el emancipado y mantenerlo incólume; nada de ello se perjudica permitiéndole disponer de los frutos.

Cosa distinta sería tratándose de una subrogación real, es decir de bienes que han venido a sustituir otros bienes recibidos a título gratuito. Así, por ejemplo, un emancipado vende o permuta un inmueble recibido en herencia, con la consiguiente autorización judicial. El nuevo bien incorporado al patrimonio del menor (el precio o el otro inmueble) no ha sido recibido a título gratuito sino oneroso, pero evidentemente ocupa el lugar del heredado en el patrimonio del emancipado y, por consiguiente, se encuentra en su misma condición jurídica. La autorización judicial es indispensable para disponer de él.

1117/511

511. b) Bienes adquiridos por título gratuito.— En este caso, los emancipados sólo tienen la administración. Para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediere acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad (art. 135 Ver Texto , in fine).

Adviértase que el artículo 135 Ver Texto no distingue entre bienes muebles e inmuebles; habiéndose recibido a título gratuito, el emancipado no puede disponer de ellos cualquiera sea su carácter. Claro está que será difícil evitar que el menor disponga de sus muebles no registrados, ya que el traspaso de la propiedad se hace por simple tradición; tanto más cuanto que la posesión de buena fe de una cosa mueble crea en favor del que la posee la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si la cosa no fuera robada o perdida (art. 2412 Ver Texto). De tal modo que el acto por el cual el emancipado enajenó una cosa mueble sólo podría ser atacado de nulidad si el adquirente sabía que aquél era menor, porque en tal caso no podría invocar buena fe.

Cabe preguntarse si los bienes adquiridos por título gratuito pueden resultar comprometidos por las obligaciones contraídas por el emancipado. Pensamos que no, porque los bienes adquiridos a este título forman un patrimonio separado no susceptible de ser ejecutado o embargado en razón de actos otorgados durante la minoridad. De lo contrario vendría a frustrarse el fin de la ley, que es poner esos bienes a resguardo de la inexperiencia del emancipado (ver nota 4).

1117/512

512.— ¿Puede el menor estar en pleito civil relativo a los bienes recibidos a título gratuito, sin necesidad de autorización judicial? La duda surge de la circunstancia de que el pleito pueda prestarse a una disposición indirecta del bien, sea por allanarse a la demanda o por transacción o por no plantear a su tiempo las defensas o recursos.

Sin embargo, la regla es la capacidad y la sola excepción los actos de disposición de los bienes recibidos a título gratuito. Con ello queda dicho que los emancipados pueden estar en juicio, pero no podrán realizar en él actos de disposición, como allanarse a la demanda o transar, sin autorización judicial. En cuanto al peligro de que el menor deje vencer plazos y con ello disponga deliberadamente de sus derechos, la solución es darle la debida intervención al Asesor de Menores, quien tiene su representación promiscua (véase núm. 467) (ver nota 5).

1117/513

513. ACEPTACIÓN Y REPUDIO DE HERENCIAS.— La nueva redacción del artículo 133 Ver Texto implica, ya lo hemos dicho, eliminar todas las restricciones a la capacidad de los emancipados, con excepción de las establecidas en los artículos 134 Ver Texto y 135. Y no figurando entre ellas la de aceptar o repudiar herencias, parecería que el emancipado tiene capacidad para hacerlo. Pensamos, empero, que no es así, El artículo 3333 Ver Texto exige para poder aceptar o repudiar herencias tener la libre administración (debe entenderse la libre disposición, véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, n° 187) de sus bienes. Y la restricción a la capacidad de los emancipados que resulta de esta regla no debe considerarse eliminada por la nueva redacción de los artículos 133 Ver Texto -135, pues es coincidente con ellos. El artículo 135 Ver Texto les prohíbe disponer de los bienes recibidos a título gratuito sin autorización judicial o del cónyuge mayor de edad. Repudiar una herencia es obviamente disponer de bienes recibidos a título gratuito. En ese caso la solución es clara. Y aceptarla libremente puede comprometer todo el patrimonio del menor, si la herencia fuere deficitaria. La solución del artículo 3333 Ver Texto, al excluir a los emancipados, es coincidente con el texto y el espíritu de los nuevos artículos 133 Ver Texto -135.

Ni siquiera la aceptación beneficiaria excluye peligros para el aceptante, pues éste puede perder el beneficio si incurre en cualquiera de los actos que traen aparejada esa consecuencia (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, núm. 404).

Concluimos, pues, en que el artículo 3333 Ver Texto mantiene su vigor, y que, por lo tanto, los emancipados no pueden aceptar o repudiar herencia sin autorización del cónyuge mayor de edad o del juez.

Los emancipados son asimismo incapaces para intervenir personalmente en la partición de la herencia, en la que deben actuar por intermedio de un tutor especial (art. 3456 Ver Texto). Cabe agregar que habiendo emancipados, la partición debe siempre ser judicial (art. 3456 Ver Texto , inc. 1°).

1117/514

514. CAPACIDAD PARA SER TUTOR, CURADOR, ALBACEA, TESTIGO DE TESTAMENTO.— Los artículos 398 Ver Texto , inciso 1° y 475 Ver Texto , disponen que los menores no pueden ser tutores ni curadores. ¿Significa que tampoco pueden serlo los emancipados? Creemos indiscutible que sí pueden serlo, puesto que la emancipación implica eliminar todas las incapacidades que pesan sobre el menor, con excepción de las establecidas en los artículos 134 Ver Texto y 135 (art. 133 Ver Texto) (ver nota 6).

Por igual razón pensamos que pueden ser albaceas. El artículo 3846 Ver Texto les niega capacidad para serlo a las personas incapaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo. Y evidentemente los emancipados pueden obligarse, por lo que es claro que no están excluidos por el artículo 3846 Ver Texto (ver nota 7).

Queda finalmente a considerar el problema de si los emancipados pueden ser testigos en los testamentos. Según el artículo 3705 Ver Texto sólo pueden serlo los varones mayores de edad. Esta disposición ¿excluye a los emancipados? Pensamos que no. En verdad, lo que el artículo 3705 Ver Texto dispone es una exclusión genérica de los menores; pero la disposición específica relativa a los emancipados es el artículo 133 Ver Texto , que les reconoce capacidad para todos los actos de la vida civil, con la sola excepción de las restricciones establecidas en los artículos 134 Ver Texto y 135. Sería, por otra parte, irrazonable que personas a quienes la ley reconoce una casi plena capacidad, no la tengan para el cumplimiento de una mera formalidad, como es el ser testigo de un testamento (ver nota 8).

514-1. CASOS EN QUE EL JUEZ PUEDE DAR LA AUTORIZACIÓN.— La autorización judicial, cuando fuere requerida, no será dada sino en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente (art. 136 Ver Texto).

Queda librado al criterio judicial apreciar cuándo ha llegado el caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente; pero una vez autorizado el acto, no podrá pretenderse su nulidad demostrando que ha sido inconveniente para el emancipado (ver nota 9).

514-2. CASO DE VENTA DE LOS BIENES.— Cuando el acto autorizado suponga la venta de bienes del emancipado, será necesaria la subasta pública (art. 136 Ver Texto). Se exceptúa de este requisito la hipótesis de que, a juicio del juez, la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, o porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el ofrecido sea mayor que la tasación (art. 442 Ver Texto). Este artículo se refiere a los menores bajo tutela y, por consiguiente, es aplicable con tanta mayor razón a los emancipados (ver nota 10).

514-3. CARÁCTER DE LA NULIDAD.— Los actos realizados por los emancipados sin la autorización judicial, en los casos en que ésta se exige, son nulos (art. 1042 Ver Texto); pero la nulidad es simplemente relativa, porque ha sido establecida en interés del emancipado y, por lo tanto, éste puede confirmar el acto una vez llegado a la mayoría de edad.

514-4. CASAMIENTO DEL HABILITADO.— Se disenta en nuestro derecho si el menor habilitado de edad podía contraer matrimonio sin autorización de sus padres (ver nota 11). La ley 23264 ha puesto fin a la cuestión decidiendo que esa autorización es indispensable (art. 11).

(nota 1) ORGAZ, Personas individuales, p. 308; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 763; BUSSO, t. 1, coment. art. 134. nº 6.

(nota 2) ORGAZ, Personas individuales, p. 309; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 765; BUSSO, t. 1, coment. art. 134, nº 10; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, nº 787; LLAMBÍAS, t. 1, nº 668.

(nota 3) Así lo habíamos sostenido en nuestras ediciones anteriores, a la ley 17711 (t. 1, núm. 500) concordando con la opinión de SPOTA, t. 1, vol. 3.2, nº 791.

(nota 4) De acuerdo: RIVERA, Habilidadación de edad, n° 131; ARAUZ CASTEX, Parte general, La reforma, p. 61. En contra: MÉNDEZ COSTA, J.A., Doctrina 1969, p. 418; LLAMBÍAS, J.A., 1968-V, p. 689; CLARIÁ, E.D., t. 59, p. 741, n° 48.

(nota 5) De acuerdo: RIVERA, Habilidadación de edad, n° 132. En el sistema del Código se discutía si la autorización judicial en los casos en que procedía debía limitarse a una simple autorización o si, por el contrario, había que nombrar curador ad litem que representara al menor en todo el juicio. Concluyó predominando la opinión de que no era necesario el nombramiento del curador y de que el emancipado podía actuar por sí.

(nota 6) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, n° 669; RIVERA, Habilidadación de edad, n° 121.

(nota 7) De acuerdo: RIVERA, Habilidadación de edad, n° 121. En nuestras primeras ediciones sostuvimos la opinión contraria, lo que se explica porque en el régimen del Código Civil, los emancipados sólo podían contraer deudas por valor de 500 pesos. Mal podría decirse que ellos tenían la capacidad de obligarse que exige el artículo 3846 Ver Texto . Pero después de la sanción de la ley 17711 , los emancipados tienen una capacidad casi ilimitada para obligarse (lo único que no pueden comprometer son los bienes recibidos a título gratuito), por lo que el artículo 3846 Ver Texto deja de ser un obstáculo para que los emancipados sean albaceas.

(nota 8) En contra: LAFAILLE, Sucesiones, t. 2, n° 420; DE GÁSPERI, Sucesiones, t. 3, p. 468; LLERENA, t. 10, art. 3705, n° 1.

(nota 9) BUSSO, t. 1, coment. art. 136, n° 7; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 776; MACHADO, t. 1, p. 283; ORGAZ, Personas individuales, p. 325.

(nota 10) BUSSO, t. 1, coment. art. 136, n° 12; ORGAZ, Personas individuales, p. 328; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 777.

(nota 11) En sentido de que la venia no era necesaria: LLAMBÍAS, Parte General, Apéndice, p. 33; MÉNDEZ COSTA, J.A., Doctrina, 1969, p. 409-IV; BUTELER, El Código Civil y la reforma, p. 20; CLARIÁ, E.D., t. 59, p. 741, n° 41; RIVERA, E.D., t. 54, p. 290; fue también la opinión que nosotros sostuvimos en nuestras ediciones anteriores. En contra: IBARLUCÍA, nota en L.L., t. 130, p. 1141, III; PORTAS, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año X, t. 21, p. 95; BUSTAMANTE ALSINA, en L.L., t. 130, p. 1052, X; MADRAZO, El porvenir de la emancipación dativa, L.L., 1976-D, p. 769; SPOTA, Sobre las reformas al Código Civil, p. 31; BELLUSCIO, Derecho de familia, t. 1, n° 212.

1117/11130

III. DEMENTES (ver nota 1)

1117/11140

§ 1.— Concepto jurídico de demencia

1117/515

515. CONCEPTO.— El artículo 141 Ver Texto del Código Civil definía a los dementes con una fórmula poco afortunada: Se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial.

A esta disposición se le hicieron severas y justas críticas. El error fundamental de VÉLEZ fue encarar el problema desde el punto de vista médico; no es extraño, por consiguiente, que su definición, formulada en 1869, resulte hoy anacrónica y falsa. Igualess reparos ofrece el principio de clasificación de las demencias en manía, demencia e imbecilidad. Pasando por alto la repetición de la palabra demencia, que es precisamente el concepto que se pretende definir, tal división resulta hoy pueril. Pero, sobre todo, es ajena al derecho. La clasificación de las enfermedades mentales es un problema propio de la psiquiatría y nada tiene que ver con la ciencia jurídica (ver nota 2). Desde el punto de vista de ésta, carece de todo interés la ubicación del enfermo dentro de tal o cual tipo de insania; lo único que tiene relevancia jurídica es la dilucidación de si está dotado o no de aptitud mental para ejercer sus derechos (en derecho penal, naturalmente, debe investigarse su capacidad para delinquir).

Por consiguiente, para definir la demencia, desde el punto de vista jurídico, es necesario apartarse de los conceptos de la ciencia médica. En la esfera del derecho, debe considerarse demente a toda persona que, a consecuencia de una perturbación de sus facultades mentales, carece de aptitud para conducirse a sí misma y en sus relaciones de familia y para administrar sus bienes (ver nota 3).

Estas ideas que hoy pueden considerarse generalmente admitidas, fueron recogidas por la ley 17711 , que dio al artículo 141 Ver Texto una nueva y precisa redacción: Se declaran

incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

1117/516

516-519. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Al igual que nuestra ley 17711, los códigos modernos han prescindido del aspecto técnico-psiquiátrico del problema, estableciendo como pauta de la interdicción la incapacidad para administrar los bienes (Cód. Civ. alemán, art. 1910; venezolano, art. 393; italiano, art. 414; español, art. 213). Pero es indudable que el criterio económico no basta, por sí solo, para configurar la insania. Del punto de vista jurídico, no es suficiente la aptitud para cuidar los negocios o los bienes, sino que también es preciso que sepa conducirse a sí mismo, sea en sus relaciones de familia o con terceros. Puede ocurrir que un insano conserve la aptitud para dirigir sus negocios, pero en cambio la haya perdido para educar a sus hijos o para mantener relaciones razonables con sus semejantes; en tal hipótesis, es indiscutible que procede la interdicción (ver nota 4). Por ello es preferible la fórmula del nuevo artículo 141, que recoge una concepción menos materialista de demencia.

1117/520

520-521. EL PROBLEMA DE LOS INTERVALOS LÚCIDOS.— Ya en el derecho romano se admitía la existencia de intervalos lúcidos, que en el concepto tradicional consisten en remisiones de la enfermedad, durante las cuales se goza de una completa y plena lucidez. Según JUSTINIANO, se trata de un *perfectissimae intervalla* (L. 6, Cód., De *curatore furiosi vel prodigi*); según la clásica expresión de D'AGUESSEAU, “es un día pleno y entero que separa dos noches”. VÉLEZ SANSFIELD ha precisado el concepto en la nota al artículo 3615 Ver Texto : “Los intervalos lúcidos de que hablan las leyes, no es una tranquilidad superficial, una remisión accidental y pasajera del mal. Es preciso que el intervalo lúcido sea una vuelta completa de la razón, que disipe las ilusiones y los errores de que estaba poseído el demente”.

Sin embargo, la doctrina psiquiátrica moderna repudia el concepto de intervalos lúcidos y sostiene que sólo puede hablarse de curación, a veces temporaria, de la enfermedad (ver nota 5). Pero aunque la expresión intervalos lúcidos sea discutible y aun incorrecta desde el punto de vista médico, la verdad es que suelen darse ciertos tipos de enfermedades mentales que alternan períodos de demencia con otros de salud mental (ver nota 6). Y aunque la enfermedad se mantenga latente o larvada, lo cierto es que el sujeto actúa exteriormente con plena lucidez y conciencia. Más aún: puede ocurrir que un demente declarado tal haya curado; el período que corre entre el momento de la curación y el levantamiento de la interdicción (o de su muerte, si ésta se produce antes de la sentencia), debe considerarse también, jurídicamente, como intervalo lúcido (véase núm. 548). Es evidente, pues, que aun siendo impropia, esta expresión tiene un gran interés jurídico, lo

que justifica su mantenimiento, como lo han hecho algunos códigos modernos (venezolano, art. 393; mexicano, art. 1038) y el Proyecto de Reformas de 1936.

El concepto tiene la mayor importancia, desde que la ley refiere efectos tales como la validez de los testamentos y la responsabilidad civil por hechos ilícitos a la comprobación de ese estado de lucidez (véanse núms. 548 y 550).

1117/522

522. REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL.— Establece el artículo 140 Ver Texto del Código Civil, que: Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente.

Los términos de este artículo son demasiado amplios y pueden inducir a error. Lo que el codificador ha querido significar es que nadie puede estar sometido a interdicción y bajo la representación necesaria de un curador sin verificación previa de la insania por el juez competente. Pero ello no quiere decir, sin embargo, que la demencia de hecho, es decir, la no declarada judicialmente, no produzca ningún efecto: los actos celebrados en este estado son anulables (véanse núms. 543, 577 y sigs.).

Por lo demás, una vez iniciado el juicio de demencia y antes de la declaración de la insania, el juez puede separarlo de la administración de sus bienes, designándole un curador provisorio (art. 148 Ver Texto). Finalmente, la autoridad policial puede adoptar algunas medidas de seguridad e, inclusive, la internación del enfermo, antes de que se haya iniciado ningún trámite judicial si hubiere peligro de que dañara su salud o la de terceros o afectare la tranquilidad pública (art. 482 Ver Texto) (ver nota 7). No es extraño, por consiguiente, que en los proyectos de reformas se haya propuesto la eliminación de este artículo (ver nota 8).

1117/523

523. MENORES DE 14 AÑOS.— El artículo 145 Ver Texto dispone que no podrá pedirse la declaración de demencia de los menores de 14 años. En tal caso, carecería de interés público práctico la interdicción, desde que los menores de 14 años se encuentran en un estado similar, aunque no igual, al de los dementes, en lo que atañe a su capacidad. Desde luego, esta disposición no juega en el caso de mujeres menores de 14 años que se hubieren emancipado por matrimonio y que pueden ser declaradas insanas (ver nota 9).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MOLINAS, A.J., Incapacidad civil de los insanos mentales, Buenos Aires, 1948; MONTARCÉ LASTRA, A., La incapacidad civil de los alienados, Buenos Aires, 1929; ORGAZ, A., Personas individuales, ps. 329 y s.; BUSSO, E., Código Civil Anotado, t. 1, coment. a los arts. 140 y s.; LLAMBÍAS, t. 1, n° 701 y s.; ROJAS, N., Psiquiatría forense, Buenos Aires, 1938, ps. 47 y s.; WEIGANDT, Psiquiatría forense, Buenos Aires, 1928; CARRILLO, R., Clasificación sanitaria de los enfermos mentales, Buenos Aires, 1950; ROJAS, N., La psiquiatría en la legislación civil, Buenos Aires; DEGNI, F., Le persone fisiche, Torino, 1939; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, ps. 376 y s.; WOOD RENTON, A., The law and practice in lunacy, London, 1897.

Bibliografía posterior a la ley 17711: LLAMBÍAS, La reforma, ps. 47 y s.; BUSTAMANTE ALSINA, El nuevo régimen de las incapacidades, según la reciente reforma del Código Civil, L.L., t. 130, p. 1046; PORTAS, Las personas individuales en la ley 17711, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año X, n° 21, p. 107; MAZZINGHI (h.), Dementes, sordomudos, incapaces, inhabilitados y enfermos internados, E.D., t. 59, p. 759.

(nota 2) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, p. 330; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed., La Habana, t. 1, n° 660; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, n° 2402.

(nota 3) Sobre este concepto, se ha logrado una casi total coincidencia jurisprudencial y doctrinaria: C. Civil 2ª Cap., 9/4/1930, J.A., t. 32, p. 1048; íd., 24/12/1930, J.A., t. 34, P. 1289; íd., 3/7/1940, J.A., t. 71, p. 353; C. Apel. La Plata, 11/5/1943, L.L., t. 30, p. 804; Proyecto de reformas de 1936, art. 46; BUSSO, t. 1, coment. art. 141, n° 10; LLAMBÍAS, t. n° 703; ORGAZ, Personas individuales, ps. 331 y s.; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 810; CORONAS, J.E., Impugnación del testamento por incapacidad mental del testador, Rev. del Notariado, mayo-junio 1951, p. 179; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, n° 661; en Alemania, Venezuela, Italia, España y Suiza, en donde este criterio ha sido incorporado a la legislación, según se dice en el texto, la doctrina es naturalmente unánime. En contra: MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, ps. 23 y s., quien sostiene que el único criterio válido para la declaración de demencia es el biológico. Olvida este autor que al derecho el enfermo mental no le interesa como tal sino en cuanto pueda actuar en el campo jurídico. El problema se reduce, por consiguiente, a dilucidar si tiene o no aptitud para ello. En cambio, es atinada la crítica de MOLINAS al criterio puramente económico, puesto que desde el punto de vista jurídico no interesa solamente la aptitud para administrar sus bienes, sino también para desenvolverse en sus relaciones extrapatrimoniales con sus semejantes y muy particularmente en lo que atañe a la vida de familia: aptitud para dirigir y educar a sus hijos, gobernar su hogar, etc.

(nota 4) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, ps. 331 y s.; BUSSO, t. 1, coment. al art. 141, n° 10.

(nota 5) CARRILLO, Clasificación de los enfermos mentales, p. 52; ROJAS, La psiquiatría en la legislación civil, ps. 149, y s.

(nota 6) ROJAS, op. cit. y loc. cit., en nota anterior. Como juez nos tocó decidir un interesante caso en el que una de las partes adolecía de una enfermedad mental que los peritos médicos clasificaron como síndrome hipmánico de locura periódica. Los intervalos lúcidos, que el mismo nombre de la enfermedad sugiere, quedaron fehacientemente probados en autos (fallo publicado en L.L., t. 71, p. 340). Puede verse otro caso de intervalos lúcidos en el fallo de la C. Civil Cap., Sala D, 2/4/1957, J.A., 1957-III, p. 142.

(nota 7) C.S.N., 16/11/1923, Fallos, t. 139, p. 154; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 800; BUSSO, t. 2, coment. art. 482, n° 22.

(nota 8) Véase la crítica de BIBILONI en la nota a su art. 160.

(nota 9) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, p. 334, nota 14; BUSSO, t. 1, comentario art. 145, n° 6; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 816; MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, p. 348.

1117/11150

§ 2.— El juicio de insania

1117/524

524. NORMAS PROCESALES.— En materia tan delicada como ésta, en la que el juez debe adoptar graves decisiones sobre la capacidad o la interdicción del presunto insano, se justifica que el Código Civil haya establecido algunas normas procesales con el objeto de garantizar la seriedad del pronunciamiento. Una vez más se pone de manifiesto en este caso la íntima conexión que tienen las normas jurídicas de fondo y de forma. Pero siendo el juicio un problema esencialmente procesal, hemos de limitar nuestro estudio a un breve comentario de las normas contenidas en el Código Civil y en el Procesal.

1117/525

525. QUIÉNES PUEDEN INICIAR EL JUICIO DE INSANIA.— El artículo 144 Ver Texto enumera las personas que pueden pedir la declaración de demencia:

1117/526

526. a) El esposo o esposa no separados personalmente o no divorciados vincularmente.— El cónyuge separado judicialmente o divorciado carece, por lo tanto, de derecho para iniciar el juicio; la ley no distingue entre el culpable o el inocente, pues lo que justifica esta solución es la quiebra de la unión conyugal (ver nota 1). Por esta misma razón, se ha entendido que tampoco se puede pedir la declaración de demencia después de iniciado el juicio de divorcio, y aunque aún no se haya dictado sentencia (ver nota 2), ni tampoco si existe separación de hecho sin voluntad de unirse (ver nota 3).

Sin embargo, si el demente dilapida sus bienes, el cónyuge aun separado de personas, que no haya perdido la vocación sucesoria ni el derecho a alimentos, puede pedir su inhabilitación conforme con el artículo 152 bis Ver Texto (véase núm. 593-5).

1117/527

527. b) Los parientes del demente.— La ley habla de parientes en general, sin hacer ninguna distinción; por consiguiente, debe reconocerse este derecho tanto a los consanguíneos como a los afines (ver nota 4). A igual conclusión debe llegarse con respecto a los parientes adoptivos.

Tampoco cabe ninguna distinción entre parientes capaces e incapaces. En este último caso, la denuncia debe ser hecha por el representante legal, que no necesita para ello autorización judicial (ver nota 5).

Pero el derecho de iniciar el juicio de insania debe considerarse limitado a los parientes dentro del cuarto grado (ver nota 6). En efecto; no se justificaría en modo alguno reconocer ese derecho a los más lejanos, que carecen de derechos hereditarios (art. 3585 Ver Texto , Cód. Civ.), y cuyos vínculos afectivos con el insano son remotos. Es verdad que a veces se da el caso de parientes lejanos cuya vinculación y afecto recíproco son mucho más estrechos que el de otros más cercanos. Pero en este caso, el afecto se funda en la amistad y no en el parentesco; y, como hemos de verlo, la amistad no es título suficiente para iniciar el juicio de insania. Queda siempre al pariente lejano y al amigo el derecho de presentarse ante el Ministerio de Menores, solicitando su intervención para promover el juicio.

La denuncia puede ser hecha por cualquiera de los parientes dentro del cuarto grado, aunque haya otros más próximos (ver nota 7). En efecto: la ley se propone, en primer término, la protección del insano, y no sería razonable que la indiferencia y la incuria, quizá culpable, de los más allegados, perjudicase al incapaz y afectara los eventuales derechos sucesorios de sus otros parientes.

1117/528

528. c) El Ministerio de Menores.— El Ministerio Público, en ejercicio de su función tutelar de los incapaces, no sólo es parte en los juicios de insania, sino que tiene facultades para iniciarlo.

Se ha discutido si puede iniciar el juicio de insania de uno de los cónyuges, ante la inacción del otro. En un viejo fallo de la Cámara Civil de la Capital, el problema se trató extensamente, pronunciándose el Tribunal en contra de la intervención del Ministerio Público en tales casos. Además de algunos argumentos derivados de la incapacidad de la mujer casada, que han perdido vigencia en la actualidad, se sostenía que no había interés alguno en que un órgano estatal, como es el Ministerio Público, violase la intimidad del hogar para indagar miserias que no existe interés alguno en exhibir y que la familia oculta piadosamente (ver nota 8). Un criterio similar ha inspirado otros fallos posteriores que negaron al Asesor de Menores la facultad de proseguir en el juicio iniciado por el cónyuge que después desistió de su acción (ver nota 9).

Por nuestra parte, creemos que este punto de vista debe considerarse superado en el derecho moderno. El Ministerio Público no puede declinar su función protectora en el caso de que el insano tenga cónyuge u otros parientes que descuiden, tal vez interesadamente, sus deberes. No hay razón alguna para temer la intromisión injustificada del Asesor de Menores en la intimidad del hogar; este funcionario puede muy bien discernir entre aquellos casos en que no existe interés en obtener la declaración judicial de la insania, porque el enfermo carece de bienes y porque se halla tratado con cariño y esmero por su familia, y aquellos otros en que puede ser víctima de la codicia o del desapego de sus parientes. En los primeros, es natural que se respete el sentimiento de piedad y pudor que induce a no denunciar judicialmente la insania; pero en los otros, el Ministerio Público debe, aun contra la oposición del cónyuge, adoptar todas las medidas necesarias en protección del enfermo. Y si se le reconoce el derecho de iniciar el juicio, con tanta mayor razón debe admitirse su facultad para proseguir uno comenzado por los parientes y posteriormente desistido. Por este criterio se ha inclinado nuestra jurisprudencia más reciente, así como también la doctrina nacional (ver nota 10). En el Código Civil italiano, una vez iniciado el juicio de interdicción o inhabilitación, el juez, aun de oficio, puede declararla (art. 418).

1117/529

529. d) El respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero.— Esta disposición, como otras muchas dictadas en la época que se sancionó el Código Civil con el objeto de ofrecer garantías a los extranjeros que desearan establecerse en nuestro país, no tiene justificación alguna en el momento actual. El Ministerio Público es el órgano estatal de protección de los insanos y no haya razón alguna para establecer diferencias entre nacionales y extranjeros, creando prerrogativas injustificadas en favor de éstos. Con razón este inciso ha sido suprimido en los proyectos de reformas (BIBILONI, art. 164; Proyecto de 1936, art. 47; Anteproyecto de 1954, art. 88).

1117/530

530. e) Cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos.— En este caso se justifica perfectamente la amplitud de la norma, dado el carácter de la locura y el peligro o incomodidad que implica para terceros, cuyo interés en el juicio es, en esta hipótesis, indudable.

1117/531

531. ORDEN DE PRELACIÓN.— El artículo 144 Ver Texto no establece ningún orden de prelación entre las distintas personas que pueden iniciar el juicio de insania. En consecuencias, cualquiera de ellas puede hacerlo, aunque existan otras enumeradas en primer término por el Código (ver nota 11).

1117/532

532. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN LEGAL.— En principio, la enumeración del artículo 144 Ver Texto debe considerarse limitativa, vale decir, no puede reconocerse el derecho de iniciar el juicio de insania sino a las personas indicadas en aquel precepto. Por consiguiente, no debe admitirse la denuncia hecha por los socios, acreedores, amigos o mandatarios (ver nota 12), no obstante que el interés —sea económico o simplemente afectivo— de estas personas en la interdicción resulta evidente. Es claro que a ellas les queda la posibilidad de hacer la denuncia ante el Ministerio de Menores, a fin de que éste inicie la insania.

Pero el principio de que la enumeración del artículo 144 Ver Texto es limitativa, no debe interpretarse en forma tan rigurosa que impida reconocer el derecho de iniciar el juicio de insania al tutor, aunque no sea pariente, pues su deber de velar por su pupilo lo obliga, en ciertos casos, a hacer la correspondiente denuncia (ver nota 13). Del mismo modo, no puede negarse el derecho del propio insano a pedir su interdicción. Puede ocurrir, en efecto,

que su enfermedad mental o física no le impida advertir su incapacidad y su necesidad de amparo judicial; en tal caso, y comprobada aquélla, el juez debe dar curso a su pedido (ver nota 14).

(nota 1) SPOTA constituye la única disidencia sobre este punto; sostiene que el cónyuge inocente conserva el derecho a pedir la declaración de demencia, puesto que tiene derechos hereditarios (t. 1, vol. 3.2, núm. 864). MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, ps. 281 y s., y LLAMBÍAS, t. 1, n° 745, consideran que si bien el legislador debió reconocer este derecho por lo menos al cónyuge inocente, los términos precisos en que está redactado el art. 144 Ver Texto , inc. 1º, obligan a desconocerlo.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 17/7/1973, J.A., t. 24, p. 291, con nota aprobatoria de MOISSET DE ESPANÉS; C. Civil, 2ª Cap., 8/10/1937, J.A., t. 60, p. 162 y L.L., t. 8, p. 849; ORGAZ, Personas individuales, p. 336; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 821; en contra: un viejo pronunciamiento de la C. Civil de la Cap., 13/10/1900, Fallos, t. 128, p. 289; MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, p. 281; LLAMBÍAS, t. 1, n° 744.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala F, 9/5/1974, E.D., t. 56, p. 541; ORGAZ, Personas individuales, p. 336; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 865; MOISSET DE ESPANÉS, con nota en J.A., t. 24-1974, p. 292; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Separación de hecho entre cónyuges, p. 5. En contra: LLAMBÍAS, t. 1, n° 482 y s.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., 5/5/1930, J.A., t. 33, p. 174. En nuestra doctrina hay una completa uniformidad sobre este punto. En cambio, la jurisprudencia y doctrina francesa niegan el derecho a los parientes afines; véase jurisprudencia citada en Dalloz, Code Civil annoté, 1949, nota al art. 490; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, n° 2407; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, n° 534.

(nota 5) BUSSO, t. 1, coment. art. 144, n° 9; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 870; SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 373, n° 824. MOLINAS considera que los padres no necesitan la autorización judicial para hacer la denuncia, pero sí los otros tutores (Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, ps. 310 y s.). No consideramos justificada esta distinción.

(nota 6) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 25/8/1961, L.L., t. 104, p. 120 y toda la doctrina nacional moderna, con la sola excepción de MOLINAS, quien sostiene que donde la ley no hace distinción, el intérprete tampoco debe distinguir (Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, ps. 303 y s.).

(nota 7) BUSO, t. 1, coment. art. 144, n° 17; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 829; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 873; MOLINAS, Incapacidad civil de los enfermos mentales, t. 1, ps. 306 y s.

(nota 8) C. Civil Cap., 24/11/1867, Fallos, t. 12, p. 219.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 6/12/1929, J.A., t. 31, p. 157; C. Civil, 1ª La Plata, 3/11/1938, L.L., t. 12, p. 1016.

(nota 10) C. Civil, 1ª Cap., 7/8/1929, J.A., t. 31, p. 547; íd., 4/3/1932, J.A., t. 37, p. 975; íd., 23/12/1934, J.A., t. 48, p. 839; C. Civil 2ª Cap., 1/9/1923, J.A., t. 11, p. 754. En el mismo sentido: MOLINAS, t. 1, ps. 271 y s.; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 875; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 831; ORGAZ, Personas individuales, p. 337; LLAMBÍAS, t. 1, n° 747.

(nota 11) LLAMBÍAS, t. 1, n° 746; SPOTA, t. 1, vol. 3.2; ORGAZ, Personas individuales, p. 337.

(nota 12) BUSO, t. 1, coment. art. 144, n° 40 y s.; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 833; LLAMBÍAS, t. 1, n° 750; MONTARCÉ LASTRA, La incapacidad civil de los alienados, p. 96, n° 161; ORGAZ, Personas individuales, p. 338; MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, p. 203; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, n° 534.

(nota 13) De acuerdo: BUSO, t. 1, coment. art. 144, n° 42; MONTARCÉ LASTRA, La incapacidad civil de los alienados, n° 154 y 155; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 833; MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, ps. 310 y s.

(nota 14) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, n° 750; MONTARCÉ LASTRA, La incapacidad civil de los alienados, n° 158; DEMANTE y COLMET DE SANTÉRRÉ, t. 2, n° 253 bis. En contra: MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, ps. 318 y s.; SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 379, n° 834; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, p. 400, n° 534.

533. LA DENUNCIA EN PRINCIPIO ES FACULTATIVA.— Un problema de gran interés es el de si la denuncia de la insania es obligatoria o simplemente facultativa, para las personas enumeradas en el artículo 144 Ver Texto .

Entendemos que la cuestión no puede ser resuelta de una manera general y absoluta. Si el enfermo necesita amparo para su persona o posee bienes, la denuncia es un deber y no solamente un derecho; y tan es una obligación, que el Código Civil reputa indigno del derecho de sucesión al pariente del difunto demente y abandonado que no cuidó de recogerlo o hacerlo recoger en un establecimiento público (art. 3295 Ver Texto). Pero si el demente no posee bienes y está cuidado con afecto por su familia o por personas de su amistad, la denuncia deja de ser obligatoria, porque en tal caso no existe interés jurídico en la comprobación judicial de la enfermedad (ver nota 1).

Esta conclusión es válida no sólo respecto de los parientes, sino también del Ministerio de Menores. Para las personas del pueblo, a que se refiere el inciso 5º del artículo 144 Ver Texto , la denuncia es siempre facultativa, puesto que el propósito de esta norma, a diferencia de los incisos anteriores, es proteger a los terceros y no al insano.

1117/534

534. SERIEDAD DE LA DENUNCIA.— Con el propósito de evitar que el juicio de insania pueda iniciarse con ligereza o con ánimo de provocar situaciones molestas a una persona, los tribunales no dan curso a la denuncia si no tiene visos de seriedad. El artículo 624 Ver Texto , Código Procesal, exige la presentación, junto con la demanda, de dos certificados médicos relativos al estado mental del presunto incapaz; y cuando no fuera posible acompañar el certificado médico porque el presunto insano se haya opuesto o porque medien razones que urgen la iniciación del proceso, el juez deberá requerir la opinión de dos médicos forenses, quienes deberán expedirse dentro de las 48 horas, a cuyo efecto y de acuerdo con las circunstancias del caso podrá ordenarse la internación del presunto insano por el lapso indicado (art. 625 Ver Texto , Cód. Proc.).

(nota 1) LLAMBÍAS, t. 1, n° 746; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, p. 411, n° 872; ORGAZ, Personas individuales, p. 337; MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, p. 326.

1117/535

535. JUEZ COMPETENTE.— Es competente para entender en el juicio de insania el juez del domicilio del presunto insano (arts. 400 Ver Texto y 475 Ver Texto , Cód. Civ.).

1117/536

536. EL CURADOR “AL LITEM”.— Interpuesta la solicitud de demencia —dispone el art. 147 Ver Texto — debe nombrarse para el demandado como demente, un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva.

El curador ad litem, es, pues, parte necesaria y esencial en el juicio de insania; son nulas las actuaciones llevadas a cabo sin su intervención (ver nota 1). El nombramiento debe recaer en un abogado de la matrícula y sus funciones subsistirán hasta que se discierna la curatela definitiva o se rechace la demanda (art. 626 Ver Texto , inc. 1º, Cód. Proc.).

La elección del curador ad litem es una facultad privativa del juzgado; pero debe preferirse a personas que sean extrañas a la familia, como garantía de imparcialidad (ver nota 2).

1117/537

537. LAS PARTES EN EL JUICIO; INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE MENORES.— Hasta la sanción de la ley 14237 los tribunales de la Capital le negaban carácter de parte en el proceso, tanto al insano como al denunciante, sin perjuicio de reconocerle al primero algunos derechos tales como recusar al juez (ver nota 3), deducir la excepción de incompetencia de jurisdicción (ver nota 4), aportar pruebas (ver nota 5), apelar de la sentencia que lo declara insano (ver nota 6). El denunciante sólo podía intervenir a los efectos de aportar al juicio todos los elementos útiles para formar criterio acerca de la insania o del peligro que corren los intereses personales o pecuniarios del presunto enfermo (ver nota 7).

La ley 14237 modificó estos principios jurisprudenciales. Reconoció carácter de parte al cónyuge, los ascendientes y descendientes, los hermanos (art. 69), el curador y el presunto insano (art. 74). Pero el decreto 23398/1956 volvió al régimen anterior. En el juicio sólo eran parte el curador ad litem y el Asesor de Menores. El nuevo Código Procesal ha dado un nuevo paso en este cōrsi e ricōrsi. Son parte el denunciante, el presunto insano, el curador provisional y el Asesor de Menores (arts. 632 y 633).

1117/538

538. CURADOR PROVISORIO A LOS BIENES.— Además del curador ad litem, el juez deberá nombrar un curador provisorio a los bienes, si la demencia apareciera notoria e indudable (art. 148 Ver Texto).

Mientras el curador ad litem debe nombrarse en todo juicio de insania y en la primera providencia, este otro curador sólo puede designarse si concurren las siguientes circunstancias: a) que haya bienes; b) que la demencia aparezca notoria e indudable. Esta medida implica privar al presunto insano de la administración de sus bienes (ver nota 8), aun antes de la declaración judicial de demencia; de ahí que sólo proceda en aquellos casos en que la medida se imponga para evitar graves perjuicios por causa de una demencia que resulta notoria.

En principio, la facultad de designar curador provisorio es privativa del juzgado, que puede nombrar a un miembro de la familia o a un extraño, si lo creyera conveniente. Por lo general, suele recaer la designación en el propio curador ad litem, lo que resulta aconsejable por razones de unidad en el ejercicio de la representación legal y también por economía. Sin embargo, en caso de que el denunciado como demente fuera menor de edad, la designación de curador provisorio a los bienes debe recaer en el padre o la madre o tutor (artículo 149 Ver Texto).

El curador provisorio tomará la administración de los bienes previo inventario (art. 148 Ver Texto) y sus funciones se limitan exclusivamente al aspecto patrimonial. El cuidado de la persona del presunto insano no le compete.

Se discute si estos curadores tienen facultades de administración ordinarias, semejantes a las de los curadores definitivos, o si sólo tienen atribuciones de custodia y conservación de los bienes (ver nota 9). Nos inclinamos por la última opinión, que a nuestro entender es la que mejor conjuga con la naturaleza esencialmente provisorio de esta curatela.

El auto en que se designa curador a los bienes debe decretar la inhibición general del insano y las providencias que fueran pertinentes para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y valores (art. 629 Ver Texto , Cód. Proc.).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 21/6/1963, causa 86.195 (inédita).

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 13/8/1930, J.A., t. 33, p. 1071; íd., 15/9/1920, J.A., t. 5, p. 237; íd., 20/4/1942, J.A., 1942-II, p. 472.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 11/12/1936, L.L., t. 5, p. 858; íd., 28/8/1941, L.L., t. 24, p. 6. La jurisprudencia anterior era contraria a este derecho: C. Civil 2ª Cap., 16/6/1921, J.A., t. 6, p. 639.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 17/12/1930, J.A., t. 34, p. 1160.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 27/12/1934, J.A., t. 48, p. 840; C. Civil 2ª Cap., 26/11/1926, J.A., t. 23, p. 327.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 12/6/1920, J.A., t. 4, p. 488.

(nota 7) BUSSO, t. 1, coment. art. 147, n° 60.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala C, 8/5/1980, L.L., 1980-D, p. 372 y J.A., 1981-I, p. 408 (el Tribunal declaró que el presunto insano es incapaz para realizar esos actos).

(nota 9) En el primer sentido: C. Fed. Bahía Blanca, 5/4/1935, J.A., t. 50, p. 48; Sup. Corte Tucumán, 2/9/1954, L.L., t. 77, p. 371; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 906. En favor de la segunda opinión: LLAMBÍAS, t. 1, n° 753; ORGAZ, Personas individuales, p. 344; SALVAT, n° 854; BUSSO, t. 1, art. 148, n° 28.

1117/539

539. EL DICTAMEN MÉDICO.— La pericia médica es la prueba fundamental en el juicio de insania; el Código Civil le atribuye tanta importancia que dispone que la declaración de demencia no podrá hacerse sino después de un examen de facultativos (art. 142 Ver Texto). En ningún caso puede prescindirse de ella, aunque la demencia fuera notoria y el enfermo estuviese internado en un hospicio (ver nota 1).

El juez designará de oficio tres médicos psiquiatras o legistas, quienes deben expedirse dentro de los treinta días (art. 626 Ver Texto , Cód. Proc.).

La Cámara Civil de la Capital decidió que la ley no admite otras designaciones que las de oficio y rechazó el perito propuesto por la cónyuge denunciante (ver nota 2). Estamos de acuerdo en que la denunciante no tiene derecho a proponer perito médico, pues el

procedimiento establecido en la ley no se dirige a proteger sus intereses, sino los del presunto insano (ver nota 3). Y la práctica pone de manifiesto que muchas veces estas denuncias están inspiradas más en pasiones e intereses que en el deseo de proteger al presunto insano; si el propósito es sólo éste, basta con los médicos designados de oficio. En cambio pensamos que no puede negarse a la persona cuya capacidad jurídica está en cuestión la elemental garantía de poder proponer un médico de su confianza (ver nota 4).

El dictamen médico no puede limitarse a expresar si el enfermo está o no demente; debe, además, calificar la enfermedad, encuadrándola dentro de una clasificación científica (art. 143 Ver Texto). Es ésta otra garantía para el denunciado, pues asegura que el examen se ha hecho con prolijidad y conciencia.

El Código Procesal dispone además que los médicos deberán expedirse con la mayor precisión posible sobre los siguientes puntos: diagnóstico, fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó, pronóstico, régimen aconsejable para la protección y asistencia del insano y si hay necesidad de internarlo (art. 631 Ver Texto).

1117/540

540.— ¿Son obligatorias para el juez las conclusiones del dictamen médico? En principio, la respuesta debe ser negativa; la pericia psiquiátrica es una prueba que, como todas, debe ser sopesada por el magistrado, quien conserva siempre su libertad de juicio. Empero, es necesario reconocer que, en este caso particular, la pericia médica asume una importancia relevante y que si los dictámenes de los peritos fueran concordantes y categóricos, el juez no podría en la práctica apartarse de ellos. Es claro que si las opiniones de los médicos resultaran divergentes, podrá escoger la que a su juicio ofrezca un desarrollo más razonable y convincente o que esté más de acuerdo con las otras pruebas que se hubieran aportado a la causa.

Pero no debe confundirse el juicio de insania, en que los médicos dictaminan sobre una enfermedad actual, apreciada directamente, con la hipótesis de que se cuestione el estado mental de una persona en el momento de celebrar un acto anterior cuya validez se impugna. En este caso y, sobre todo si el enfermo ha fallecido a la época de la pericia, la fuerza probatoria del dictamen médico es, desde luego, más débil (véase núm. 562).

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 27/6/1934, J.A., t. 46, p. 997; C. Civil 2ª Cap., 6/5/1925, J.A., t. 15, p. 877.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 6/8/1954, L.L., t. 76, p. 568.

(nota 3) Rectificamos así, luego de una nueva consideración del tema, la opinión que sostuvimos en nuestra 2ª edición.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 7/10/1920, G.F., t. 29, p. 269; C. Civil 2ª Cap., 22/6/1928, J.A., t. 27, p. 1001.

1117/11880

540 bis. TRANSFORMACIÓN DEL JUICIO POR INHABILITACIÓN EN INSANIA.— Puede ocurrir que iniciado el juicio por inhabilitación el dictamen médico ponga de relieve una verdadera insania. En tal caso, el juicio, a pedido de parte legitimada para hacerlo, se transforma en juicio de insania, aunque esta no se haya pedido inicialmente (ver nota 1).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala E, 31/7/1973, J.A., t. 20-1973, p. 273; MOISSET DE ESPANÉS, J.A., t. 12-1971, p. 208.

1117/11160

§ 3.— Efectos de la declaración de insania (ver nota 1)

1117/11170

A.— INTERDICCIÓN

1117/541

541. DESIGNACIÓN DE CURADOR.— La declaración de demencia, convierte al enfermo en un incapaz de jure: queda interdicto. El artículo 472 Ver Texto expresa que a partir de ese momento serán de ningún valor los actos de administración que realice, lo cual implica, naturalmente, los de disposición; pero, además, la incapacidad no sólo comprende los actos patrimoniales, sino también los extrapatrimoniales (art. 54 Ver Texto , inc. 3º).

Para el cuidado de su persona y de sus bienes, se le designa un curador (arts. 468 Ver Texto , 475 Ver Texto y 481 Ver Texto).

La institución de la curatela, sus efectos, las obligaciones y derechos que engendra, son materia propia del derecho de familia, al cual remitimos.

1117/542

542. ACTOS CELEBRADOS POR EL INSANO.— En el estudio de los efectos de la declaración de demencia sobre los actos realizados por el insano, es necesario distinguir los anteriores y los posteriores a ella.

1117/543

543. a) Actos anteriores a la declaración.— Los actos anteriores a la declaración de demencia son, en principio válidos, lo que es natural, porque en el momento de la celebración no pesaba sobre el otorgante ninguna interdicción. Sin embargo, el artículo 473 Ver Texto , 1er. párrafo, dispone que podrán ser anulados si la causa de la interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados.

Como la interpretación de esta norma había originado dudas (ver nota 2), la ley 17711 le agregó un párrafo que en parte la aclara y en parte la modifica, acentuando la protección de los terceros de buena fe. El agregado dispone: 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.

Por consiguiente, para que la acción de nulidad entablada por el representante o los sucesores del demente (o éste mismo si curase) pueda prosperar, es necesario demostrar: a) Que la demencia existía a la época en que el acto fue otorgado. b) Que era pública o notoria. Si, en cambio, la demencia no era notoria, el impugnante del acto deberá demostrar, además de la demencia, que el acto era gratuito o que el otro contratante tenía conocimiento de la enfermedad mental, pues en este caso no podrá pretender que obró de buena fe.

De lo que se trata es de garantizar la seguridad del comercio jurídico: quien contrata de buena fe y a título oneroso con una persona adulta, debe estar protegido contra el peligro de que luego se declare la nulidad del acto. De lo contrario, no habría seguridad en los negocios. Pero repetimos, se exige buena fe. Por ello basta la demencia, aunque no tuviera

pública notoriedad, si tenía conocimiento de ella la persona que contrató con el insano (ver nota 3). Pero si la demencia era pública, el acto es anulable aunque el otro contratante no la hubiera conocido o no se hubiera dado cuenta de ella (ver nota 4); en otras palabras, la notoriedad de la demencia hace presumir la mala fe de la otra parte, sin que se admita prueba en contrario.

La ley no protege los contratos a título gratuito; respecto de ellos, basta probar la demencia, aunque no sea notoria. Está bien que así sea. Cuando se protege al adquirente a título oneroso, lo que está en juego, ya lo dijimos, es la seguridad de los negocios, del comercio jurídico. Pero este fundamento no existe en los actos a título gratuito. El tercero contratante no da nada a cambio de lo que recibe. Es justo en este caso que la ley ampare el demente y no a quien se ha beneficiado indebidamente con el acto de un loco.

Se ha declarado que si la prueba de la demencia fuera dudosa, hay que inclinarse por la validez del acto; así lo exige una elemental razón de buen sentido (ver nota 5).

1117/544

544. b) Actos posteriores a la declaración.— Los actos realizados por el insano con posterioridad a la sentencia definitiva son nulos (art. 472 Ver Texto). En el sistema del Código Civil, este principio era absoluto y se aplicaba fuera o no notoria la demencia. Pero la ley 17711 ha introducido en este punto una importante reforma, sentando el mismo principio que respecto de los actos celebrados antes de la declaración de insania: si la demencia no es notoria no puede hacerse valer contra el contratante de buena fe y a título oneroso (art. 473 Ver Texto , 2º párr.). Es siempre el principio social de la seguridad de los negocios prevaleciendo sobre el criterio de protección del demente.

No obstante la claridad de los términos de la ley, se ha sostenido que si la demencia estaba judicialmente declarada, el acto es nulo, aunque la demencia no fuera notoria; el tercero no podría invocar su buena fe, porque como la sentencia de interdicción se inscribe en el Registro de Estado Civil, él tenía el medio de cerciorarse de si la persona con la cual se proponía contratar era o no capaz; y si no lo hizo no puede ampararse en su omisión para pretender la nulidad (ver nota 6). El argumento carece de razonabilidad. A nadie se le ocurre antes de firmar un contrato pedir un informe al Registro de Estado Civil, y la omisión de tan inusual trámite no puede constituir prueba suficiente de la mala fe.

Sin embargo, es necesario destacar una diferencia importante entre los actos anteriores y los posteriores a la declaración de demencia. Los primeros se reputan válidos de tal modo que es el representante del insano quien debe probar: 1) la demencia en el momento de la celebración del acto; 2) su carácter notorio o el conocimiento de la demencia por el tercero contratante o el carácter gratuito del acto.

Los actos posteriores a la declaración, en cambio, son en principios nulos. Por consiguiente, es el tercero contratante quien debe probar que esa nulidad no le es oponible, y para ello debe acreditar que la demencia no era notoria y que el acto fue oneroso. No necesita probar la buena fe, porque ésta se presume; pero el representante o los sucesores del insano (o éste mismo, si hubiera curado) pueden excepcionarse demostrando la mala fe del tercero, es decir, que éste tenía conocimiento de la demencia, aunque ella no fuera notoria.

En este caso no puede haber dudas (que pueden existir en el anterior) acerca de si existía o no demencia en el momento de la celebración del acto, pues ella está declarada judicialmente. En cambio, puede haber dudas acerca de si era notoria o no. Consideramos que esta duda debe resolverse en contra de la validez del acto porque en este caso el principio es la nulidad.

Hay que agregar que, por excepción, los dementes deben reputarse capaces para celebrar lo que nosotros hemos llamado pequeños contratos: comprar al contado mercaderías de poco valor, tales como cigarrillos, golosinas, pan; contratar su propio transporte en los medios colectivos de pasajeros, tranvías, ómnibus, etcétera; comer y beber en confiterías y restaurantes; adquirir entradas para espectáculos públicos, teatros, cinematógrafos, etcétera.

Estos contratos, que considerados aisladamente tienen escaso valor económico, pero en su conjunto son de importancia fundamental en la vida en sociedad, pueden ser válidamente realizados por los dementes. Así lo ha impuesto una costumbre jurídica (sobre este punto, véase núm. 489).

En cuanto a los testamentos otorgados con posterioridad a la declaración de insania durante un intervalo lúcido, nos remitimos al número 548.

544-1. c) Actos celebrados durante el juicio de insania.— Una situación singular se presenta durante el trámite del juicio de insania, cuando se ha nombrado curador provisorio a los bienes. El presunto insano no está todavía declarado demente, pero ha sido separado de la administración de sus bienes al designársele el curador. Como no es posible reconocer simultáneamente la validez de los actos del curador y del presunto insano, forzoso es admitir que los actos de éste adolecen de nulidad (ver nota 7). Es decir, estos actos se encuentran en igual condición que los celebrados por el demente después de la declaración de insania. Nos referimos, claro está, a la órbita patrimonial, única afectada con la designación del curador a los bienes; en lo restante, el presunto insano conserva su capacidad hasta la sentencia que lo declara tal.

Esta nulidad de los actos otorgados por el demente debe reputarse sujeta a una condición resolutoria: si luego la sentencia lo declara sano, los actos realizados durante el proceso son plenamente válidos (ver nota 8).

544-2. PRUEBA DE LA FECHA.— El acto otorgado por una persona luego declarada demente, ¿prueba la verdad de su fecha? Algunos autores se inclinan por considerar que si el acto no adquiere fecha cierta anterior a la demanda, debe reputarse nulo (ver nota 9), pues de lo contrario es muy sencillo hacer firmar a un loco un documento antedatado, con lo que se podría consumir su despojo. Pero ha prevalecido, con razón, el sistema contrario. La fecha cierta juega sólo respecto de terceros, y aquí se trata de las partes. Y no es posible que por evitar el peligro de la antidata se caiga en otro mayor: convertir en impugnables todos los documentos suscriptos por una persona cuerda que luego enferma. Sin perjuicio, claro está, del derecho del insano, su curador o herederos, de demostrar que la fecha que consta en el documento es falsa, para lo cual debe admitirse todo género de pruebas (ver nota 10).

1117/545

545. CARÁCTER DE LA NULIDAD.— Los actos celebrados por un demente después de la sentencia definitiva de interdicción, son nulos (art. 1041 Ver Texto); los celebrados con anterioridad son simplemente anulables (art. 1045 Ver Texto), puesto que para declarar la nulidad es necesaria una investigación de hecho y una valoración judicial de la prueba producida (véase núm. 1244). Sobre este punto no existen divergencias doctrinarias.

1117/546

546.— Sí las hay, en cambio, en la cuestión referente a si la nulidad de los actos celebrados por los dementes es absoluta o relativa. Algunos autores sostienen que la nulidad es siempre absoluta, hayan sido los actos celebrados con anterioridad o con posterioridad a la sentencia de interdicción (ver nota 11). Para otros, los actos celebrados después de la sentencia adolecen de nulidad absoluta; en cambio, los anteriores o los que realicen dementes no declarados tales, son relativamente nulos (ver nota 12). Finalmente, una tercera opinión sostiene que la nulidad tiene siempre carácter relativo (ver nota 13).

Por nuestra parte, adherimos sin vacilaciones a esta última tesis. Es indiscutible que la nulidad establecida por la ley respecto de estos actos, tiene un fin tutelar de los intereses del insano. Y si el contrato celebrado por éste, haya sido o no declarado demente, resulta conveniente a sus intereses, ¿por qué razón no ha de poder confirmarse? ¿Cómo se justificaría que el juez, aun de oficio, declarase la nulidad de un acto que resulta beneficioso para el insano? Las nulidades absolutas tienen siempre un fundamento de orden público; la ley autoriza al juez a que las declare de oficio porque la sociedad no puede tolerar que se mantenga vigente un acto que resulta repugnante a la moral, a las buenas

costumbres, a las leyes imperativas. Si, por vía de ejemplo, se tratare de un contrato en que se ha constituido una sociedad con fines ilícitos, el acto no podría confirmarse jamás y el juez debe declarar su invalidez, cualquiera que sea la voluntad de las partes, porque hay algo repugnante al orden jurídico, cuyo mantenimiento no puede tolerarse. No es éste, por cierto, el caso de los actos celebrados por los dementes, que, sin duda alguna, son susceptibles de confirmación (para mayores desarrollos de este tema, véase núm. 1255).

1117/547

547. EL CASO DE MATRIMONIO.— Respecto del matrimonio contraído por un insano, la posibilidad de confirmarlo por la cohabitación posterior a la recuperación de la salud, ha sido expresamente establecida por el artículo 220 Ver Texto , inciso 2º, que coincide con la solución que establecía el artículo 90 , inciso 2º, de la derogada ley 2393.

1117/548

548. INTERVALOS LÚCIDOS: EL TESTAMENTO.— La cuestión de los intervalos lúcidos, a la que ya nos hemos referido (núm. 520), presenta una singular importancia en materia testamentaria. En efecto; el artículo 3615 Ver Texto dispone que podrán testar los dementes durante un intervalo lúcido, siempre que sea suficientemente cierto y prolongado como para asegurarse de que la enfermedad ha cesado por entonces.

La doctrina nacional se halla profundamente dividida en la interpretación de este artículo. Para unos, la norma sólo se refiere a los dementes de hecho, vale decir, a los no interdictos (ver nota 14). Para otros, en cambio, alude tanto a los declarados como a los no declarados dementes (ver nota 15).

Por nuestra parte, adherimos a esta última opinión. La ley se ha referido a los dementes en general, sin establecer distinción alguna entre los que estén o no declarados, y es lógico que así sea. El fin de esta disposición es muy claro: convalidar las disposiciones testamentarias, siempre que el juez tenga el convencimiento de que, en el momento de otorgarlas, el testador estaba en pleno uso de su razón. No interesa que haya o no sentencia de interdicción; lo fundamental es que cuando redactó su testamento, el otorgante estaba capacitado mentalmente para ello. Si no existiera esta disposición, no tendrían solución casos como el siguiente: supóngase que un demente declarado tal curase de su enfermedad. Inicia el juicio de levantamiento de la insania, es revisado por los médicos, quienes se pronuncian categóricamente en el sentido de que está restablecido; pero antes de dictarse la sentencia, fallece. Aun cuando el testamento se hubiera otorgado después del examen médico, de ser exacta la tesis que combatimos, debería declararse su nulidad. No vemos qué razones legales o de justicia pueden invocarse en apoyo de esta solución. El argumento de que el demente es un incapaz absoluto, lo que lo inhibiría de realizar cualquier acto

jurídico —inclusive el testamento—, carece de solidez, pues no son pocos los actos que aquellos incapaces pueden realizar (véase núm. 459).

1117/549

549.— El testamento es el único acto que el demente puede efectuar durante un intervalo lúcido: en consecuencia, no puede celebrar contratos, casarse (ver nota 16), ni reconocer hijos extramatrimoniales. Sin embargo, si el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales fuera hecho por testamento, sería válido (ver nota 17).

1117/11890

549 bis. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.— Está fuera de cuestión que los actos celebrados por los dementes son nulos, aunque con la importante excepción del artículo 473 Ver Texto , 2º párrafo (véase núm. 544). Pero cabe preguntarse si tratándose de un contrato válido, sea por haberse celebrado antes de la enfermedad, por haberlo suscripto el curador, etcétera, el demente es responsable por la inejecución de las obligaciones.

Aquí se impone distinguir entre diversos tipos de obligaciones:

- a) Las que pueden ser cumplidas por el representante legal a nombre del demente, como, por ejemplo, pagar una suma de dinero. Aquí la responsabilidad surge del mero incumplimiento; no se requiere dolo ni culpa. El demente responde.
- b) Las que exigen una actuación personal ineludible del demente, por ejemplo, la obligación de pintar un retrato. Es claro que la demencia del pintor debe reputarse un caso fortuito eximente de responsabilidad.
- c) Las que imponen un deber general de prudencia y diligencia. También en este supuesto debe eximirse de responsabilidad al insano, de quien no cabe pedir que cumpla con un deber (ver nota 18).

Estas reglas son de aplicación tanto a los dementes declarados como a los que no lo están.

1117/550

550. RESPONSABILIDAD POR HECHOS ILÍCITOS.— Como principio, los insanos carecen de responsabilidad por los perjuicios que causaren por sus hechos ilícitos (art. 1076 Ver Texto), salvo que sean realizados en un intervalo lúcido, estén o no declarados dementes (art. 1070 Ver Texto).

Esta solución es congruente con el fundamento exclusivo que en nuestro Código tenía la responsabilidad civil, que según el principio general del artículo 1067 Ver Texto debe basarse en el dolo o culpa del autor del hecho. Y como los actos realizados por dementes se reputan sin discernimiento (art. 921 Ver Texto), y son, por consiguiente, involuntarios (art. 1070 Ver Texto), es natural que no surja de ellos ninguna responsabilidad.

Pero por muy lógica que resulte esta solución, según el sistema del Código, es preciso reconocer que es muy injusta. Un ejemplo, ya clásico en la literatura jurídica, lo demuestra: un demente millonario mata con su automóvil, a causa de su manejo imprudente, a un padre de familia pobre, único sostén de su mujer e hijos. La justicia de que se lo obligue a pagar la indemnización resulta en este caso a todas luces evidente (ver nota 19). Nuestro Código ha querido suplir esa irresponsabilidad con la responsabilidad del curador (art. 1117 Ver Texto); pero el remedio no siempre es eficaz, porque los dementes no declarados no tienen curador, y en cuanto a los interdictos, a veces el curador queda exento de culpa (lo que ocurre siempre que probare que le ha sido imposible impedir el hecho ilícito de su curado, art. 1116 Ver Texto), y, otras veces, su solvencia puede no ser suficiente para cubrir la indemnización de los daños y perjuicios.

1117/551

551.— La ley 17711 ha introducido dos reformas capitales que cambian fundamentalmente el sistema del Código. La regla de la irresponsabilidad de los dementes sigue en pie, pero se han admitido dos excepciones que manejadas con amplitud y generosidad por los jueces, están destinadas a cubrir e invalidar, por lo menos en gran extensión, aquella regla.

a) La primera reforma es un agregado al artículo 97 Ver Texto , que en su primera parte refirma el principio de la irresponsabilidad por los actos involuntarios, haciendo la excepción del enriquecimiento sin causa. El agregado introducido por la ley 17711 expresa: Los jueces podrán también disponer un resarcimiento en 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. Vale decir, que el resarcimiento resulta no tanto del hecho en sí mismo sino de una razón de equidad. Es un arbitrio al que se ha apelado, a semejanza de otras legislaciones (Cód. Civ. alemán, art. 829; italiano, art. 2047; portugués, art. 489; ley belga del 16 de abril de 1935; Código soviético, art. 406; polaco, art. 143; peruano, art. 1977; venezolano, art. 1178; paraguayo, art. 1850; suizo, art. 54), para resolver conforme a justicia los casos en que la privación de indemnización es especialmente irritante, como ocurre cuando el insano es rico y la víctima pobre. Si, por el

contrario, la víctima es rica y el autor del hecho pobre, no habrá indemnización. Entre estos dos extremos cabe una serie de gradaciones, que permiten al juez moverse con gran flexibilidad para fijar la indemnización equitativa teniendo en cuenta los patrimonios del autor del hecho y de la víctima.

b) La segunda reforma consiste en la introducción de la teoría del riesgo en el artículo 1113 Ver Texto . Luego de afirmar que el dueño o guardián de la cosa que hubiera producido un daño sólo podrá eximirse de responsabilidad probando que de su parte no hubo culpa, agrega: pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Es, pues, una responsabilidad sin culpa, que compromete al dueño de la cosa riesgosa o viciosa. El demente responderá, no ya como autor del hecho, sino como dueño o guardián de la cosa con que se hizo el daño. Es la solución que ya algunos autores habían sostenido antes de la reforma (ver nota 20) y que hoy es incontrovertible en nuestro derecho (ver nota 21).

Cabe agregar que ya antes de la sanción de la ley 17711 , y con el buen propósito de escapar a la justicia del principio de la irresponsabilidad de los dementes, la Sala E de la Cámara Civil de la Capital había resuelto que quien no obstante su deficiente estado de salud se impone dietas excesivas y un régimen de vida anormal que lo lleva a un estado de demencia en el cual comete un hecho delictuoso, responde civilmente, pues hay evidente analogía con la embriaguez provocada (ver nota 22).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en la nota 796, véase: BUTELER, J.A., Situación del demente, Bol. Inst. Derecho Civil de Córdoba, 1943, n° 1 y 2; LEÓN, P., A propósito de la capacidad para testar del alienado interdicto y otras cuestiones conexas, Bol. Inst. Derecho Civil de Córdoba, enero-marzo 1944, p. 7; PRAYONES, E., y DASSEN, J., Testamento. Intervalos lúcidos, Buenos Aires, 1928.

(nota 2) En efecto habían surgido dudas sobre la interpretación del artículo 473 Ver Texto . La doctrina tradicional y largamente predominante era que antes de la declaración de demencia, sólo podía impugnarse el acto si la insania era notoria: BUSSO, t. 2, art. 473, n° 8; SPOTA, nota en J.A., 1953-I, p. 140; MACHADO, t. 2, p. 124; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 1, n° 697; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 1, n° 687. Empero, la Sala A de la C. Civil Cap., con nuestra disidencia, resolvió que aunque la demencia no fuera pública, había nulidad si se prueba la falta de discernimiento en el momento de la celebración (6/12/1960, causa 58.799, Doct. Jud., del 28/12/1960; íd., 13/9/1962, J.A., 1963-III, p. 55). De conformidad con la doctrina de este fallo, véase LLAMBIÁS, t. 1, n° 769.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 21/9/1952, J.A., 1953-I, p. 140, con nota de SPOTA; C. Civil Cap., Sala B, 1/4/1954, L.L., t. 74, p. 584; C. Civil 1ª Cap., 16/12/1945, L.L., t. 38, p. 582; C. 1ª Apel. La Plata, 30/6/1942, L.L., t. 27 p. 129; voto del doctor SALVAT, 4/5/1925, G. F., t. 46, p. 41; en el mismo sentido, ORGAZ, Personas individuales, p. 353; MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 2, p. 174.

(nota 4) Sobre este punto no hay disidencia; véase ORGAZ, Personas individuales, p. 353; MONTARCÉ LASTRA, La incapacidad civil de los alienados, p. 200, n° 359; MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 2, p. 167.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A. 9/12/1960, causa 60.918 (inérita).

(nota 6) ZANNONI, Anulabilidad de los actos celebrados por el insano, L.L., t. 149, p. 950 (autor que cita la opinión coincidente de GUASTAVINO): íd., Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 254. De acuerdo con nosotros, GARRIGA y ANDORNO, Reforma al Código Civil, p. 103.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 13/10/1959, L.L., t. 97, p. 38; LLAMBÍAS, t. 1, n° 723; SPOTA, t. 1., vol. 3.2, n° 906.

(nota 8) Fallo cit., en nota anterior; LLAMBÍAS, loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) MACHADO, t. 2, p. 125, quien cita en su apoyo a GARCÍA GOYENA.

(nota 10) De acuerdo con esta solución: BAUDRY LACANTINERIE, Des personnes, t. 5, n° 931; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 1, n° 696 y jurisprudencia francesa allí citada.

(nota 11) ORGAZ, Personas individuales, ps. 355 y s.

(nota 12) SPOTA, t. 1, vol. 3.2, ps. 262 y s., n° 818; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 2636 y 2637; BUSSO, t. 2, coment. art. 85 ley mat. civil, n° 30; MONTARCÉ LASTRA, La incapacidad civil de los alienados, n° 363 y 374; LAFAILLE, Familia, p. 549, n° 776.

(nota 13) En este sentido se ha pronunciado la C. Civil de la Cap., Sala A, en un importante fallo confirmatorio de la sentencia de primera instancia dictada por nosotros (L.L., t. 71, p. 340, y J.A., 1953-III, p. 473). En el mismo sentido: LLAMBÍAS, Diferencia

específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos, L.L., t. 50, p. 876, n° 8, nota 16; MAZZINGHI, J.A., Acerca de la nulidad de los actos celebrados por dementes, Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, julio-agosto 1950; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., 1953-III, p. 443. Esta es, además, la opinión casi unánime de la doctrina francesa, que admite la confirmación de los actos celebrados por dementes: COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 2ª ed., t. 1, p. 685, n° 370; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Des personnes, t. 5, n° 896 y 901; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 1, p. 523; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 1, ps. 406 y s., n° 545. El autor citado en último término sostiene la peregrina doctrina de que los actos celebrados después de la declaración de demencia son simplemente anulables y, en cambio, los anteriores son inexistentes; en sentido semejante, aunque con la salvedad de que la jurisprudencia no ha aceptado esta opinión: PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 1, n° 724 (véase también p. 643, n° 870). En el derecho italiano no hay duda acerca de que la nulidad de los actos celebrados por dementes es relativa y por consiguiente susceptible de confirmación: DEGNI, Le persone fisiche, ps. 20 y s., n° 8.

(nota 14) MACHADO, t. 3, p. 132; PRAYONES y DASSEN, Testamento. Intervalos lúcidos, Buenos Aires, 1928; LLAMBÍAS, t. 1, n° 768; LAFAILLE, Sucesiones, t. 2, n° 268 y s.; MONTARCÉ LASTRA, n° 367 y s.; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, ps. 265 y s., n° 819; LEÓN, P., A propósito de la capacidad para testar del alienado interdicto, Bol. Inst. Derecho Civil, Córdoba, año 9, n° 1, ps. 7 y s.; CICHERO TEZANOS PINTO, Testamentos otorgados por el interdicto en un intervalo lúcido, Rev. Fac. Derecho de Buenos Aires, t. 10, ps. 32 y s.

(nota 15) ORGAZ, Personas individuales, p. 359; MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 2, ps. 197 y s. (con amplio y convincente desarrollo del tema); SEGOVIA, t. 1, nota al art. 992; RÉBORA, Sucesiones, t. 2, n° 358; FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 167; CALATAYUD, P., ¿Pueden testar los dementes interdictos?, Revista de Derecho Civil, t. 1, p. 295; voto del doctor TOBAL en el fallo de la C. Civil 1ª Cap., 16/5/1932, J.A., t. 39, p. 209.

(nota 16) Véase, sin embargo, la opinión aislada de RÉBORA, según la cual es válido el matrimonio celebrado en intervalo lúcido: Instituciones de la familia, t. 2, ps. 69 y 152.

(nota 17) MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 2, p. 240.

(nota 18) De acuerdo: MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, 2ª ed., t. 1, n° 677 y 678; en el mismo sentido, fallo del Tribunal de Pau, con comentario favorable de LAGARDE, P., quien se pronuncia por el abandono definitivo del principio de la irresponsabilidad de los dementes (Revue Trimestrielle, abril-junio 1952, p. 216).

(nota 19) Respecto de la injusticia de la solución de nuestra ley, la opinión es unánime. Lo mismo ocurre con la doctrina francesa, ante el problema similar que se plantea en aquel derecho.

(nota 20) SPOTA, t. 1, vol. 3.2, p. 275, n° 822; MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 7ª ed., t. 2, n° 1136 y 1300. Cabe añadir que los tratadistas franceses no incurrir en la contradicción aludida en el texto, pues sostienen la amplia responsabilidad de los dementes.

(nota 21) De acuerdo: LEONFANTE, nota en L.L., t. 148, p. 1266, g. La jurisprudencia francesa registra un interesante caso. Un demente mató de un balazo a una persona. La esposa de la víctima reclamó daños y perjuicios alegando que el balazo era un “hecho de la cosa”, para eludir así la jurisprudencia que sostiene la irresponsabilidad de los alienados. Y el Tribunal de Toulouse aceptó esta tesis, juzgando que la responsabilidad del guardián de una cosa se funda en el riesgo y es independiente de toda falta (*Revue Trimestrielle*, abril-junio 1952, p. 221).

(nota 22) C. Civil Cap., Sala E, 30/7/1959, causa 54.995.

1117/11180

B.— INTERNACIÓN (ver nota 1)

1117/552

552. EN QUÉ CASOS PROCEDE.— Otra consecuencia posible de la declaración de demencia es la internación del enfermo. Pero esta medida sólo puede tomarse en los casos en que sea de temer que, usando de su libertad, se dañe a sí mismo o dañe a otros (art. 482 Ver Texto).

Se trata, pues, de una resolución de carácter excepcional, que sólo se justifica en caso de que sea estrictamente indispensable, teniendo en mira la protección del enfermo o de terceros (ver nota 2).

Si bien en principio la internación sólo procede una vez declarada la demencia, el juez podrá disponerla antes de dictar la sentencia, cuando el peligro para sí o para terceros fuere notorio (ver nota 3) (art. 629, Cód. Proc.).

Más aún, incluso las autoridades policiales pueden disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieran dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública; la internación debe hacerse previo dictamen del médico oficial (art. 482 Ver Texto , Cód. Civ.).

1117/11900

552 bis. INTERNACIÓN CON FINES DE TRATAMIENTO.— Aunque el estado del enfermo no justifique la declaración de demencia, el juez puede disponer la internación de quienes tengan trastornos mentales, o sean alcoholistas crónicos o toxicómanos, para su asistencia en establecimientos adecuados (art. 482 Ver Texto). Esta disposición, introducida por la ley 17711 , viene a llenar un evidente vacío. Muchas veces la enfermedad, el alcoholismo o la toxicomanía son curables, pero al paciente le falta voluntad para internarse o siente vergüenza de hacerlo. La ley viene así a protegerlo de sí mismo.

Esta internación debe ser dispuesta a pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 Ver Texto (véase núms. 525 y sigs.), previo dictamen médico del que resulte la necesidad o gran conveniencia de la internación, que debe ser adecuada (art. 482 Ver Texto), es decir, apropiada para un tratamiento eficaz.

En el auto que disponga la internación debe designarse un defensor especial para asegurar que aquélla no se prolongue más de lo indispensable y aun para evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos (art. 482 Ver Texto , in fine).

Cuando la ley habla de debida asistencia se refiere a que las personas obligadas a los alimentos estén en condiciones de prestarle la misma asistencia que en un sanatorio; no basta, pues, tener recursos económicos; en todo caso, la fortuna del pariente con obligación alimentaria puede mejorar la categoría del establecimiento en que se lo interne. Habrá tipos de dolencias que permitan evitar la internación; pero otros, especialmente la de los alcoholistas y toxicómanos, la hacen generalmente inevitable.

La ley 22914 , con vigencia para la Capital Federal, Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur ha reglamentado prolijamente las disposiciones a que debe ajustarse la internación y las medidas impuestas para que ésta no se prolongue más allá de lo indispensable.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 796, véase: COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., ps. 667 y s., n° 853 y s.; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed., La Habana, t. 1, n° 707 y s.; WEIHOFEN, H., La hospitalización de dementes, Michigan Law Review, vol. 50, n° 6, abril de 1952, p. 837.

(nota 2) C.S.N., 16/11/1923, J.A., t. 11, p. 938.

(nota 3) C. Fed. Cap., 25/6/1924, G.F., t. 51, p. 35; C. Crim. y Correc. Cap., 19/8/1924, J.A., t. 13, p. 877. En estos dos casos se rechazaron sendos recursos de habeas corpus, por hallarse en trámite el juicio de insania, lo que implica reconocer que era lícita la internación ordenada por el juez. De acuerdo: BUSSO, t. 2, coment. art. 480, n° 23. Sin embargo, la C.S.N. ha declarado procedente el recurso de habeas corpus, en favor de un supuesto insano internado contra su voluntad en un sanatorio de enfermos mentales (25/11/1954, J.A., 1954-IV, p. 370).

1117/11190

§ 4.— Cesación de la incapacidad

1117/553

553. CUÁNDO PROCEDE.— El levantamiento de la internación procede cuando el enfermo se halla restablecido completamente (art. 150 Ver Texto). Para ello es necesaria una declaración judicial, previo examen practicado por facultativos y con audiencia del Ministerio de Menores (art. cit. y art. 635 Ver Texto , Cód. Proc.).

La Cámara Civil de la Capital ha declarado que no está completamente curado y que no procede, por tanto, el levantamiento de la interdicción, si los médicos, no obstante llegar a la conclusión de que no se trata de un demente, afirman que padece de una debilidad mental profunda (ver nota 1). De este fallo se desprende la siguiente distinción: para declarar la demencia no basta una simple debilidad mental; en cambio, para mantener una interdicción anteriormente decretada, sí. La distinción es ilógica: un mismo estado mental debe tener siempre iguales consecuencias jurídicas. Pero es preciso reconocer que el fallo se inspiró en el deseo y quizá la necesidad de proteger a un semialienado, cuando la ley no brindaba aún remedio para esa situación.

1117/554

554. QUIÉNES PUEDEN PEDIRLO.— Pueden pedir el levantamiento de la interdicción todas las personas a las que el artículo 144 Ver Texto autoriza a solicitar la declaración de demencia, hayan o no sido las que pidieron ésta. Sólo se exceptúan las personas del pueblo, a que se refiere el inciso 5º de la mencionada disposición legal, porque el interés de éstas en la insanía concluye con la internación (ver nota 2). Del mismo modo pueden hacerlo los curadores, que no sólo tienen el derecho sino también el deber de pedirlo, cuando el enfermo haya curado (art. 481 Ver Texto). Y por último, debe reconocerse ese derecho al propio insano (ver nota 3) (art. 635 Ver Texto , Cód. Proc.).

1117/555

555.— El levantamiento de la interdicción surte efectos, a partir de la fecha de la sentencia. Por consiguiente, los actos celebrados antes de ella, aunque lo fueran después del examen médico que comprobó su curación, son nulos, salvo, sin embargo, el caso del testamento, que en esa hipótesis debe considerarse otorgado en intervalo lúcido (véase núm. 548).

1117/11910

555 bis. JUEZ COMPETENTE.— Es competente el mismo juez que declaró la interdicción. Empero, en un caso se declaró que si el demente interdicto en España reside desde hace vintiocho años en el país, son competentes los jueces del lugar de la residencia (ver nota 4).

1117/556

556. EFECTOS DE LA SENTENCIA CIVIL SOBRE EL JUICIO CRIMINAL Y VICEVERSA.— Dispone el artículo 151 Ver Texto que: La sentencia sobre demencia y su cesación, sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código; mas no en el juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones. El artículo siguiente establece un principio similar respecto de la influencia de la sentencia criminal en materia civil: Tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquiera sentencia en un juicio criminal que no hubiese hecho lugar a la acusación por motivo de la demencia del acusado, o que lo hubiese condenado como si no fuese demente el procesado.

La razón de estas disposiciones es clara, puesto que el concepto de demencia civil es distinto al criminal y, por consiguiente, lo declarado en un fuero no puede hacer cosa juzgada en el otro. Al juez civil le interesa el estado habitual de una persona, para declararla insana o curada; en cambio, al juez del crimen le basta el estado mental del delincuente en el momento de cometer el hecho (ver nota 5). Un demente declarado tal, puede tener responsabilidad penal si se comprueba que en el instante del delito había curado o se hallaba en un intervalo lúcido. A la inversa, una persona civilmente capaz, puede ser penalmente irresponsable si cometió el hecho en un momento de extravío mental.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 27/3/1953, J.A., 1953-II, p. 149.

(nota 2) ORGAZ, Personas individuales, ps. 364 y s.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 1/6/1931, J.A., t. 35, p. 1205; C. Civil 2ª Cap., 12/6/1936, J.A., t. 55, p. 178.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala B, 16/9/1957, J.A., 1958-III, p. 462, con notas aprobatoria de W. GOLDSCHMIDT.

(nota 5) ORGAZ, Personas individuales, ps. 366 y s.

1117/11200

§ 5.— Dementes no declarados

1117/557

557. SITUACIÓN JURÍDICA.— Mientras el demente no haya sido declarado tal en juicio, conserva, en principio, su plena capacidad civil (art. 140 Ver Texto). Ello no significa, sin embargo, que todos sus actos sean válidos, pues comprobada la demencia a pedido de parte interesada, aquéllos no pueden reputarse voluntarios, y, por lo tanto, están sujetos a impugnación.

Como prima facie una persona no declarada demente debe reputarse sana, el Código ha fijado con precisión las condiciones que deben llenarse para poder impugnar sus actos.

1117/558

558. ACTOS ENTRE VIVOS.— La solución de la cuestión varía según que la impugnación sea hecha en vida del insano o después de su muerte.

1117/559

559.— a) En cuanto a la primera hipótesis, el artículo 473 Ver Texto dispone que los actos anteriores a la declaración de demencia podrán ser anulados si la causa de interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época en que ellos fueron ejecutados; en cambio, si la demencia no era notoria, no puede oponerse a los contratantes de buena fe y a título oneroso (véase núms. 543 y sigs.).

Algunos autores sostienen que esta disposición sólo es aplicable en caso de que posteriormente sobrevenga la sentencia de interdicción; pero no cuando el propio insano, luego de una enfermedad pasajera, que no ha sido declarada judicialmente, impugne el acto. En el primer caso, bastaría que se comprobara que la demencia existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados; en el segundo, la prueba sería mucho más rigurosa, pues debe acreditarse la demencia en el momento de la celebración del acto (ver nota 1). Esta diferencia se justificaría porque la declaración de demencia crea una sospecha de insania, razón por la cual resulta lógico ser menos severo en la apreciación de la prueba.

Por nuestra parte, pensamos que la diferencia entre la época y el momento de la realización del acto es en exceso sutil. Lo que en verdad interesa es que el juez tenga el convencimiento de que el acto se realizó en estado de demencia; si llega a esa conclusión debe pronunciar la anulación, aunque no se haya podido aportar la prueba acabada de la insania en el instante mismo de la celebración del acto. Además, la demencia debió ser notoria en ese momento (art. 473 Ver Texto).

1117/560

560.— b) Pero si la acción de nulidad se inicia después de la muerte del presunto demente, sólo puede prosperar en caso de que ocurra una de esas dos circunstancias: 1) que la demencia resulte del acto mismo; o bien. 2) que el acto impugnado se haya celebrado después de iniciado el juicio de insania (art. 474 Ver Texto). No importa que la enfermedad haya sido pública y notoria: aun en este caso no podrá intentarse la acción de nulidad por los herederos, salvo las dos hipótesis ya mencionada (ver nota 2).

Esta severidad de la ley, que en algunos casos puede parecer excesiva, tiene su razón de ser en la necesidad de evitar pleitos promovidos por los herederos para impugnar los contratos celebrados entre el causante y terceros, que muchas veces son de prueba difícil, tanto más si el acto en sí parece razonable. Pero si el acto mismo está revelando la perturbación mental, como, por ejemplo, si contuviera cláusulas absurdas, redacción incoherente, ventajas injustificadas y excesivas para la otra parte, corresponde la anulación. También procede cuando la demanda de insania ya se haya intentado, porque ello crea una presunción que autoriza a considerar con mayor latitud la prueba. Es claro que en este último caso no basta con probar la iniciación de la insania para que proceda la acción de nulidad; es preciso, además, que se demuestre que el fallecido estaba demente cuando celebró el acto (ver nota 3), y si el tercero contratante lo era por título oneroso, habrá que acreditar también que la demencia era notoria o, no siéndolo, que el tercero tenía conocimiento de ella (art. 474 Ver Texto , modif. por ley 17711).

1117/561

561. ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD.— Respecto de los actos de última voluntad, la ley es menos severa. Basta probar que el testador no se hallaba en completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones, para que la nulidad prospere (art. 3616 Ver Texto). No es necesario, por consiguiente, que la denuncia surja del mismo testamento o que se hubiera iniciado el correspondiente juicio de insania, como en el caso de que se impugnen actos entre vivos. Ahora bien: la prueba debe ser concluyente y no dejar duda alguna en el ánimo del juez, pues, en caso de duda, la ley presume que toda persona está en su sano juicio (art. 3616 Ver Texto , primer apartado).

Sin embargo, si algún tiempo antes de testar se hubiera hallado en estado notorio de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido (art. 3616 Ver Texto , in fine,). Sobre todas estas materias, remitimos al Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, tomo 2, números 1074 y siguientes.

1117/562

562. VALOR DE LA PERICIA MÉDICA.— Hemos visto ya que en el juicio de demencia la prueba de pericia médica tiene un valor fundamental, a tal punto que, salvo casos excepcionales, el juez no puede apartarse de sus conclusiones (núm. 540). Pero cuando se impugna un acto por una demencia ya pretérita, sea porque el enfermo hubiera sanado o porque hubiera muerto, el valor de aquélla es mucho menor. No se trata ya de una enfermedad presente, cuyo estudio hacen los médicos con el enfermo delante, sino de una enfermedad pasada, cuyo diagnóstico debe hacerse sobre una base conjetural, sobre todo si el presunto demente ha fallecido. El juez debe apreciar estas pericias con sumo cuidado y sin perder de vista la presunción legal de la salud mental (art. 3616 Ver Texto) (ver nota 4).

1117/563

563. CARÁCTER DE LA NULIDAD.— Los actos celebrados por un demente no declarado tal, son simplemente anulables y de nulidad relativa (véanse núms. 565 y 546).

(nota 1) ORGAZ, *Personas individuales*, p. 368; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, n° 2428; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 1, n° 860.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 2/4/1930, J.A., t. 32, p. 1004.

(nota 3) MOLINAS, *Incapacidad civil de los insanos mentales*, t. 2, p. 189.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 24/11/1943, L.L., t. 32, p. 738; C. Civil Cap., Sala D, 8/6/1951, in re “Motto c/Bianchi, A.” (inédito). En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia uruguaya: véase L.L., Rep. V, p. 660, y Rep. VI, p. 700. De acuerdo: CORONAS, J. E., *Impugnación del testamento por incapacidad mental del testador*, Rev. del Notariado, mayo-junio 1951, p. 173, n° 5.

1117/11210

IV. SORDOMUDOS (ver nota 1)

1117/11220

§ 1.— Concepto jurídico

1117/564

564. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.— El problema jurídico que plantea la sordomudez no es simple. Las dificultades se originan particularmente en el hecho de que aquella tara puede obedecer a muy distintos orígenes: a veces es la consecuencia de una enfermedad

mental; otras, de un trastorno puramente físico y aun de un accidente; puede tratarse de una tara congénita o de un hecho sobreviniente en la edad madura. Por lo general, no resulta fácil atribuirle un origen puramente físico o psíquico, porque ambos están profundamente ligados y tienen recíproca influencia. Así como un trastorno mental puede traducirse en una sordomudez, una sordomudez de nacimiento debe engendrar un desarrollo psíquico anormal.

Nuestro Código ha querido obviar estas dificultades con la fórmula establecida en el artículo 153 Ver Texto . De acuerdo con ella, sólo pueden ser interdictos los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. La capacidad para leer y escribir estaría probando que la persona se encuentra psíquica y físicamente en aptitud para ejercer sus derechos. Por ello es que en el artículo 155 Ver Texto se dispone que los facultativos deberán verificar si pueden o no darse a entender por escrito.

1117/565

565.— En el Proyecto de Reformas de 1936 se sustituyó la fórmula darse a entender por escrito por una más amplia: se declaran incapaces los sordomudos que “no supieren manifestar su voluntad en forma inequívoca, por escrito o de otra manera” (art. 54). La reforma, inspirada en un sentimiento benévolo para el sordomudo, nos parece errónea. La sola posibilidad de expresar inequívocamente la voluntad, cuando se es sordomudo y no se sabe escribir, es de todo punto de vista insuficiente para administrar sus bienes y cuidar de sí mismo. La necesidad de un curador resulta evidente. Se han invocado en apoyo de la reforma proyectada, los progresos de los modernos sistemas reeducativos de la sordomudez, que son notables. No creemos que ello altere la cuestión. Porque si los sistemas de reeducación no tienen como resultado que el sordomudo hable o escriba, no lo capacitan para confundirse jurídicamente. Y si se logra aquel resultado, como ocurre con frecuencia, deja de ser incapaz.

1117/566

566.— ¿Qué significa darse a entender por escrito? En algunos fallos, se ha declarado que esta expresión es equivalente a leer y escribir (ver nota 2), como parece haberlo entendido el propio codificador, que ha empleado esta fórmula en otros artículos (arts. 469 Ver Texto y 3617 Ver Texto). Sin embargo, no bastaría una aptitud rudimentaria para trazar letras y palabras; es necesaria una escritura que permita exteriorizar el pensamiento y la voluntad y que indique, además, una plena comprensión de lo que se escribe. Por ello se han declarado nulos testamentos en que la sordomuda había trazado palabras que la prueba demostró que eran más bien una copia mecánica y no la expresión de una voluntad suficiente para disponer de los bienes (ver nota 3).

1117/567

567.— La sanción del artículo 152 bis Ver Texto y la nueva redacción del artículo 155 Ver Texto han dado mayor flexibilidad a nuestro sistema legal. Habrá casos de sordomudos que sepan leer y escribir, pero se encuentren en situación de ser inhabilitados por deficientes mentales; en otros será aplicable el régimen previsto por el Código para los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; finalmente, si a la sordomudez se suma una alteración de las facultades mentales, se aplicará el régimen de la demencia. Está bien que así sea. La interdicción o la plena capacidad jurídica de los sordomudos deben depender del grado de desarrollo intelectual, de su educación y, en general, de su aptitud para actuar en el campo del derecho.

1117/11920

567 bis.— Cabe agregar que la reforma introducida por la ley 23515 al art. 166 Ver Texto , inc. 9º, permite contraer matrimonio al sordomudo que pueda darse a entender por escrito o de otra manera. Esta disposición importa una discordancia con el régimen general de los artículos 153 Ver Texto y 155 Ver Texto pero es preciso notar que en el régimen de la ley 2393 de matrimonio los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, podían casarse con autorización paterna o judicial (art. 1º); con el nuevo régimen legal se requiere imprescindiblemente que el sordomudo pueda darse a entender de cualquier manera y en tal caso, no es necesaria la autorización paterna o judicial.

1117/568

568. LEGISLACIÓN COMPARADA.— El sistema según el cual la incapacidad de los sordomudos debe graduarse de acuerdo con su verdadera aptitud para desempeñarse en las actividades jurídicas, está en vigencia en Francia (ver nota 4), en el Código español (arts. 200, inc. 2º, y 218), brasileño (art. 451), peruano (art. 571). En el derecho alemán, los que padecen de debilidades mentales o físicas y particularmente los sordos, ciegos, mudos, pueden recibir un curador para aquellos negocios que no sepan cuidar por sí mismos; pero esta curatela no puede ser organizada sino con el consentimiento del enfermo, a menos que no sea posible entenderse con él (art. 1910). Semejante es la solución del Código suizo (art. 372).

1117/11230

§ 2.— Interdicción

1117/569

569. RÉGIMEN LEGAL DE LOS SORDOMUDOS: REMISIÓN.— Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, están sometidos al mismo régimen jurídico de los dementes, según lo dispone el artículo 154 Ver Texto . Por consiguiente, son incapaces absolutos (art. 54 Ver Texto , inc. 4º) y quedan sujetos a interdicción, la que sólo podrá decretarse luego del juicio respectivo, que habrá de tramitar con los recaudos establecidos para el de insania (arts. 154 Ver Texto y 155), y a solicitud de las mismas personas que pueden pedir la declaración de demencia (art. 156 Ver Texto).

Sobre todas estas cuestiones, nos remitimos, por consiguiente, a lo expuesto en nuestros números 524 y siguientes.

Ya veremos que la identidad del régimen legal de los dementes no es absoluta, pues la ley admite algunas diferencias.

1117/570

570. EL EXAMEN MÉDICO.— Puesto que el juicio de interdicción de los sordomudos debe seguir los mismos trámites que el de demencia, corresponde, asimismo, el examen por facultativos. Pero en este caso particular, el artículo 155 Ver Texto disponía que aquél sería únicamente para verificar si podían o no darse a entender por escrito.

Se trataba de un evidente error del Código. Puede ocurrir que la sordomudez se origine en un trastorno mental serio, en una verdadera demencia; será importantísimo declararlo así, ya que el sordomudo, a diferencia del demente, está capacitado para contraer matrimonio si sabe darse a entender por escrito o de otra manera (art. 166 Ver Texto , inc. 9º, Cód. Civ.) y es responsable por los hechos ilícitos. Es posible, asimismo, que un sordomudo demente sepa darse a entender por escrito o de otra manera. ¿Será necesario declararlo capaz? Ello demuestra que los médicos no pueden limitarse a la comprobación de la sordomudez y a verificar si saben o no darse a entender por escrito, sino que, además, deben establecer si el defecto es o no la consecuencia de una enfermedad mental que jurídicamente pueda ser calificada como demencia.

Estas ideas fueron recogidas por la ley 17711 , que da una nueva redacción al artículo 155 Ver Texto , que dispone: El examen de los facultativos verificará si pueden darse a entender por escrito. Si no pudieren expresar su voluntad de ese modo, los médicos examinarán también si padecen de enfermedad mental que les impida dirigir su persona o administrar sus bienes y en tal caso se seguirá el trámite de incapacidad por demencia.

Creemos que también sería conveniente que los médicos se expidieran sobre si la sordomudez es un estado permanente o simplemente transitorio (ver nota 5).

1117/571

571-572. EL MATRIMONIO (ver nota 6).— La identidad entre el status jurídico del sordomudo y del demente admite, sin embargo, una excepción importantísima, puesto que el primero puede contraer matrimonio, si sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera (art. 166 Ver Texto , inc. 9º).

Esta disposición ha sido objeto de vivas críticas en nuestra doctrina (ver nota 7). El problema es sin duda grave, no sólo del punto de vista del enfermo, sino también del social. Es difícil concebir que un sordomudo que no sepa darse a entender por escrito tenga aptitud para resolver una cuestión tan delicada y grave como es el matrimonio.

Además, ¿no implica ello facilitar uniones que pueden dejar una pesada herencia a sus hijos? Y supuesto que éstos resulten perfectamente normales, ¿están en condiciones de educarlos su padre o su madre —quizá los dos—, sordomudos que no saben darse a entender por escrito? Quién sabe qué doloroso complejo psíquico puede hacer nacer en las mentes infantiles la desgracia de sus padres.

1117/573

573. EL PROBLEMA DEL DISCERNIMIENTO: RESPONSABILIDAD HECHOS ILÍCITOS; POSESIÓN.— Otras diferencia esencial entre la situación jurídica de los dementes y los sordomudos, se desprende del artículo 921 Ver Texto del Código Civil. Según esta disposición, se reputan hechos sin discernimiento los actos lícitos practicados por los menores impúberes y los ilícitos por menores de diez años, como también los actos de los dementes que no fueren realizados en intervalos lúcidos y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón. Es, pues, evidente que los actos de los sordomudos deben reputarse hechos con discernimiento (ver nota 8).

De ellos se desprenden consecuencias muy importantes: a) deben reputarse responsables por sus hechos ilícitos, puesto que las irresponsabilidades establecidas en el Código se fundan en la falta de discernimiento (ver nota 9); b) pueden adquirir la posesión de las cosas, para lo cual son capaces los menores de 10 años (ver nota 10).

1117/574

574. TESTAMENTO: ¿EXISTE EL PROBLEMA DE LOS INTERVALOS LÚCIDOS RESPECTO DE LOS SORDOMUDOS?.— Con respecto a los sordomudos, ORGAZ sostiene que no puede presentarse ninguna situación semejante a los intervalos lúcidos y que, en consecuencia, los testamentos otorgados por sordomudos legalmente interdictos son siempre nulos (ver nota 11).

Al estudiar la demencia, hemos dicho que el concepto de intervalos lúcidos es muy discutible, del punto de vista psiquiátrico, pero que desde el ángulo jurídico esa situación debe considerarse producida en estos dos casos: a) cuando el enfermo ha recuperado su salud y la vuelve a perder más tarde en razón de la misma o de otra enfermedad mental; b) cuando el interdicto ha recuperado, el pleno goce de sus facultades, pero todavía no se ha levantado la interdicción (véase núm. 548). Creemos que estas dos hipótesis son perfectamente posibles en el caso de sordomudez y que, por consiguiente, un testamento otorgado en esas condiciones es válido de conformidad al artículo 3615 Ver Texto (ver nota 12). Sin embargo, la sola escritura del testamento no debe bastar para juzgar que el otorgante podía darse a entender por escrito, pues puede tratarse de una copia hecha mecánicamente y sin comprensión cabal de lo que se escribe; es ésta una delicada cuestión de prueba y de apreciación judicial.

1117/575

575. LEVANTAMIENTO DE LA INTERDICCIÓN.— La interdicción de los sordomudos sólo podrá levantarse de conformidad a los mismos procedimientos que se requieren para el caso de demencia (art. 158 Ver Texto , Cód. Civ.).

1117/11240

§ 3.— Sordomudos no interdictos

1117/576

576. RÉGIMEN LEGAL: REMISIÓN.— En principio, el sordomudo no interdicto es capaz; sin embargo, sus actos podrán impugnarse posteriormente, si se comprueba que no sabía darse a entender por escrito, en las mismas hipótesis y con los mismos requisitos que hacen viable la impugnación en el caso de demencia (ver nota 13). Sobre esta cuestión nos remitimos a nuestros números 557 y siguientes.

1117/11250

§ 4.— Incapacidades derivadas de otras enfermedades

1117/577

577.— Los simples sordomudos (aunque sean perfectamente capaces para hacerse entender por escrito), los sordos y los mudos, no pueden testar por acto público (art. 3651 Ver Texto , Cód. Civ.), ni tampoco ser testigos en testamentos (art. 3708 Ver Texto , Cód. Civ.). Los mudos no pueden ser tutores ni curadores (arts. 398 Ver Texto , inc. 2º, y 475 Ver Texto).

Los ciegos carecen de capacidad para actuar como testigos en los testamentos (art. 3708 Ver Texto).

No pueden contraer matrimonio los enfermos venéreos en períodos contagioso (ley 12331 , inc. 13) (ver nota 14).

1117/578

578.— Es preciso advertir que tales incapacidades no son de hecho, sino de derecho, porque estos actos no los pueden realizar los incapaces ni por sí ni tampoco por medio de un representante legal.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MADRAZZO, J.A., La incapacidad civil del sordomudo, tesis, Buenos Aires, 1950; BERNARD, T.D., Los sordomudos en el derecho notarial argentino, Rev. del Notariado, mayo de 1941, p. 201; ORÚS, M., Matrimonio de sordomudos, L.L., t. 19, secc. doct., p. 25; LASSO, Tratado legal sobre los mudos, Madrid, 1919 (reedición de la obra escrita en 1850); PARREL y LAMARQUE, Les sourds-muets, París, 1925.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 16/5/1932, J.A., t. 38, p. 209.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 16/5/1932, J.A., t. 38, p. 209; íd., 21/9/1937, L.L., t. 8, p. 317.

(nota 4) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, n° 2403; DEMOLOMBE, t. 7, ps. 306 y s.; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, n° 531.

(nota 5) SPOTA, t. 1, vol. 3.2, n° 936; MADRAZZO, La incapacidad civil del sordomudo, p. 53.

(nota 6) Véase ORÚS, M., Matrimonio de sordomudos, L.L., t. 19, sec. doct., ps. 25 y s.; SORIA, O., Matrimonio de sordomudos, Rev. Colegio Abogados de Buenos Aires, set. 1949, p. 399.

(nota 7) BIBILONI, nota al art. 545 del Anteproyecto; MACHADO, t. 1, p. 286; BUSSO, t. 2, coment. al art. 10, ley mat. civil, n° 21 y s.

(nota 8) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, p. 376; MADRAZZO, Incapacidad civil del sordomudo, ps. 50 y s.

(nota 9) De acuerdo: ORGAZ, loc. cit. en nota anterior; MADRAZZO, Incapacidad civil del sordomudo, p. 51.

(nota 10) De acuerdo: ORGAZ, loc. cit.; MADRAZZO, Incapacidad civil del sordomudo, p. 50; SALVAT, Derechos reales, t. 1, p. 101, n° 181; LEGÓN, F., Tratado de los derechos reales, t. 3, p. 93; en contra: LAFAILLE, Derechos reales, ed. Ediar, t. 1, n° 160.

(nota 11) ORGAZ, Personas individuales, p. 375; de acuerdo: voto del doctor BARRAQUERO en fallo del 16/5/1932, J.A., t. 38, p. 209.

(nota 12) De acuerdo: voto del doctor TOBAL en el fallo citado en nota anterior y C. Civil 1ª Cap., 21/9/1937, L.L., t. 8, p. 317.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 21/9/1937, L.L., t. 8, p. 317; ORGAZ, Personas individuales, p. 377.

(nota 14) En cambio, la impotencia absoluta y manifiesta no es causa de incapacidad para contraer matrimonio, porque si bien la ley de matrimonio civil (art. 85, inc. 4º) establece que esa es una causal de anulación, puede no ser invocada por la esposa y aun puede ésta

conocerla con anterioridad a la celebración del acto y, no obstante ello, dar su consentimiento. Porque si bien la unión sexual es uno de los fines primordiales del matrimonio, no es el único. Los casamientos entre ancianos se celebran, sobre todo, por una razón de compañerismo, por la necesidad de un afecto y ayuda recíprocos.

1117/11260

V. PENADOS (ver nota 1)

1117/11270

§ 1.— Carácter de la incapacidad

1117/579

579. CONCEPTO.— La incapacidad civil de los penados no está contemplada en el Código Civil, sino en el Penal, cuyo artículo 12 Ver Texto establece que la reclusión y prisión por más de tres años importa, mientras dura la pena, la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos; el penado quedará sujeto a la curatela establecida en el Código Civil para los incapaces.

Por consiguiente, son dos las condiciones requeridas para que el penado quede sujeto a interdicción: a) que la pena sea de reclusión o de prisión; cualquier otra pena, multa, inhabilitación, etcétera, no produce ningún efecto en lo atinente a la capacidad del penado; b) que sea mayor de tres años. Entendemos, sin embargo, que aunque la ley dice textualmente mayor de tres años, basta que la condena sea por este término para que proceda la interdicción.

1117/580

580. FUNDAMENTO.— Se discute en doctrina cuál es el fundamento de la incapacidad civil de los penados.

Según una primera opinión, la interdicción sería una pena accesoria de la principal. Esta concepción, que es un resabio de la muerte civil que se imponía a ciertos condenados, ha

sido sostenida por algunos tratadistas nacionales (ver nota 2) y por la mayor parte de los franceses (ver nota 3).

Según otra teoría, francamente prevaleciente en nuestro derecho (ver nota 4), la interdicción de los penados obedecería a un propósito tuitivo que no solamente tiene en mira al condenado, sino también a su familia.

Por nuestra parte, adherimos sin vacilación a esta última doctrina. La interdicción para realizar ciertos actos y la imposición de un curador, no son sino la consecuencia necesaria de la imposibilidad de hecho en que se encuentra el recluso para atender con eficacia sus intereses y para desempeñar normalmente la patria potestad.

La incapacidad establecida en el Código Penal sólo se refiere a aquellos actos respecto de los cuales la existencia de una representación legal interesa directamente al penado o a sus hijos. Si la interdicción se hubiera establecido con carácter de pena adicional, se hubieran elegido precisamente aquellos actos que un recluso puede realizar sin inconveniente alguno, como, por ejemplo, el testamento. Pero justamente la ley mantiene su capacidad para los actos en que la situación de preso no implica ningún inconveniente para su realización.

Además, si se tratare de una pena no se ve por qué no podría aplicarse como adicional de una condena de multa o inhabilitación, que a veces excede largamente los tres años.

1117/11280

§ 2.— Interdicción

1117/581

581. ACTOS COMPRENDIDOS EN LA INTERDICCIÓN.— El artículo 12 Ver Texto ha fijado expresamente cuáles son los actos que les están vedados a los penados: a) ejercer la patria potestad; b) administrar sus bienes; y c) disponer de ellos por actos entre vivos.

La condena no significa la privación de la patria potestad, sino simplemente la suspensión en su ejercicio.

Esta enumeración es limitativa; por lo tanto, el penado mantiene su capacidad para todos los demás actos de la vida civil. Sin embargo, deben considerarse incluidos dentro de la interdicción los que sean una consecuencia necesaria de los enumerados en el artículo 12 Ver Texto ; por consiguiente, no puede estar en juicio cuando se controviertan derechos patrimoniales o esté en juego la patria potestad (ver nota 5).

1117/582

582. ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR POR SÍ.— El principio general es que pueden realizar por sí todos los actos no enumerados en el artículo 12 Ver Texto del Código Penal. En consecuencia, están capacitados.

a) Para testar, puesto que la prohibición de disponer de los bienes sólo se refiere a los actos entre vivos (art. 12 Ver Texto , Cód. Pen.).

b) Para contraer matrimonio, sin que sea necesaria la venia de su curador o del juez. En nuestra jurisprudencia se registra un caso en que la Suprema Corte de Mendoza negó autorización para el casamiento de dos penados (ver nota 6); pero esta decisión, que es aislada (ver nota 7), carece de todo fundamento legal. La prohibición de casarse no se puede fundar sino en un texto legal expreso, que en el caso no existe (ver nota 8). En la práctica, estos casamientos que no son muy raros, se celebran sin solicitar autorización judicial.

c) Para reconocer hijos extramatrimoniales (ver nota 9).

d) Para estar en juicio, siempre que no se trate de acciones relativas a su patrimonio o al ejercicio de la patria potestad. Por consiguiente, puede iniciar o contestar la acción de divorcio y designar libremente el procurador que ha de representarlo; inclusive, puede realizar personalmente algunas diligencias, tales como absolución de posiciones, participación en audiencias de conciliación (ver nota 10). Puede iniciar y contestar acciones de filiación y, en general, las referentes al estado (ver nota 11). Se ha decidido inclusive que puede contestar la acción referente a la tenencia de su hijo, pues no ha perdido la patria potestad, sino que está en suspenso su ejercicio (ver nota 12).

1117/583

583. REPRESENTACIÓN LEGAL.— El penado recibe un curador para la celebración de los actos respecto de los cuales está interdicto (art. 12 Ver Texto , Cód. Pen.). Este tiene, en cuanto a esos actos, las mismas atribuciones y deberes que el curador de los dementes y

sordomudos (ver nota 13). Si el penado tiene hijos menores y la curatela no es ejercida por su mujer, al curador le corresponde también el ejercicio de la tutela de ellos (art. 480).

1117/584

584.— Es a todas luces criticable este sistema, que implica sustituir totalmente la voluntad del penado en el manejo de su patrimonio, por la del representante legal. El condenado no está en la misma situación del menor, del demente o del sordomudo, que carecen de aptitud mental para discernir o apreciar lo que conviene en el manejo de sus intereses. Parecería más lógico, por consiguiente, limitar en nuestro caso las funciones del curador a las de asistencia legal y a la representación del penado en los actos que éste estuviere de acuerdo en realizar (ver nota 14).

1117/585

585. INCAPACIDADES DE DERECHO.— Hasta aquí hemos estudiado las incapacidades de hecho de los penados, vale decir, las que se refieren a actos que aquéllos no pueden realizar por sí, aunque pueden hacerlo por medio de su representante legal.

Pero hay, además, algunas incapacidades de derecho que comprenden actos a los cuales no se extiende la representación legal del curador. No pueden ser tutores (art. 398 Ver Texto , 'inc. 10) ni curadores (art. 475 Ver Texto) los condenados a pena infamante. Es incapaz de suceder, por razones de indignidad, el condenado en juicio como autor principal o como cómplice por delito o tentativa de homicidio contra el causante, su cónyuge o descendientes (art. 3291 Ver Texto) y el condenado por adulterio con la mujer del difunto (art. 3294 Ver Texto). Es impedimento matrimonial el haber sido autor voluntario instigador o cómplice del homicidio doloso de uno de los cónyuges (art. 166 Ver Texto , inc. 7º, Cód. Civ.).

Asimismo, el artículo 990 Ver Texto del Código Civil establece que no podrán ser testigos en los instrumentos públicos quienes por sentencia están privados de la aptitud para serlo. Aunque la cuestión ha dado lugar a divergencias interpretativas, entendemos que el precepto se refiere únicamente a los condenados por falso testimonio (véase núm. 1032, k).

1117/586

586.— En el orden político, la condena a más de tres años lleva implícita las consecuencias de la inhabilitación absoluta: 1) la privación del empleo o cargo público, aunque provenga de elección popular; 2) del derecho electoral; 3) la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; 4) la suspensión del goce de la jubilación o pensión durante

el tiempo que dure la condena, en cuyo caso ella será percibida por los parientes que tengan derecho a pensión (art. 19 Ver Texto , Cód. Pen.).

1117/587

587. DURACIÓN DE LA INTERDICCIÓN.— La incapacidad de hecho del penado comienza desde el momento de la sentencia definitiva y subsiste en tanto se halle privado de su libertad. Es claro que la fuga no influye sobre esta situación y no le hace recuperar su capacidad (ver nota 15); sin embargo, el penado evadido no podría invocar esa condición para pretender la nulidad del acto que hubiera celebrado con un tercero de buena fe, que hubiera contratado ignorando que se trataba de un fugado. Para que cese la interdicción, es necesario que el penado haya recobrado su libertad por una causal legal, ya sea por el cumplimiento íntegro de la pena, por indulto, amnistía o prescripción de la pena; o, finalmente, por haber obtenido la libertad condicional (ver nota 16). La última hipótesis ha suscitado dudas, a punto de que algunos autores han llegado a sostener que en tal caso subsiste la interdicción hasta el cumplimiento total del término de la condena (ver nota 17). Esta solución se explica cuando se concibe la interdicción como una pena adicional; pero si se juzga que es una medida de protección para el penado y su familia y que se origina en una verdadera imposibilidad de atender el cuidado de sus hijos y de sus negocios por efecto de la privación de la libertad, la liberación condicional debe lógicamente tener como consecuencia la recuperación de la capacidad. Por lo demás, si es en mérito de su buena conducta que se le ha otorgado ese beneficio, es necesario que la persona que se ha hecho acreedora a él cuente con los medios jurídicos normales para desenvolverse en sociedad y para reconstruir su vida (ver nota 18). El mantenimiento de la incapacidad no favorece, por cierto, el proceso de readaptación al medio social. Este es el punto de vista que se ha impuesto en la jurisprudencia y la doctrina (ver nota 19).

1117/588

588. CARÁCTER DE LA NULIDAD.— Los actos realizados por los penados interdictos son nulos, puesto que no es necesaria una investigación de hecho para comprobarlos (véase núm. 1244); y la nulidad es simplemente relativa. Por consiguiente, son susceptibles de confirmación. No hay razón alguna, en efecto, para que el penado no pueda confirmar un acto que le convenga, una vez recuperada su libertad.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: ORGAZ, Incapacidad civil de los penados, Córdoba 1939; *id.*, Personas individuales, ps. 389 y s.; MOYANO, J.A., La incapacidad civil de los penados, J.A., t. 63, sec. doct., ps. 35 y s.; VALDÉS, H., Incapacidad civil de los penados, Rev. Fac. Derecho de Buenos Aires, t. 7; LANFRANCO, H.P., La incapacidad civil de los penados, Rev. Penal y Penitenciaria, Buenos Aires, oct.-dic. 1940, n° 18; BUSSO, E., Código Civil

Anotado, t. 1, coment. art. 55, n° 61 y s.; DÍAZ DE GUIJARRO, E., Capacidad civil del liberado condicional, J.A., t. 67, ps. 712 y s.

(nota 2) LANFRANCO, Rev. Penal y Penit., oct.-dic. 1940, p. 28; VALDÉS, Rev. Fac. Derecho de Buenos Aires, t. 7, p. 505.

(nota 3) BAUDRY LACANTINERIE, Des personnes, t. 1, p. 714, n° 732; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 1, p. 360; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 1, n° 680, nota 1. En contra: GARRAUD, R., citado por BAUDRY LACANTINERIE, loc. cit.

(nota 4) LLAMBÍAS, t. 1, n° 809; ORGAZ, Personas individuales, ps. 389 y s.; BUSSO, t. 1, coment. art. 55, n° 65 y 66; DÍAZ DE GUIJARRO, Capacidad civil del liberado condicional, J.A., t. 67, p. 712. La jurisprudencia que admite la capacidad del liberado condicional importa adherir a este punto de vista (véase n° 587 y nota 897). En una posición singular, véase LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, t. 1, n° 886-F.

(nota 5) ORGAZ, Personas individuales, p. 392; BUSSO, t. 1, coment. art. 55, n° 78.

(nota 6) Sup. Corte de Mendoza, 31/3/1931, J.A., t. 35, p. 504. En este fallo se expresó que el matrimonio sólo podía autorizarse si tiene por fin legitimar hijos naturales.

(nota 7) Véase, en favor de la solución propiciada en el texto: C. 2ª Crim. de Córdoba, 26/12/1940, cit. por ORGAZ, Personas individuales, p. 392, nota 10; y C. Apel. Tucumán, 11/8/1927, J.A., t. 25, p. 1175.

(nota 8) De acuerdo: ORGAZ, Incapacidad civil de los penados, 2ª ed., p. 89; BUSSO, t. 1, coment. art. 55, n° 74 y s.; LLAMBÍAS, t. 1, n° 812.

(nota 9) ORGAZ, Incapacidad civil de los penados, p. 88; BUSSO, t. 1, coment. art. 55, n° 77; LLAMBÍAS, t. 1, n° 812.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 26/7/1950, L.L., t. 66, p. 177; ORGAZ, Incapacidad civil de los penados, ps. 139 y s.; BUSSO, t. 1, coment. art. 55, n° 79; LLAMBÍAS, t. 1, n° 812.

(nota 11) ORGAZ, Personas individuales, p. 392; BUSSO, t. 1, coment. art. 55, n° 77.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 26/7/1950, L.L., t. 66, p. 177.

(nota 13) ORGAZ, Personas individuales, p. 392; BUSSO, t. 1, coment. art. 55, nº 85.

(nota 14) ORGAZ, Incapacidad civil de los penados, p. 137; BUSSO, t. 1, coment. art. 55, nº 86 y s.

(nota 15) ORGAZ, Personas individuales, p. 393.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala B, 12/9/1990, L.L., fallo 89.452; ORGAZ, Personas individuales, p. 393; MOYANO, J. A., t. 63, sec. doct., p. 38, nº 5; LLAMBÍAS, t. 1, nº 815; DÍAZ DE GUIJARRO, Capacidad civil del liberado condicional, J.A., t. 67, p. 712; BUSSO, t. 1, coment. art. 55, nº 80; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, Des personnes, t. 1, p. 713, nº 731.

(nota 17) LANFRANCO, Rev. Penal y Penit., oct.-dic. 1940, ps. 34 y s., nº 52; GÓMEZ, E., Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1939, t. 1, p. 294, nº 592.

(nota 18) MOYANO, J.A., t. 63, sec. doct., p. 38, nº 11.

(nota 19) C. Crim. Correc. Cap., 18/3/1941, J.A., t. 74, p. 48; C. Com. y Crim. Mendoza, 30/4/1938, L.L., t. 12, p. 613; C. Fed. Bahía Blanca, 30/10/1938, J.A., t. 67, p. 712; C. Civil y Com. Córdoba, 9/6/1933, cit. por ORGAZ, Personas individuales, p. 393, nota 16; C. Crim. Córdoba, 10/10/1941, L.L., t. 25, p. 782; en el mismo sentido, los autores citados en nota 898, y MORENO, R. (h.), El Código Penal y sus antecedentes, t. 2, ps. 50 y 80; GONZÁLEZ ROURA, Derecho Penal, t. 2, p. 322.

1117/11290

VI. INHABILITADOS (ver nota 1)

1117/589

589. FUNDAMENTO.— La ley 17711 ha introducido en nuestro derecho una institución ya incorporada a varias legislaciones extranjeras (Cód. Civ. italiano, arts. 415 y 427; suizo,

arts. 370 y 395; portugués, arts. 409 a 412; peruano, art. 555; paraguayo, art. 89; venezolano, arts. 409 y 411) que permite contemplar con soluciones adecuadas el vasto mundo de la semialienación, y de otros trastornos de análoga gravedad.

En el sistema de nuestro Código Civil no había más que locos y sanos. Pero ese esquema no se adecua a la realidad humana. En el campo de la patología psíquica existe una infinita gama de trastornos, desde la perfecta salud hasta la más franca y completa alteración de las facultades mentales. Simples trastornos de la afectividad y la volición, la debilidad de espíritu, las manías parciales, constituyen muchas veces estados fronterizos o intermedios, que no justifican una interdicción total del enfermo, pero que lo colocan en una situación de inferioridad ante sus semejantes, que hacen aconsejable una protección legal. En igual situación están algunas personas que aun conservando intacta su mente, se encuentran en una situación de enfermedad física grave. La parálisis, la mutilación, la ceguera, la sordera (excluyendo el caso de los sordomudos que el Código trata expresamente), sobre todo cuando sobrevienen simultáneamente, suelen determinar verdaderas incapacidades naturales y colocar al enfermo en una situación de inferioridad y de dependencia respecto de terceros.

En parecida situación se encuentran los seniles, los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos, los pródigos.

Era pues necesario arbitrar un sistema que protegiera a todas estas personas, pero sin colocarlas en la misma situación de incapacidad que los dementes, lo que sería excesivo e injusto. A ello responde la institución de la inhabilitación. La idea general, que luego precisaremos, es que el inhabilitado puede administrar sus bienes pero no disponer por sí solo de ellos, para lo cual requiere la conformidad del curador que debe nombrársele.

1117/11300

§ 1.— Quiénes pueden ser inhabilitados

1117/590

590. ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS INHABILITADOS.— Conforme al artículo 152 bis Ver Texto , podrá inhabilitarse judicialmente a los ebrios habituales y toxicómanos, a los disminuidos en sus facultades y a los pródigos. Estudiaremos por separado cada una de estas hipótesis.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: TOBÍAS, La inhabilitación en el derecho civil, 2ª ed., 1992; LLAMBÍAS, La reforma, ps. 48 y s.; ARAUZ CASTEX, Apéndice al Tratado de Derecho Civil, ps. 47 y s.; PORTAS, Las personas individuales en la ley 17711, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año X, n° 21, p. 105; BUSTAMANTE ALSINA, El nuevo régimen de las incapacidades según la reciente reforma del Código Civil, L.L., t. 130, p. 1046; RODRÍGUEZ PÉREZ, La inhabilitación del pródigo a través de la ley 17711, J.A., 1968-V, p. 839; LAGOMARSINO, Los pródigos en la reforma del Código Civil, E.D., t. 25, p. 869; FANTONI, Los semialienados en la legislación civil argentina, J.A., 1968-V, p. 834; TAU ANZOÁTEGUI, La prodigalidad en la ley 17711, L.L., t. 138, p. 1261; RAFFO BENEGAS y SASSOT, Régimen procesal de la inhabilitación, J.A., Doctrina, 1969, p. 552; MALFUSSI, El régimen de la prodigalidad en la legislación civil argentina, L.L., t. 142, p. 996; MOISSET DE ESPANÉS, Personas que pueden solicitar la inhabilitación, J.A., t. 12, 1971, p. 206; MAZZINGHI (h.), Dementes, sordomudos, incapaces, inhabilitados y enfermos internables, E.D., t. 59, p. 759.

1117/11310

A.— EBRIOS CONSUETUDINARIOS Y TOXICÓMANOS

1117/591

591. RÉGIMEN LEGAL.— Según el artículo 152 bis Ver Texto , inciso 1º, puede inhabilitarse judicialmente a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

Lo que los médicos —y en última instancia el juez— deben apreciar, es si el alcoholismo o la toxicomanía tienen una gravedad tales como para colocar a los enfermos en peligro de otorgar actos jurídicos que les sean perjudiciales. En estos casos, no suele ser la razón, sino la voluntad, la que está afectada. Y por ello, el enfermo, aun lúcido, puede ser víctima de su falta de voluntad.

Es necesario agregar, empero, que tanto la embriaguez habitual como la toxicomanía pueden llegar a provocar un verdadero derrumbe de las facultades mentales; en ese caso, lo que cuadra no es inhabilitarlo, sino declararlo demente. Pues no interesan las causas de la demencia si ésta existe.

TOBÍAS ha hecho notar que siendo tan frecuente la drogadicción o la ebriedad habitual, llama la atención que la aplicación de esta norma por los jueces sea casi inexistente,

fenómeno que se advierte también en otros países (ver nota 1); lo que realmente es lamentable.

(nota 1) TOBÍAS, La inhabilitación en el derecho civil, n° 32.

1117/11320

B.— PERSONAS DISMINUIDAS EN SUS FACULTADES

1117/592

592. DISPOSICIÓN LEGAL.— También puede inhabilitarse a los disminuidos en sus facultades, cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 Ver Texto de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio (art. 152 bis Ver Texto , inc. 2°).

Adviértase que la ley dice a los disminuidos en sus facultades, sin hacer ninguna distinción entre facultades psíquicas y físicas (ver nota 1). Es lo razonable. Si bien no cabe duda de que las hipótesis más frecuente de aplicación de esta norma serán los trastornos psíquicos (semialienados, seniles, débiles mentales), también puede ocurrir que la falencia de las facultades físicas coloque a los enfermos en una situación de grave inferioridad; el juez puede inhabilitarlos. Nuestra jurisprudencia anterior a la ley 17711 registra un interesante fallo. Se trataba de una mujer que a su avanzada edad unía una ceguera casi completa y una absoluta falta de instrucción. Los médicos estaban de acuerdo en que no era, de modo alguno, una demente; pero lo estaban asimismo en que su estado la privaba de toda posibilidad de cuidar sus bienes e intereses. El juez doctor Chute, en fallo que fue confirmado por la Cámara, resolvió no hacer lugar a la declaración de insania, pero a pesar de ello la dotó de un curador para administrar sus bienes (ver nota 2).

Fue una verdadera creación jurisprudencial, ya que la ley sólo permitía nombrar curador a los dementes (ver nota 3); hoy el caso tiene su adecuada solución por vía de la inhabilitación.

Agreguemos que la ley requiere para que esta inhabilitación pueda decretarse, que el juez estime que del ejercicio de la plena capacidad pueda presumiblemente resultar al enfermo un daño a su persona o sus intereses. Lo que es determinante para la decisión judicial es la protección del disminuido psíquica o físicamente. Siempre que el juez considere que su

estado lo inhabilita para el manejo libre de sus bienes, debe protegerlo nombrándole un curador. No será extraño a la decisión, el ambiente que rodea al enfermo, al anciano cuyas facultades psíquicas y físicas empiezan a claudicar. Si está rodeado de hijos honorables, si nada hace temer por sus bienes, la inhabilitación puede no justificarse; si, en cambio, está rodeado de parientes o domésticos sospechosos, y particularmente si dispone sin razón aparente de alguno de sus bienes (aunque no esté conformada la prodigalidad), el juez se sentirá inclinado por protegerlo inhabilitándolo.

(nota 1) 1ª Inst. Cap. (juez DÍAZ DE VIVAR), 9/4/1977, E.D., t. 81, p. 387. De acuerdo: TESCORNIA, nota en E.D. t. 81, p. 387; MAZZINGHI (h.), Dementes, E.D. t. 59, p. 759, n° 24, quien cita la opinión concordante de la doctrina y la jurisprudencia francesa en relación a un texto legal análogo. En contra, sosteniendo que la ley alude sólo a la disminución de las facultades mentales, RAFFO BENEGAS y SASSOT, J.A., Doctrina 1959, p. 551. TOBÍAS, La inhabilitación en el derecho civil, n° 54.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 27/11/1942, L.L., t. 29, p. 72.

(nota 3) Por ello, la mayor parte de la doctrina fue adversa al fallo: MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, ps. 38 y s.; BUSSO, t. 2, coment. arts. 368 y 369, n° 39 y s.; ORGAZ, Personas individuales, p. 333, nota 13; ACUÑA ANZORENA, La declaración judicial de interdicción como presupuesto necesario de la designación de curador, L.L., t. 29, p. 729. Por nuestra parte, en las primeras ediciones habíamos aprobado la doctrina del fallo, porque el deber sustancial del juez era no dejar indefensa y librada a su propia suerte a una persona que tenía las mínimas condiciones para defender sus intereses.

1117/11330

C.— PRÓDIGOS

1117/593

593-1. SISTEMA DEL CÓDIGO Y SU CRÍTICA.— VÉLEZ SARSFIELD rechazó decididamente la interdicción del pródigo. En la nota al artículo 54 Ver Texto explica por qué se ha apartado en esta materia de la tradición romana y de la legislación comparada, siguiendo el ejemplo del Código de Luisiana, único que en aquella época reconocía capacidad a los pródigos.

Sostiene VÉLEZ SARSFIELD que la interdicción no se justifica en este caso por las siguientes razones: 1) la prodigalidad no altera las facultades mentales; 2) la libertad individual no debe ser restringida sino en los casos de interés público, inmediato y evidente; 3) en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio de distinguir con certeza el pródigo del que no lo es y todo sería arbitrario en los jueces, poniendo en interdicción a algunos, mientras quedarían innumerables disipadores sin ninguna incapacidad; 4) puesto que no es posible poner un máximo a cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo sólo habría usado o abusado de su propiedad, sin quebrantar ley alguna.

Los argumentos de nuestro codificador no carecen de fuerza dentro de una concepción individualista del Derecho, pero están muy lejos de ser satisfactorios para la conciencia jurídica actual. Ya no es posible hablar del derecho a abusar de la propiedad. Tampoco es cierto que la capacidad individual (VÉLEZ habla de libertad individual, pero es evidente que el trastrueque de palabras sólo tiene por fin darle mayor eficacia al argumento) únicamente puede ser restringida en casos de interés público, inmediato y evidente; todas las incapacidades de hecho tienen en vista, ante todo, la protección del propio interdicto, y en algunos casos, como en el de los penados, también la de la familia. En nuestro caso se trataría principalmente de la protección de la familia.

El argumento fundado en el peligro de la arbitrariedad judicial es igualmente inconsistente. Jamás ha de temerse, por parte de los jueces, un ataque a los derechos o a las libertades humanas, puesto que ellos, por su educación y su cultura jurídica, por tener vida dedicada al Derecho, son siempre respetuosos de aquellos bienes del hombre. En caso de duda, se inclinarán siempre por mantener la capacidad, sin ninguna cortapisa; la prueba la suministran los países que admiten la interdicción del pródigo, pues en ellos la institución ha funcionado sin inconveniente alguno.

Menos importancia aún tiene la observación de que la prodigalidad no altera las facultades mentales. No es ésta la única causa de interdicción. Ni interesa tampoco la demencia, desde el punto de vista jurídico, porque altere las facultades mentales, sino porque la enfermedad lo inhabilita para cuidar de su persona y atender sus negocios. Y es precisamente esto lo que ocurre con el pródigo. Se trata de personas que malgastan irrazonablemente su fortuna, en una medida que las expone a perderla. Muchas veces, en el fondo de esta conducta imprudente, hay una verdadera perturbación mental, bien que no alcance los caracteres de una demencia; pero aunque así no fuere, lo cierto es que el pródigo revela una falta de aptitud para administrar sus bienes. Es lógico, por lo tanto, que el Estado intervenga para protegerlo a él y a su familia, tanto más cuanto que con frecuencia estos débiles de espíritu o de carácter suelen ser víctimas de personas que aprovechan de su modalidad para despojarlos de su patrimonio.

Pero quizás el mejor argumento en pro de la admisión de la prodigalidad como causal de interdicción, lo suministre la experiencia extranjera. Prácticamente todos los países la tienen establecida, con beneficio y beneplácito general.

Es evidente, sin embargo, que la incapacidad de los pródigos no puede juzgarse con la misma vara que la de los dementes; la intervención del Estado tiene en este caso, como único fin, evitar la dilapidación de su fortuna y a ello debe limitarse. Por consiguiente, no parece justo someter al pródigo a una verdadera interdicción; para lograr aquel resultado, basta con declararlo incapaz para celebrar actos de disposición de sus bienes sin la asistencia y aprobación previa de un curador. Para los restantes actos de la vida civil, tales como los que fueran de mera administración, testar, y sobre todo lo relativos al derecho de familia, debe conservar su capacidad legal. Esta es precisamente la idea de la reforma de la ley 17711, que estudiaremos en el párrafo siguiente.

593-2. QUIÉNES PUEDEN SER INHABILITADOS POR PRODIGALIDAD.— El artículo 152 bis Ver Texto, inciso 3º, autoriza a inhabilitar a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio.

Para que la inhabilitación pueda decretarse, es necesario:

a) Que haya prodigalidad en los actos de disposición de bienes. Debe tratarse de gastos superfluos, innecesarios o irrazonables. Por ejemplo, hipotecar la casa en que se vive para jugar a las carreras, importa prodigalidad; pero no si lo mismo se hace para pagar los gastos de una enfermedad propia o de los hijos o padres. No cabe formular distinciones entre actos gratuitos u onerosos, pues también éstos pueden ser irrazonables; pero naturalmente, las donaciones excesivas configuran más típicamente la prodigalidad.

b) Que el pródigo hubiera dilapidado una parte importante de su patrimonio (art. 152 bis Ver Texto, inc. 3). En efecto, una persona de gran fortuna puede hacer muchos e importantes gastos inútiles sin consumir más que las rentas, o en todo caso consumiendo una parte no sustancial de su patrimonio. Mientras ello ocurra así, no hay por qué intervenir en la administración de su patrimonio. Por otra parte, los mismos gastos pueden permitir o no la inhabilitación según sea la fortuna del que los hace.

Así, por ejemplo, un hombre de fortuna puede hacer todos los años un viaje a Europa a gran tren sin que ello pueda calificarse de dilapidación de su patrimonio; pero si para hacer el viaje anual hipoteca la casa en que vive la familia o el campo que es su fuente de rentas, hay prodigalidad.

c) Que el pródigo tenga cónyuge, ascendientes o descendientes (art. 152 bis Ver Texto , inc. 3º). Nuestra legislación se enrola así en la tendencia que admite la prodigalidad en defensa de la familia y no del mismo pródigo. Si éste es soltero, si no tiene ni esposa, ni hijos ni padres o abuelos, entonces la ley no interviene. Puesto que no se trata de un loco, que haga de sus bienes lo que se le ocurra. Pero si tiene familia, hay que protegerlo.

593-3. QUIÉNES TIENEN LA ACCIÓN.— El inciso 3º, artículo 152 Ver Texto , in fine, concede la acción únicamente al cónyuge, a los ascendientes y descendientes. Esta disposición es coherente con la idea esencial de proteger la familia.

Respecto del cónyuge, la ley no formula la limitación del artículo 144 Ver Texto , que sólo concede la acción al no divorciado. Es lógico que así sea. Mientras la declaración de demencia obedece esencialmente al propósito de proteger al demente (aunque la familia pueda indirectamente beneficiarse con una interdicción que evite una disposición irrazonable de bienes), la declaración de inhabilitación por prodigalidad obedece esencialmente a la protección de la familia (aunque indirectamente favorezca al propio pródigo). Por lo tanto, el cónyuge aun separado o divorciado, puede pedir la inhabilitación si conserva la vocación sucesoria o recibe alimentos del pródigo. Si, en cambio, carece de estos derechos, no puede accionar por sí, aunque podría hacerlo en representación de sus hijos menores.

La Cámara Civil de la Capital ha decidido que una vez puesto en marcha el aparato jurisdiccional por quien tiene derecho a hacerlo, si el denunciante desiste de su acción, corresponde que sea el Ministerio de Menores quien urja los trámites tendientes al dictado de una declaración de inhabilitación, porque la Justicia no puede permanecer indiferente frente a los conflictos familiares o de intereses (ver nota 1). No podemos compartir la doctrina del Tribunal. Si la ley sólo confiere la acción a determinadas personas, es claro que ellas no pueden ser sustituidas por el Ministerio de Menores.

Una situación singular se presenta cuando ambos padres son pródigos, o cuando ha muerto el padre o la madre que podrían accionar por los menores o cuando éstos, siendo hijos extramatrimoniales, sólo han sido reconocidos por el pródigo. En ese caso, quien tiene la acción es el Asesor de Menores, que puede accionar como consecuencia de la denuncia de cualquier persona, pariente o no, o aun del propio menor. Igual solución cabe en el supuesto de que el pródigo sea el curador de su padre o madre. En todos estos casos, el Asesor de Menores actúa como representante promiscuo de los incapaces.

593-4. LEGISLACIÓN COMPARADA.— El sometimiento del pródigo a un régimen de amparo ha sido admitido en casi todas las legislaciones. Como excepción, deben citarse los Códigos de Luisiana (art. 413), de México, de Uruguay y de Bolivia, y el derecho anglosajón.

Aun cuando cada país tiene su peculiaridades, los regímenes legislativos pueden clasificarse en dos grupos.

De acuerdo con un primer sistema, que ha tenido como modelo al Código Napoleón (art. 513), el pródigo no está sometido a interdicción; pero ciertos actos importantes, como litigar, transigir, tomar en préstamo, recibir un capital y dar recibo, enajenar o gravar sus bienes con hipotecas, deben ser realizados con la asistencia de un consejero judicial, sin cuya intervención son nulos. Para todos los demás actos y particularmente los inherentes al derecho de familia, no se requiere la intervención del consejero judicial. En el Código Civil italiano, el pródigo puede ser inhabilitado (art. 415) y se encuentra en la condición del menor emancipado (art. 424); para todos los actos que excedan de la simple administración requiere el consentimiento del curador, y, a veces, de la autoridad judicial (art. 394). Semejante es el régimen del Código venezolano (art. 409).

Según un segundo sistema, el pródigo está sometido a una verdadera interdicción; el curador actúa como representante legal y no como asistente. Tal ocurre en el Código Civil alemán (art. 114), en el que el pródigo queda sujeto al mismo régimen de los menores de edad, mayores de 7 años; en el Código Civil español, cuyo artículo 221 dispone que el Tribunal ha de fijar cuáles son los actos que quedan prohibidos al pródigo y que el autor puede realizar en representación suya; en el Código austríaco (art. 273); en el suizo (art. 370); en el brasileño (arts. 459 y sigs.), que deja subsistente la capacidad para los meros actos de administración; en el colombiano (arts. 432 y 531); en el chileno (arts. 342 y 442); en el peruano (art. 591), que le permite realizar actos de administración.

El Código Civil portugués ha seguido una solución flexible: el juez puede graduar la incapacidad del pródigo, privándolo totalmente de ella o bien inhibiéndolo para ciertos actos, cuando no fueren precedidos por la aprobación del curador (art. 344). Como puede apreciarse, en algunos casos queda sujeto a interdicción, y en otros, a una simple asistencia de su curador.

En numerosas legislaciones, la prodigalidad está legislada como en nuestro país, con un sentido definidamente protector de la familia; sólo puede ser pedida la interdicción por los herederos forzosos y no procede en caso de que no los haya: tal el sistema del Código Civil brasileño (arts. 460 y 461); español (art. 222), portugués (arts. 340 y sigs.).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 26/4/1979, E.D., fallo n° 32.193.

§ 2.— Régimen legal de la inhabilitación

593-5. PROCEDIMIENTOS.— Según el artículo 152 bis Ver Texto , se aplicarán en lo pertinente las reglas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Esta remisión se refiere particularmente a las reglas de procedimiento, pues las reglas de fondo, es decir, las consecuencias de la sentencia son distintas y están reguladas en los últimos dos apartados del mismo artículo.

En consecuencia se aplicarán a la inhabilitación los artículos 140 Ver Texto a 150, Código Civil y artículos 624 Ver Texto y siguientes, Código Procesal, en lo pertinente, según dice con acierto el artículo 152 bis Ver Texto , porque algunas de aquellas reglas no se ajustan a la naturaleza del juicio de inhabilitación y, por tanto, no le son aplicables. Veamos cuáles no lo son:

a) En primer lugar, la exigencia del certificado médico o en su defecto la opinión de dos médicos forenses (arts. 624 Ver Texto y 625, Cód. Proc.) es aplicable a los casos de los dos primeros incisos del artículo 152 bis Ver Texto , pero no al supuesto de prodigalidad, pues ésta es independiente de la alteración de las facultades psíquicas. Pero no hay que olvidar que la exigencia de los artículos 624 Ver Texto y 625 tiende a evitar que las personas puedan ser molestadas con denuncias irresponsables; se exige así un recaudo que asegure prima facie la seriedad de la denuncia. Por esta misma razón y ya que no cabe exigir el certificado médico, los jueces deberían requerir alguna prueba objetiva que acredite la dilapidación o el peligro para el patrimonio del denunciado (ver nota 1). La práctica ha puesto de manifiesto con qué ligereza se ha echado mano de la supuesta prodigalidad de una persona para llevarlo ante los tribunales, obligándolo a seguir un molesto juicio.

Por eso mismo, la ley 22434 ha introducido en el Código Procesal Civil y Comercial el artículo 637 bis Ver Texto , que dispone que el juicio de inhabilitación por prodigalidad debe tramitar por juicio sumario, lo que significa que de la demanda debe correrse traslado al presunto pródigo.

b) No corresponde la designación de curador ad litem en el juicio de inhabilitación. Este defensor del presunto insano ha sido previsto por la ley precisamente porque se presume que no está en condiciones de defenderse por sí solo. El juez tiene a su vista los certificados médicos de los que resulta prima facie esa insania. Siendo así, es lógico que la ley asegure su defensa mediante un funcionario designado por el juez. Nada de esto ocurre en el proceso de inhabilitación. Aun decretada ésta, el inhabilitado tiene plena capacidad para estar en juicio por sí solo. No se justifica, por tanto, que en el proceso para la declaración de esa inhabilitación se le nombre defensor. Claro está que si del examen médico resultara que el denunciado no es solamente un débil mental sino un demente, a partir de entonces se

le debe designar curador ad litem, pues está claro que el dictamen médico ha transformado virtualmente el juicio de inhabilitación en juicio de insania.

En cambio, pensamos que es procedente la designación de un curador provisional a los bienes, si se dan las circunstancias del artículo 148 Ver Texto , pero no ya para administrar los bienes, sino sólo para que el presunto inhabilitado no pueda disponer de ellos sin el consentimiento del curador.

c) Tampoco es aplicable al caso de prodigalidad lo dispuesto por el artículo 144 Ver Texto , Código Civil, pues sólo están autorizados para iniciar el proceso los ascendientes, descendientes y cónyuge (art. 152 bis Ver Texto , inc. 3º). Sorprende un fallo de la Cámara Civil de la Capital que decidió que esta limitación debe aplicarse a todos los supuestos de inhabilitación (ver nota 2) cuando es evidente que sólo alude al pródigo y que en los demás supuestos del artículo 152 bis Ver Texto es de aplicación lo dispuesto por el artículo 144 Ver Texto .

Declarada la inhabilitación son de aplicación las reglas sobre la insania para la designación de curador definitivo (arts. 476-480).

Suele ocurrir en la práctica que pedida la inhabilitación, el dictamen médico demuestra que el demandado es insano o que demandada la declaración de demencia, el dictamen prueba que sólo se trata de un débil mental. Los tribunales no vacilan en ajustar su decisión al verdadero estado mental del causante, aunque la declaración de inhabilitación o de demencia no se ajuste exactamente a lo pedido (ver nota 3).

La Cámara Civil de la Capital ha resuelto que las costas del juicio de inhabilitación deben imponerse al denunciado en cuyo interés debe suponerse que se acciona y si la denuncia es rechazada debe distinguirse si hubo buena fe en el denunciante o, por el contrario, malicia o error inexcusable, para imponerlas en este caso al denunciante. Ello por aplicación del artículo 152 bis Ver Texto . que manda aplicar “en lo pertinente, las normas del juicio de insania (ver nota 4).

(nota 1) De acuerdo: RAFFO BENEGAS y SASSOT, J.A., Doctrina, 1969, p. 553.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala F. 15/12/1970, J.A., t. 10, 1971, p. 335. De acuerdo con nosotros en que salvo el caso de prodigalidad pueden entablar la acción por inhabilitación todas las personas indicadas en el art. 144 Ver Texto : MOISSET DE ESPANÉS, J.A., t. 12, 1971, p. 206.

(nota 3) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala E, J.A., t. 20-1973, p. 273; MOISSET DE ESPANÉS, J.A., t. 12, 1971, p. 208.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 4/12/1980, J.A., 1981-I, p. 515.

1117/10787

593-6. CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS INHABILITADOS (ver nota 1).— Mientras en la demencia la incapacidad es la regla y abarca todos los campos jurídicos, en la inhabilitación la regla es la capacidad.

La idea general es que el inhabilitado pueda realizar por sí mismo todos los actos de administración, pero no los que puedan comprometer sus bienes. Por ello, no puede otorgar por sí solo los actos de disposición, para los cuales necesita la conformidad del curador (art. 152 bis Ver Texto , 3er. párr.); más aún, la sentencia puede inhabilitarlo para realizar ciertos actos de administración teniendo en cuenta las circunstancias del caso (art. 152 bis Ver Texto , in fine). En efecto, puede ocurrir que la debilidad mental sea grave y que la administración de los bienes sea compleja; por ejemplo, la administración de un establecimiento fabril o agropecuario. El juez puede extender la inhabilitación también a esos actos.

Pensamos, sin embargo, que esta facultad judicial no puede ser ejercida en caso de prodigalidad. En este supuesto, lo único que interesa es evitar que dilapide su patrimonio; para eso basta con impedirle disponer por sí solo de sus bienes.

La inhabilidad para disponer sólo comprende los actos entre vivos, lo que significa que el inhabilitado puede testar. Debemos precisar este concepto: la inhabilitación no crea por sí una incapacidad para testar; pero si el juez llega a la conclusión de que la debilidad mental, sin llegar a la demencia, priva al enfermo de la plena razón para testar, debe invalidarse el testamento (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 2, núm. 1076).

El inhabilitado puede ser excluido por sus socios de las sociedades de responsabilidad limitada, colectivas, en comandita simple, de capital e industria, en participación y en comandita por acciones, si es socio comanditario (art. 91 Ver Texto , ley 19550).

El inhabilitado necesita la conformidad del curador para aceptar herencias, pues el artículo 3333 Ver Texto requiere capacidad para la libre administración de los bienes; esta expresión significa libertad para administrar y disponer, y el inhabilitado no la tiene. Es la

buena solución, pues las sucesiones suelen ser complejas y hasta tener deudas que sobrepasen los bienes. Con tanta mayor razón se necesitará la conformidad del curador para renunciar una herencia.

Para la partición privada de los bienes de una sucesión o de la sociedad conyugal debe requerirse el asentimiento del curador, dado que en ella puede comprometerse bienes que legalmente corresponden al inhabilitado, es decir, que importa o puede importar la disposición de bienes (ver nota 2).

Cabe preguntarse si en algunos casos estará el juez autorizado a disponer que el inhabilitado no será sólo asistido, sino que inclusive puede ser representado por el curador, desplazándolo de la administración de sus bienes. Supongamos la administración de un establecimiento de campo. La asistencia se hace muy difícil si el inhábil no la acepta de buen grado; ¿y cómo impedir una enajenación de hacienda u otros muebles no registrables? Creemos que en estos casos de excepción el curador puede sustituir totalmente al inhábil cuando la conducta de éste revele su total incapacidad para administrar, y el peligro para sus bienes (ver nota 3).

Otro supuesto en el que hay que reconocer al curador del inhabilitado la atribución de actuar a nombre y en representación de éste, es cuando ejerce la acción de nulidad de acto otorgado irregularmente por el inhabilitado, pues de otra manera se haría ilusoria la protección otorgada por la ley (ver nota 4).

¿Puede el interdicto contraer deudas por sí, vinculadas con la administración normal de su patrimonio, como puede ser el crédito para gastos de siembra y cosecha? Pensamos que no; contraer una deuda debe siempre considerarse acto de disposición a los efectos del régimen de la inhabilitación (ver nota 5).

La ley 24522, sobre concursos, establece que el pedido de concurso o quiebra debe ser hecho por el representante legal del inhabilitado (art. 7°), quien lo sustituye en el trámite ulterior (art. 109). Es un evidente error de concepto. Los inhabilitados no tienen representante legal. Las disposiciones aludidas deben entenderse en el sentido de que el inhabilitado debe actuar asistido por su curador.

Por las razones que damos en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 2, núm. 1632), pensamos que los inhabilitados no pueden ser albaceas.

593-7.— Con relación a los actos extrapatrimoniales, el inhabilitado no tiene, en principio, ninguna limitación. En consecuencia, puede contraer matrimonio, divorciarse, reconocer hijos extramatrimoniales, etcétera.

Pero si la inhabilitación se decreta por alguna de las causales previstas en los incisos 1° y 2°, del artículo 152 bis Ver Texto , el inhabilitado queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad hasta que sea rehabilitado (art. 309 , ref. por ley 23264). Aunque la ley no lo prevé expresamente, pensamos que por evidente analogía, quedan también impedidos de ejercer la tutela y la curatela.

Puede también estar en pleito civil o criminal, con la salvedad de que si el pleito civil se refiere a sus bienes, debe actuar asistido —no patrocinado, porque la elección de patrocinante es derecho del inhabilitado— por su curador, para evitar un acto indirecto de disposición por vía de transacción, renuncia a la defensa, vencimiento de plazos, etcétera.

Pero se ha declarado que como la inhabilitación procura tutelar a los disminuidos en sus facultades, ebrios habituales y toxicómanos, tanto en su persona como en su patrimonio, cuando la naturaleza y características propias de la enfermedad hagan presumible su agravación, debe munirse al curador de atribuciones específicas, tendientes a prevenir perjuicios personales y aun de tercero (ver nota 6).

593-8. ACTUACIÓN DEL CURADOR.— El curador del inhabilitado, a diferencia de los curadores de otros incapaces, no representa al inhabilitado ni puede actuar a su nombre. Su función es la de asistirlo, integrando con su conformidad la manifestación de voluntad del propio inhabilitado.

Esa conformidad basta para convalidar el acto, sin necesidad de que previamente se requiera autorización judicial. Es, además, un curador a los bienes, no a la persona, cuyo cuidado no le compete.

Adviértase que este curador tiene poderes, a veces más restringidos, a veces más extensos, que los del demente. Más restringidos porque no puede actuar en representación del inhabilitado ni administrar sus bienes, ni le corresponde actuar en el terreno extrapatrimonial; más extensos porque no necesita requerir autorización judicial para dar su conformidad con un acto de disposición.

La aplicación del sistema legal no ofrece dificultades prácticas cuando se trata de bienes registrables; basta con anotar la sentencia en el Registro para que el inhabilitado no pueda disponer de esos bienes sin el consentimiento del curador. En cambio la cuestión se complica cuando se trata de bienes no registrables y particularmente si la sentencia extiende la inhabilitación a ciertos actos de administración. ¿Cómo impedir que el inhabilitado los lleve a cabo? La solución dependerá de las circunstancias del caso; el curador deberá gestionar el libramientos de oficio para impedir que el inhabilitado opere por sí solo en el

manejo de sus créditos o cuentas bancarias, para evitar que venda el producto de sus cosechas o sus haciendas, etcétera.

Excepcionalmente, el curador puede asumir la administración de los bienes del inhabilitado (véase núm. 593-6).

Cabe preguntarse qué ocurre si el curador niega irrazonablemente o infundadamente su asentimiento. Es indudable que el inhabilitado puede recurrir ante el juez para lograr la autorización (ver nota 7): la cuestión se resolverá por el trámite de los incidentes y con intervención del Asesor de Menores e Incapaces (art. 637 quinto, Cód. Proc.).

593-9.— En cuanto a sus honorarios, consideramos que no es aplicable el criterio de la décima, justo cuando el curador administra, pero no en este caso, en que no lo hace. Por consiguiente, ellos deben ser fijados prudencialmente por el juez.

593-10. NULIDAD DE LOS ACTOS OTORGADOS SIN CONFORMIDAD DEL CURADOR.— Los actos de disposición (y los de administración que la sentencia hubiera determinado) celebrados sin la conformidad del curador son nulos, de nulidad relativa (ver nota 8).

El concepto de notoriedad no se aviene pues con esta institución, sin perjuicio, claro está, de que si se prueba que en el momento de la celebración del acto el enfermo había perdido su conciencia por ebriedad o por el uso de drogas, habrá nulidad conforme con el artículo 921.

Por lo demás, en este caso será imposible que el tercero contratante aduzca buena fe. Tampoco la habrá en el supuesto de que alguien se aproveche de la debilidad o inexperiencia del inhabilitado para imponerle condiciones injustas (hipótesis de lesión), pues el aprovechamiento indica mala fe.

Pero como regla, aun después de la sentencia judicial de inhabilitación, el tercero de buena fe y a título oneroso estará protegido contra la acción de nulidad del acto otorgado por el inhabilitado sin consentimiento del curador. Esto hace indispensable que dictada la sentencia de inhabilitación, se adopten de inmediato las medidas previstas en el artículo 629 Ver Texto , Código Procesal, para el supuesto de demencia (y, por tanto aplicable a nuestro caso por disposición del art. 152 bis Ver Texto), es decir, la inhibición general de bienes y las providencias que fueran indispensables para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y los valores.

Cabe preguntarse qué ocurre si, anotada la inhabilitación general de bienes, el inhabilitado firma un boleto de compraventa con un tercero de buena fe. La escritura, desde luego, no se podrá otorgar, puesto que para ello será indispensable el asentimiento del curador; pero el boleto es, en principio, válido, ¿Puede el tercero demandar el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento? Pensamos que el problema debe resolverse sobre una base de equidad: debe indemnizarse el daño emergente, pero no el lucro cesante. En efecto, si bien es justo que el tercero de buena fe no sufra daño con motivo de la anulación del acto, es igualmente justo que no pretenda hacerle pagar a quien contrató en inferioridad de condiciones lo que hubiera podido ganar en el contrato. Además, consideramos que la apreciación de los daños debe hacerse con criterio restrictivo.

593-11.— Antes de la inhabilitación no hay ninguna restricción legal al derecho de disposición, de tal modo que no se podrá, como en el caso de demencia, pretender la nulidad del acto so pretexto de que la deficiencia o la prodigalidad eran notorias. La diferencia con el supuesto de demencia se explica muy naturalmente: la demencia genera una incapacidad, en tanto que la ebriedad, la toxicomanía, la disminución de las facultades, la prodigalidad, no; sólo permiten adoptar una medida tuitiva que en tanto no se adopte deja a la persona en el uso pleno de su capacidad. Sin perjuicio, claro está, de que si el tercero contratante ha aprovechado de la inferioridad psíquica o física de la otra parte para inducirlo a aceptar un contrato gravemente injusto, puede pedirse la nulidad por causa de lesión (art. 954).

(nota 1) Véase, ORÍA, La curatela y el régimen de validez de los actos del inhabilitado, L.L., 1976-A, p. 688.

(nota 2) De acuerdo: VERA OCAMPO, Inhabilitación judicial por embriaguez o uso de estupefacientes, L.L., 1988-B, p. 1011.

(nota 3) En contra: ORÍA, L.L., 1976-A, p. 688.

(nota 4) De acuerdo: ORÍA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) En contra TOBÍAS, La inhabilitación, quien sostiene que si razonablemente el interdicto sólo compromete sus rentas futuras, el acto es válido.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C. 7/4/1988, E.D., t. 127, p. 463.

(nota 7) De acuerdo: MAZZINGUI (h.), Dementes, E.D., t. 59, p. 759, n° 32; IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Actas, t. 1, p. 247.

(nota 8) De acuerdo: LLAMBÍAS, La reforma, p. 53; ARAUZ CASTEX, Parte General, La reforma de 1958, p. 47. Inexplicablemente, LAGOMARSINO sostiene que es una nulidad absoluta por hallarse comprometido el orden público (Los prodigios en la reforma del Código Civil, E.D., t. 25, p. 903). No se ve motivo alguno para anular un acto que se demuestra conveniente para el inhabilitado. Supongamos que ha comprado la casa donde vive y lo ha hecho a un precio razonable. ¿Habrá que anular el acto de oficio y dejar en la calle al inhabilitado?. Pero ya hemos dicho anteriormente que la nulidad de los actos otorgados por un demente no puede ser opuesta a los terceros de buena fe y a título oneroso, cuando la demencia no es notoria (véase núms. 543 y sigs.). Con tanta mayor razón esta solución es aplicable a los inhabilitados, con la siguiente importante salvedad: que aquí no se plantea el problema de la notoriedad. La ebriedad, la toxicomanía, la debilidad de espíritu, la prodigalidad tienen grados sutiles y, salvo casos excepcionales, no puede hablarse de notoriedad. Por lo demás, aun siendo notoria no inhabilita de por sí al enfermo pródigo, pues sólo la sentencia judicial le crea una limitación.

1117/10797

593-12. EL PROCESO DE INHABILITACIÓN NO PUEDE DESISTIRSE.— Una vez interpuesta la denuncia ni el denunciante ni el asesor pueden desistir del pedido; el trámite debe seguir hasta el dictado de la sentencia que disponga la inhabilitación o la desestime; así lo exige la finalidad tuitiva de la institución y la naturaleza de las cuestiones que se dilucidan en el proceso (ver nota 1).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala H, 28/10/1994, L.L., fallo n° 93.151, con nota aprobatoria de TOBÍAS; de acuerdo, SPOTA, J.A., 1955-III, p. 146, para el caso análogo de demencia; ALSINA, t. 6, p. 429.

1117/10807

593-13. REHABILITACIÓN DEL INHABILITADO.— También en lo que atañe a la rehabilitación, el artículo 152 bis Ver Texto remite a las normas relativas a la demencia. Vale decir, será necesario un nuevo examen médico del cual resulte que ha desaparecido la debilidad de las facultades intelectuales y volitivas que en su momento dio motivo a la declaración de inhabilidad.

Pero respecto de los prodigios se presenta un problema delicado. No se trata de un supuesto de enfermedad mental, por lo que no cabe el examen médico. Tampoco es posible exigirle

al pródigo que demuestre que la prodigalidad se ha extinguido, toda vez que la realización de los actos de disposición le está prohibida (ver nota 1).

La rehabilitación del pródigo surgirá, desde luego, del fallecimiento del cónyuge y de todos sus ascendientes o descendientes; igualmente deberá decretarse si todos ellos la piden, puesto que si sólo ellos tienen la acción y el ejercicio de ésta es facultativo, es obvio que debe reconocérseles el derecho a renunciar a la protección legal. Pensamos también que la rehabilitación puede decretarse si se demuestra que se ha producido una transformación del contorno social que lo inducía a la prodigalidad (ver nota 2). Así, por ejemplo, un hombre joven, de vida desarreglada, rodeado de malos amigos y de mujeres que lo inducen a hacer una vida dispendiosa, puede haberse alejado de ellos, casado y regularizado su vida. El juez tendrá en cuenta estos hechos, consultará con los parientes del pródigo y se formará juicio respecto de la conveniencia de rehabilitarlo. Y puede contribuir también a formar esa convicción el informe de psicólogos que estudien al pródigo (ver nota 3). Igualmente debe bastar que el pródigo haya hecho después una fortuna importante.

La rehabilitación puede ser pedida por todas las personas que pueden pedir la inhabilitación y aun por el propio inhabilitado (art. 635 Ver Texto , Cód. Proc.).

(nota 1) LAGOMARSINO, Los pródigos en la reforma del Código Civil, E.D., t. 25, p. 869.

(nota 2) TOBÍAS, La inhabilitación, n° 250; TAU ANZOÁTEGUI, nota en L.L., t. 138, p. 1282; GOLDENBERG, Enciclopedia Omeba, Apéndice, t. 1, p. 200.

(nota 3) Esta es una sugerencia de LAGOMARSINO, op. cit., en nota anterior. Nosotros pensamos que por sí solo, este elemento de juicio es endeble, pero unido a otro, puede ser importante.

1117/11350

VII. SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA (ver nota 1)

1117/594

594. EVOLUCIÓN DE SU “STATUS” LEGAL.— El proceso de emancipación civil y política de la mujer debe considerarse concluido en las sociedades contemporáneas. Hasta principios de este siglo, si bien se aceptaba ya la paridad de derechos entre el hombre y la mujer soltera o viuda, todavía se mantenía en casi todas las legislaciones la incapacidad, más o menos extensa, de la mujer casada. Se aducían en defensa de este sistema razones vinculadas con la unidad familiar y la solidez del matrimonio. Mantener la autoridad marital y sujetar a la mujer a la representación legal de su esposo, haciendo pesar sobre ella una incapacidad de hecho para administrar y disponer de sus bienes, eran, sin dudas, disposiciones que contribuían a reforzar la coherencia del núcleo familiar. Pero estas razones no han sido suficientes para que el proceso de equiparación de la mujer con el hombre siguiera su curso. Lo han impuesto, razones de orden económico y cultural. La familia media contemporánea ya no está organizada como en el siglo pasado sobre la base del sostén económico exclusivo del marido; hoy la mujer trabaja y aporta entradas al hogar, que si bien suelen ser complementarias en la mayor parte de los casos, no por ello son menos indispensables en la economía familiar. La verdad es que ésta se funda hoy, por lo regular, en la contribución de ambos cónyuges. La mujer se ve obligada por las circunstancias a actuar activamente en la esfera jurídica y, para ello, necesita gozar de plena capacidad. Además, su acceso a la cultura, a las profesiones liberales, al mundo de los negocios y de la política, haría hoy insoportable toda restricción. De ahí que las legislaciones modernas han hecho desaparecer todas o casi todas las limitaciones a la capacidad jurídica de la mujer casada, tanto en lo que se refiere a los derechos de familia como en lo atinente a la administración de sus bienes propios y lo que adquiere con su trabajo o profesión (ver nota 2).

1117/595

595. RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL.— La mujer casada era incapaz de hecho relativa (art. 55 Ver Texto) y estaba bajo la representación necesaria de su marido (art. 57 Ver Texto , inc. 4º).

Quedaba separada de la administración de sus bienes, fueran propios o adquiridos durante el matrimonio con su trabajo, profesión o industria (art. 1277 Ver Texto); tampoco podía realizar contrato alguno y mucho menos disponer de sus bienes, fuera por título gratuito u oneroso, sin licencia o poder del marido (art. 55 , ley mat. civil). Este era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, propios o gananciales (arts. 1276 Ver Texto , Cód. Civ., y 52 , ley mat. civil), salvo el caso de que, en las convenciones matrimoniales, la mujer se hubiera reservado el derecho de administrar algún bien raíz de los que llevara al matrimonio o que adquiriera después por título propio (art. 1217 Ver Texto , inc. 2º), lo que era completamente desusado entre nosotros.

Tampoco podía estar en juicio sin licencia especial del marido, dada por escrito (art. 54 , ley mat. civil).

1117/596

596.— Por el contrario, la mujer soltera mayor de edad era plenamente capaz de hecho, pero estaba afectada por algunas incapacidades de derecho: no podía ser tutora ni curadora (arts. 398 Ver Texto y 475 Ver Texto), ni testigo en instrumentos públicos (art. 990 Ver Texto).

1117/597

597. RÉGIMEN DE LA LEY 11357.— En el año 1926 este estado de cosas resultaba ya intolerable. Se dictó entonces la ley 11357 , que modificó profundamente la situación de la mujer casada.

El artículo 3º Ver Texto , especificó, de modo expreso, cuáles son los derechos que se le reconocían:

1º Conserva y ejerce la patria potestad de sus hijos de un matrimonio anterior.

2º Sin necesidad de autorización marital o judicial, puede:

a) Ejercer profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, administración y disponiendo libremente del producido de esas ocupaciones; adquirir con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria toda clase de bienes, pudiendo administrar y disponer de estos bienes libremente. La mujer podrá hacer constar en la escritura de adquisición que el dinero proviene de alguno de esos conceptos. Esa manifestación importará una presunción “juris tantum”.

b) Formar parte de asociaciones civiles o comerciales y de asociaciones cooperativas.

c) Administrar y disponer a título oneroso de sus bienes propios y de los que le correspondan en caso de separación judicial de bienes de los esposos. Se presume que el marido tiene mandato para administrar los bienes de la mujer, sin obligación de rendir cuentas por las rentas o frutos percibidos, mientras la mujer no haga una manifestación de voluntad contraria inscripta en un registro especial o en el de mandatos, donde no lo hubiere.

d) Administrar los bienes pertenecientes a sus hijos de un matrimonio anterior, sin que los frutos naturales o civiles de los mismos pertenezcan a la nueva sociedad conyugal.

e) Aceptar o repudiar el reconocimiento que de ella hicieren sus padres.

f) Aceptar herencia con beneficio de inventario.

g) Estar en juicio en causas civiles o criminales que afecten su persona o sus bienes o a la persona o bienes de sus hijos menores de un matrimonio anterior.

h) Ser tutora, curadora, albacea, testigo en instrumentos públicos y aceptar donaciones.

Las restantes disposiciones de la ley se refieren a la sociedad conyugal, cuyo estudio corresponde al derecho de familia y a los derechos de la mujer casada menor de edad.

1117/598

598.— De la enumeración de los derechos de la mujer casada formulada en el artículo 3º Ver Texto de la ley, que hemos transcripto, se desprende el reconocimiento de una casi plena capacidad civil: son muy pocos, y desde luego, poco importantes, los actos que la mujer casada no podía realizar por sí: no podía disponer a título gratuito de sus bienes propios (inc. c), aunque sí podía hacerlo respecto de los gananciales que hubiera adquirido con su comercio, profesión o industria (inc. a); tampoco podía aceptar lisa y llanamente herencias, pues debía hacerlo con beneficio de inventario (inc. f) (ver nota 3). Salvo estos casos excepcionales, la mujer quedó equiparada al hombre. Hubiera sido preferible, desde el punto de vista de la técnica legislativa, que en lugar de enumerar cuáles son los actos que la mujer casada podía realizar, se hubiera sentado el principio general de su completa equiparación con el hombre, estableciendo expresamente las excepciones que se estimasen necesarias. Pero cualesquiera que fueran los errores de técnica, lo cierto es que salvo hipótesis excepcionales y no muy importantes, la incapacidad de la mujer casada quedó suprimida.

1117/599

599.— Adviértase, sin embargo, que el inciso c) mantenía la facultad del marido de administrar los bienes propios de la mujer. Pero entre el régimen del Código Civil y el de la ley 11357 había una diferencia sustancial: en el primero, el marido era el administrador legítimo y necesario de esos bienes y se desempeñaba como tal aun en contra de la voluntad

de su mujer; en cambio, la representación de la ley 11357 es simplemente voluntaria. La ley presumía que el marido tenía mandato de su mujer para administrar sus bienes; pero si ésta deseaba asumir personalmente la administración podía hacerlo, separando de ella al marido con una manifestación inscripta en el Registro de Comercio (el Registro de Mandatos a que alude la ley 11357 fue resuelto por el decreto-ley 7795/1955). La representación legal y necesaria del Código se transformó en voluntaria y, por lo tanto, revocable.

1117/600

600.— En cuanto a las incapacidades de derecho que pesaban sobre la mujer soltera (ver nota 4), quedaron totalmente suprimidas (art. 1º Ver Texto , ley 11357).

1117/601

601. LA CONVENCION DE BOGOTÁ DE 1948.— En el año 1948, los Estados americanos reunidos en la Novena Conferencia Internacional Americana suscribieron una Convención cuyo artículo 1º estableció que: Los Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre. Esta Convención fue ratificada por el gobierno argentino por decreto-ley 9983/1957 y hoy está incorporado a la Constitución Nacional (art. 75 Ver Texto , inc. 22).

Es indudable que la ratificación de esta Convención, convertida así en ley de la Nación, importó eliminar las últimas incapacidades que pesaban sobre la mujer casada en el régimen de la ley 11357 (ver nota 5). En cambio la Convención de Bogotá no influyó sobre el mandato tácito establecido por el artículo 3º Ver Texto , inciso 2º, c), de la ley 11357, pues aquí no estaban en juego derechos sustanciales de la mujer casada, sino una simple presunción legal de que el marido tenía poder de su mujer para actuar en su nombre.

1117/602

602. LA LEY 17711.— Si alguna duda quedaba acerca de los efectos de la Convención de Bogotá en nuestro derecho positivo, ella quedó disipada por la ley 17711 . Esta ley derogó todas las disposiciones del Código Civil y de la ley 11357 que establecían alguna restricción a la capacidad de la mujer casada y sentó expresamente el principio de que la mujer, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil (art. 1º Ver Texto , ley 11357, modif. por ley 17711). Inclusive ha dejado sin efecto el mandato legal en favor del marido, que la ley 11357 presumía hasta manifestación en contrario hecha en el Registro de Mandatos. Hoy el marido no puede administrar los bienes de su mujer sin mandato conferido por ella.

En todo el articulado de la nueva ley referente al derecho de familia, se advierte la preocupación de colocar a los cónyuges en un plano de completa igualdad en el ámbito patrimonial. La única excepción es que la ley reconoce al marido el derecho de administración de los bienes gananciales cuyo origen (es decir, cuál de los cónyuges los ganó) no pueda establecerse (art. 1276 Ver Texto). Es una regla destinada a zanjar un problema de hecho de otro modo insoluble.

Pero es necesario decir que la vida ha demostrado que esta regla no juega en la práctica ningún papel apreciable. En efecto, tratándose de bienes no registrables (pues si lo fueran, se conocería el origen de los fondos con los que se adquirieron), ambos cónyuges pasan a ser poseedores de ellos, sirviendo esta posesión de título suficiente frente a terceros, conforme lo dispone el artículo 2412 Ver Texto (sobre este tema, remitimos a nuestro Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 1, núm. 368).

1117/11930

602 bis. LAS LEYES 23264 Y 23515.— Estas leyes han completado esta evolución, poniendo a la mujer en un plano de completa igualdad con el marido, incluso en lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad y al derecho de elegir el domicilio conyugal que antes estaba reservado al marido y hoy debe ser elegido de común acuerdo.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: YORIO, Tratado de capacidad jurídica de la mujer, Buenos Aires, 1943; ANASTASI, L., Derechos civiles de la mujer, Buenos Aires, 1938, COLMO, A., La mujer en el derecho civil argentino, Buenos Aires; RÉBORA, J.C., La emancipación de la mujer, Buenos Aires, 1929; íd., El Estatuto de la mujer y las relaciones emergentes del matrimonio, Buenos Aires, 1927; ZEBALLOS, J.C., Derechos civiles de la mujer, Córdoba, 1943; SPOTA, A. G., notas publicadas en J.A., t. 30, sec. doct., p. 1; J.A., t. 32, p. 350; J.A., t. 76, sec. doct., p. 41; J.A., 1942-IV, p. 65; J.A., 1944-I, p. 593; SERVINI, E., La igualdad jurídica de los cónyuges, J.A., 1952-II, sec. doct., p. 12; LLAMBÍAS, La igualdad jurídica de los cónyuges, Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires, abril 1945, p. 107; ALSINA ATIENZA, D., Derechos civiles de la mujer, Rev. de Der. Civil, t. 2, 1930, ps. 293, y s.; ARATA, R. H., La mujer en el derecho civil argentino, Buenos Aires, 1946; ARGÜELLO, I. P., Capacidad civil de la mujer casada, Buenos Aires, 1945; ROSSE TIEJEN, A. H., Incapacidad de la mujer casada, Buenos Aires, 1912; DÍAZ DE GUIJARRO, E., La ley de derechos civiles de la mujer ante la jurisprudencia, Buenos Aires, 1930; BRAVO, M., Derechos civiles de la mujer, Buenos Aires, 1922; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., Tratado práctico de la mujer casada, de la mujer divorciada y de la mujer separada de bienes, Santiago de Chile, 1940; FRUGONI, E., La mujer ante el derecho, Montevideo, 1940; MARC ANCEL, Traité de la capacité civile de la femme mariée, París; AFTALIÓN, H., La femme mariée, París, 1932; LA VEGA, J. G.,

Capacité de la femme mariée dans le droit de l'Amérique latine, París, 1933; TURKMEN, SALIH, Les restrictions apportées au principe de l'égalité des époux, Ambilly, 1942.

(nota 2) Véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 1, n° 239 y s.

(nota 3) Se había decidido que la mujer casada es aceptante con beneficio de inventario de pleno derecho: C. Civil Cap., Sala A, 11/5/1956, L.L., t. 82, p. 662.

(nota 4) Véase n° 596.

(nota 5) De acuerdo: GUASTAVINO, Régimen jurídico de los cónyuges después de la ratificación de la Convención de Bogotá de 1948 por el decreto-ley 9983/57, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, t. 4, n° 8, en junio de 1962, p. 11; MARTÍNEZ RUÍZ, Los derechos civiles de la mujer casada en la República Argentina después de la ratificación de la Convención de Bogotá de 1948, Revista del Notariado, sep.-oct. 1962, p. 780. En igual sentido se pronunciaron las Segundas Jornadas de Derecho Civil reunidas en Corrientes en 1965; allí se dejó sentado que la Convención no importa modificar el régimen de preferencias legales cuando se trata de funciones que hacen conveniente el ejercicio unipersonal.

1117/11360

VIII. SITUACIÓN DE LOS RELIGIOSOS PROFESOS Y DE LOS DEUDORES CONCURSADOS O FALLIDOS

1117/11370

A.— RELIGIOSOS PROFESOS (ver nota 1)

1117/603

603. CONCEPTO LEGAL.— Interesa sobremanera precisar el concepto de religiosos profesos, ya que quienes abrazan ese estado están sujetos a serias incapacidades jurídicas, que no pesan sobre los demás religiosos.

La cuestión no es sencilla, puesto que en el derecho canónico la terminología ha variado. A partir de la sanción del Codex Iuris Canonici (1917), religioso profeso es todo aquel que abraza el estado religioso. Pero en el derecho anterior al Codex, solamente recibían aquella denominación los que hubieren ingresado a una orden y emitido votos solemnes y perpetuos de obediencia, pobreza y castidad (ver nota 2). Este es, indiscutiblemente, el significado con que la denominación de religioso profeso ha sido tomada en nuestro Código (ver nota 3), (véase Partida 1ª, tít. 7, ley 2). El voto de obediencia implica la observancia de las reglas y constitución de la orden y la ejecución de los preceptos del Superior, con prontitud, con exactitud, con alegría y con simplicidad, que constituyen los cuatro grados de la obediencia perfecta. El voto de pobreza obliga al religioso a no tener dominio alguno en las ropas, en los muebles u otras cosas, o en el dinero, pues todo es del convento; por el Concilio de Trento sólo están autorizados a tener la posesión en común de cosas muebles o inmuebles (ver nota 4). El voto de castidad es una afirmación de la lucha contra la carne y el mundo, un apartamiento de los bienes y goces terrenales por amor a Dios, por una absoluta entrega a él (ver nota 5).

Para que produzcan efectos en nuestro derecho, los votos, por consiguiente, deben ser solemnes, no bastando los simples. La solemnidad de los votos no depende de ritos o ceremonias; su diferencia con los simples se manifiesta, sobre todo, en sus efectos: a) Según el derecho canónico, los votos simples hacen ilícitos, pero no inválidos, los actos contrarios a ellos (canon 579); por consiguiente, un acto de disposición de bienes o el matrimonio celebrado por quienes los han pronunciado, aunque pecado, serían válidos. En cambio, la profesión solemne invalida los actos contrarios a los votos (canon 579); de ahí que el que profesa con estos votos es incapaz de poseer y adquirir bienes (ver nota 6). b) Los votos solemnes son siempre perpetuos; en cambio, los simples pueden ser temporarios o perpetuos. c) Sólo las Órdenes religiosas tienen votos solemnes; las Congregaciones, en cambio, sólo pueden tomar votos simples (canon 488). Desde hace varios siglos, la Santa Sede no concede ya la solemnidad de los votos a los nuevos institutos religiosos. En la mayoría de las órdenes mendicantes y monásticas, son solemnes. En la Compañía de Jesús, algunos miembros emiten votos solemnes y otros simples.

De lo expresado se desprende que, en nuestro Derecho, no deben considerarse religiosos profesos y, por consiguiente, tienen plena capacidad civil, todos aquellos que hubieran emitido votos simples, los clérigos, los que viviesen en congregaciones; de igual modo los curas párrocos, obispos y cardenales, puesto que estas dignidades los eximen de la mayor parte de las obligaciones inherentes a los votos de pobreza y obediencia (cánones 627, y sigs.) (ver nota 7). Asimismo, gozan de plena capacidad los ministros de todas las religiones no católicas.

604.— Los votos solemnes importan, para el que los emite, declinar completamente su propia personalidad en aras de un ideal del perfeccionamiento espiritual; quedan privados de sus bienes y hasta el gobierno de su propia persona. De ahí surgió la institución de la muerte civil, aplicada a tales religiosos. Esta institución resulta, desde luego, incompatible con el estado actual del Derecho y con el respecto por la personalidad humana. VÉLEZ SARSFIELD creyó necesario, sin embargo, hacer pesar sobre los religiosos profesos algunas incapacidades civiles, para poner en armonía nuestro derecho positivo con el canónico, respetando así las costumbres religiosas del país.

1117/605

605. ACTOS QUE NO PUEDEN REALIZAR.— La más importante de las incapacidades que pesa sobre los religiosos profesos es la establecida en el artículo 1160 Ver Texto del Código Civil, según el cual no pueden contratar sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado o contratasen por sus conventos. La prohibición absoluta de contratar sólo reconoce, por consiguiente, dos excepciones: a) compra de bienes muebles por dinero al contado; b) contratos realizados en representación y nombre de sus conventos. Esta prohibición no implica, sin embargo, la de disponer de sus bienes por actos de última voluntad, ni la de recibirlos por testamento o sucesión legítima, para lo que son plenamente capaces.

Tampoco pueden ser tutores ni curadores (arts. 398 Ver Texto , inc. 16 y 475 Ver Texto), ni testigos en instrumentos públicos (art. 990 Ver Texto), ni fiadores (art. 2011 Ver Texto , inc. 6°).

1117/606

606.— Todas estas incapacidades son de derecho, puesto que los actos prohibidos no pueden ser realizados tampoco por representantes legal o convencional (ver nota 8).

1117/607

607.— En los códigos modernos, las incapacidades de los religiosos profesos han sido suprimidas (ver nota 9). En los Proyectos de Reforma se ha eliminado también, y con razón, toda restricción a los religiosos. Las consecuencias de los votos solemnes son una cuestión de conciencia, que no tiene por qué trascender al derecho civil.

1117/608

608. INCAPACIDAD PARA RECIBIR HERENCIAS Y LEGADOS.— Según el artículo 3739 Ver Texto , son incapaces de suceder y de recibir legados: los confesores del testador en su última enfermedad; los parientes de ellos dentro del cuarto grado, si no fuesen parientes del testador; las iglesias en que estuviesen empleados, con excepción de la iglesia parroquial del testador y las comunidades a que ellos perteneciesen. Lo mismo establece el artículo siguiente para el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad.

En este caso, la incapacidad no deriva de la calidad de religioso profeso, sino de ser el confesor en la última enfermedad. La ley ha querido evitar que éste pudiera valerse de su ascendiente sobre el moribundo para lograr de él liberalidades en su testamento, lo que resulta repugnante a la moral y buenas costumbres. Esta incapacidad afecta, por consiguiente, a cualquier sacerdote, sea o no profeso, lo mismo que al pastor protestante (art. 3740 Ver Texto) y, por extensión, a todos los ministros de cualquier religión que asistiesen al enfermo en tales circunstancias.

1117/11380

B.— DEUDORES CONCURSADOS O FALLIDOS (ver nota 10)

1117/609

609. CONCEPTO Y REMISIÓN.— El artículo 1160 Ver Texto del Código Civil dispone que no pueden contratar los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores.

La declaración de concurso civil o comercial implica, en efecto, el desapoderamiento del deudor, quien queda desde ese momento separado de la administración y disposición de sus bienes.

Según el artículo 108 , ley 24522, quedan excluidos del desapoderamiento: 1) los derechos no patrimoniales; 2) los bienes inembargables; 3) el usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido, pero los frutos que le correspondan caen en desapoderamiento una vez atendidas las cargas; 4) la administración de los bienes propios del cónyuge; 5) la facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento; 6) las indemnizaciones que correspondan al fallido por daño a su persona física o agravio moral.

Cabe señalar el error de técnica jurídica que importa excluir del desapoderamiento los derechos no patrimoniales, ya que sólo se concibe aquél respecto de los derechos patrimoniales. Cabe preguntarse, empero, si tal disposición significa la derogación de ciertas incapacidades establecidas en el Código Civil, como, por ejemplo, la de ser tutor o curador (art. 398 Ver Texto , inc. 5º) o ser testigo en instrumento público (art. 990 Ver Texto). Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por considerar que tales incapacidades se mantienen. La derogación tácita por una ley posterior debe ser clara, y en este caso no lo es. En cambio, ha quedado claramente derogado el artículo 301 Ver Texto , según el cual el concursado queda separado de la administración de los bienes de sus hijos, salvo que los acreedores lo autoricen. Lo que a los acreedores les interesa, en efecto, es el usufructo de dichos bienes; que el padre ejerza o no la administración les es indiferente. Y en cuanto al usufructo se establece la buena solución: ingresará al concurso el excedente que resulte luego de satisfechas las cargas.

El concursado puede ser excluido por sus socios de la sociedad (art. 1735 Ver Texto , inc. 4º, Cód. Civ.), a menos que sea sólo socio industrial (art. 1736 Ver Texto); los herederos pueden pedir la destitución del albacea fallido (art. 3864 Ver Texto , Cód. Civ.). Pero el fallido conserva la facultad de desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia (art. 104 , ley 24522), y los ingresos que obtenga puede retenerlos para sí en la medida en que sean inembargables (art. 118 , inc. 2º, ley 24522).

Es de advertir en relación al desapoderamiento, que la falencia no provoca una incapacidad propiamente dicha; de tal modo que si liquidados los bienes y pagados los acreedores, quedara un remanente, ese remanente responde por los actos que el fallido hubiera celebrado con terceros durante la época de su desapoderamiento. Pareciera más propio decir que los actos del concursado son inoponibles a sus acreedores (ver nota 11).

El estudio de los efectos del concurso o la quiebra corresponde a aquellas instituciones, a las cuales nos remitimos.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LAFAILLE, H., Incapacidad de los religiosos profesos, J.A., t. 42, p. 413; SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol. 3.1, n° 606; voto del DR. BARRAQUERO en el fallo de la C. Civil 1ª Cap., L.L., t. 21, p. 839; SILENZI DI STAGNI, A., Los religiosos profesos, trabajo de Seminario, Fac. Derecho de Buenos Aires, 1936; DONOSO, J., Derecho canónico americano, Santiago de Chile, 1868; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, común y foral, 7ª ed., Madrid, 1949, ps. 426 y s.; KNECHT, A., Derecho matrimonial católico, trad. esp., Madrid, 1932; CREUSEN, J., Religiosos y religiosas, adaptación española, Madrid, 1947; FARE, A., Les voeux monastiques et leurs effets civiles. París, 1902.

(nota 2) CREUSEN, op. cit., en nota anterior, p. 181.

(nota 3) De acuerdo: C. Fed. Cap., 9/6/1933. J.A., t. 42, p. 413; C. Civil 1ª Cap., 20/4/1934, J.A., t. 46, p. 183; íd., 20/12/1940, L.L., t. 21, p. 839; LAFAILLE, J. A., t. 42, p. 413; ORGAZ, Personas individuales, p. 194, nota 33.

(nota 4) DONOSO, J., Derecho canónico americano, t. 1, ps. 75 y s.

(nota 5) KNECHT, A., Derecho matrimonial católico, p. 308.

(nota 6) CREUSEN, Religiosos y religiosas, ps. 194 y s.

(nota 7) Después de la sanción del nuevo Codex, resulta impropia la distinción entre clero regular y secular, que antes facilitaba la distinción entre los religiosos que estaban afectados de incapacidad y los que no lo estaban (véase canon 488 y nota de la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1949).

(nota 8) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, nº 600; ORGAZ, Personas individuales, p. 193; LAFAILLE, Contratos, t. 1, nº 253; SPOTA, t. 1, vol. 3.1, nº 606. FREITAS, por el contrario, las incluía entre las incapacidades de hecho (Esboço, art. 42, inc. 4º).

(nota 9) Véanse, sin embargo, algunas incapacidades que perduran en la legislación española en CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, 7ª ed., ps. 426 y s.

(nota 10) BIBLIOGRAFÍA: La bibliografía sobre este tema es abundantísima, sobre todo, en derecho comercial; en nuestra doctrina y con especial referencia a la capacidad del fallido, nos parecen especialmente importantes: RODRÍGUEZ QUESADA, R., J.A., 1944-I, sec. doct., p. 34; YADAROLA, M., El problema dogmático de la falencia, Bol. Fac. Derecho, Córdoba, t. 7, ps. 312 y s.; PARRY, R., El concurso civil de acreedores, Buenos Aires, 2ª ed., JOFRÉ, T., Concurso civil, nota en J.A., t. 11, p. 365.

(nota 11) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala D, 30/9/1964, L.L., t. 116, p. 568; LLAMBÍAS, t. 1, nº 602; MÉNDEZ COSTA, nota en J.A., Doctrina, 1973, p. 34.

CAPÍTULO IX - PERSONAS JURÍDICAS (ver nota 1)

1117/610

610. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— En el derecho romano primitivo, el concepto jurídico de persona estaba reservado exclusivamente a los individuos. El Estado actuaba siempre como poder público, aun en sus relaciones patrimoniales con los ciudadanos.

La idea de lo que actualmente concebimos como persona jurídica asoma recién en la época del Imperio. A las ciudades a las cuales se les privó de su independencia política se les permitió, en cambio, continuar actuando en el campo del derecho privado; se encontraron sometidas al *jus singulorum*, obligadas a usar las formas ordinarias del comercio jurídico y a comparecer ante los jueces conforme a las reglas del procedimiento civil. De esta manera se atribuyó por primera vez capacidad jurídica a entes que no eran personas físicas. Y como esa solución resultó práctica y útil, se la extendió a otras corporaciones: aldeas, provincias romanas, colegios sacerdotales, colegios de los empleados asalariados del Estado, cuerpos de artes y oficios, *collegia funeraticia*, destinados al culto y principalmente a asegurarse la sepultura; inclusive, llegó a reconocerse la capacidad de ciertas vastas sociedades comerciales destinadas a explotar minas o que contrataban los impuestos públicos.

Aunque nunca llegó a desarrollarse una doctrina cabal de la personalidad jurídica o moral tal como hoy la concebimos, lo cierto es que el paulatino desenvolvimiento de estas corporaciones concluyó en reconocerles una verdadera independencia jurídica con respecto a sus miembros: los derechos y obligaciones de estas entidades no afectaban a sus componentes.

No poca influencia en el desarrollo de la idea de persona jurídica en el derecho romano tuvieron la Iglesia Católica y el derecho canónico. Cuando todavía no resultaba claro distinguir los intereses de la asociación o corporación de los intereses de los miembros que las integraban, esa distinción resultó patente en la Iglesia. Esta se concebía como una unidad espiritual, mística, invisible, como una institución creada por Dios para la salvación de los hombres, como la encarnación de la divinidad sobre esta tierra. San Pablo la llamaba el *corpus mysticum Christi*. Los cristianos están en el seno y bajo la protección de la Iglesia pero no la forman; es una institución sagrada e inmutable, que está más allá y por encima de los fieles (ver nota 2). Los miembros, sea de la Iglesia universal, sea de cada una de las Iglesias locales, están al servicio de esos fines y sólo indirectamente persiguen un interés o beneficio propio e individual (ver nota 3).

La idea de la fundación es también un producto del derecho canónico. Insinuada en las postrimerías del Imperio Romano, se desenvuelve plenamente, para dar satisfacción a los

problemas jurídicos que suscitaban las donaciones hechas con el fin de crear instituciones religiosas o de caridad (conventos, hospitales, refugios). El sujeto de derecho era la unidad invisible de la fundación que, por lo general, se ponía bajo el patronato de un santo. El santo era el emblema de la institución: con él se contrataba y se litigaba (ver nota 4); la distinción con sus administradores y con los beneficiarios o destinatarios era perfectamente nítida.

1117/611

611.— Durante la época medieval, la idea de la personalidad jurídica fue desenvolviéndose lenta y penosamente. En verdad, el problema jurídico que estas entidades implicaban fue considerado de importancia secundaria hasta el advenimiento del capitalismo moderno. De pronto, la cuestión de la personalidad jurídica adquiere una resonancia insospechada en el derecho, en la economía, en los problemas sociales. En efecto, no tardó en advertirse que algunas de estas entidades y, particularmente, las sociedades anónimas, podían convertirse en eficacísimos instrumentos para el desarrollo del comercio y de la industria. Fueron, dice un autor, “el más grande descubrimiento de los tiempos modernos, más precioso que el del vapor o de la electricidad” (ver nota 5). Permitían, ante todo, reunir grandes capitales, que los hombres individualmente no poseían; además, facilitaban las empresas audaces y riesgosas, pues sus componentes podían afrontarlas con la tranquilidad de que el fracaso no suponía la ruina de todo su patrimonio, sino solamente la pérdida de su aporte social, puesto que la separación entre la entidad y sus miembros permitía esta solución. La influencia que las personas jurídicas han tenido en el desarrollo del maquinismo y de la técnica moderna, es realmente inapreciable.

Pero al lado de estas ventajas, bien pronto pudieron advertirse algunos inconvenientes, que el tiempo fue acentuando. La acumulación de capitales hizo poderosísimas a muchas personas jurídicas. Su influencia resultó decisiva en la producción, en la fijación de los precios de algunos artículos y mercaderías, incluso de primera necesidad. Y como ellas se manejaban en el sentido que más convenía a sus capitales, muchas veces su poderosa gravitación contrariaba los intereses públicos. En no pocos países las entidades industriales y financieras llegaron a tener una influencia sofocante en la política y en el gobierno; y lo que es más grave, como los capitales son internacionales, esa influencia estaba por lo común destinada a servir intereses foráneos. Ciertas sociedades anónimas llegaron a ser más fuertes que el propio gobierno del país en que actuaban.

Además, el natural desenvolvimiento y fortalecimiento de estas entidades condujo inevitablemente a las más extremas e injustas formas del capitalismo. La riqueza se concentró más y más en manos de pocos, mientras aumentaban alarmantemente las masas proletarias (ver nota 6).

Estos fenómenos económicos y sociales despertaron, como era lógico, el interés por el problema jurídico de las personas morales. Se discutió agudamente su naturaleza. La necesidad del contralor del Estado sobre ellas se hizo evidente; fue preciso, asimismo, extender su responsabilidad civil y, en algunos casos, admitir incluso la penal. Además, la personería jurídica se ha utilizado para disimular patrimonios, eludir el cumplimiento de leyes, burlar los derechos de terceros. Todo ello constituye un tema muy vivo en nuestros días. Por un lado, no puede discutirse la conveniencia del contralor del Estado, la admisión más lata de la responsabilidad de las personas jurídicas, la necesidad de evitar que se conviertan en pantallas destinadas a burlar los derechos de terceros; por el otro, es también indudable que la legislación debe cuidar que no se sofoque y esterilice un instrumento tan precioso de producción y de desarrollo industrial como son estas entidades. De cada uno de estos problemas hemos de ocuparnos oportunamente.

1117/11400

§ 1.— Naturaleza jurídica (ver nota 7)

1117/612

612.— La naturaleza jurídica de las entidades colectivas o morales ha sido uno de los temas debatidos más luminosamente en la ciencia del derecho. La importancia de los problemas implicados en ella atrajo sobre la cuestión el interés de los más sabios tratadistas, a partir de mediados del siglo pasado. Actualmente, este entusiasmo está declinando. Los juristas modernos se preocupan más de la solución práctica de los problemas que ellos plantean que de las construcciones teóricas (ver nota 8), cuya lógica, a veces brillante, suele esconder trampas para la justicia o los intereses económicos en juego.

1117/11410

A.— TEORÍA DE LA FICCIÓN

1117/613

613. EXPOSICIÓN Y CRÍTICA (ver nota 9).— La teoría de la ficción, que fuera insinuada por Sinibaldo DEI FIESCHI y sistematizada de una manera conclusa y definitiva por SAVIGNY, parte de la idea de que el único sujeto natural de derechos y obligaciones jurídicas es el hombre. Sólo éste es capaz de voluntad y, por consiguiente, sólo él puede ser

naturalmente sujeto de derechos, puesto que el derecho subjetivo es un poder que la ley acuerda a una voluntad.

Cuando la ley considera y trata al hombre como persona, ella no le confiere la personalidad, pues no hace sino reconocer y confirmar una personalidad preexistente. Por el contrario, cuando el derecho otorga la capacidad jurídica a un ser que en realidad no tiene ni pensamiento ni voluntad, no es sino por una ficción que lo hace; esa ficción consiste en admitir que ese ente piensa y quiere, aunque, en verdad, sea incapaz de hacerlo. Por una razón de conveniencia o de interés económico o social, el derecho los considera como si fueran personas.

Esta doctrina dominó en la ciencia jurídica, prácticamente sin contradictores, hasta la segunda mitad del siglo pasado; recién entonces los juristas se ensañaron contra ella, haciéndola objeto de los más duros ataques. Si las personas jurídicas son una ficción, es necesario aceptar que el Estado es también una ficción. ¿Y es en nombre de este ente ficticio, de una sombra, que ha de sentenciar en derecho un Tribunal? (ver nota 10) ¿Y esta ficción crea a su vez otras ficciones, las personas jurídicas de derecho privado?

Pero tal crítica es más ligera que profunda. Es evidente que para una mente tan lúcida como la de SAVIGNY no podía pasar inadvertida la “realidad imponente del Estado” (ver nota 11). Al hablar de ficción no alude al substratum de las personas jurídicas, sea el Estado o las asociaciones particulares; la ficción consiste en que esas entidades, por muy reales que fueran, sean tratadas como si fueran personas.

Otras críticas aludían a ciertas consecuencias que de esta doctrina se desprenden. Siendo una creación del derecho, la existencia de tales personas depende del arbitrio de los poderes públicos; de ahí que se haya sostenido que ésta no es una doctrina jurídica sino política. Tampoco es justa esta crítica. De la circunstancia de que las personas jurídicas sean una creación de la ley, no se deduce necesariamente que ellas estén sometidas al arbitrio de los gobernantes, puesto que la ley misma puede reglar las facultades de éstos, garantizando el libre desenvolvimiento de las entidades creadas por ella. Sin contar con que las más modernas doctrinas jurídicas sostienen también que estas entidades son una creación del derecho, de donde la objeción no alcanzaría tan sólo a la teoría de la ficción.

Más justas parecen las críticas basadas en el grave problema de la responsabilidad. Concebidas como entidades ordenadas al cumplimiento de la ley y de sus estatutos, toda actividad extraña a éstos no les era imputable a ellas, sino a sus miembros, de donde derivaba su irresponsabilidad por hechos ilícitos, tanto civil como criminal. La vida del derecho ha demostrado que esta solución es insuficiente e injusta.

A pesar de tan rudos ataques, la teoría clásica de la ficción tiene todavía no pocos adherentes, merced a la fuerza cautivante de su impecable lógica (ver nota 12). Empero, está fuera de duda que su formulación no resulta hoy satisfactoria. La objeción fundamental que puede hacerse es que no ha penetrado con profundidad en lo íntimo de la naturaleza jurídica de estas entidades, ni analizado su substratum real. Además, la palabra ficción, aun cuando se precise, como lo hemos hecho, su verdadero significado, se presta a equívocos y sugiere la idea de que estas entidades no existen sino por obra y gracia del Estado y que tienen la vida precaria que nace de una ficción legal. Finalmente, resuelve mal el problema de la responsabilidad, particularmente la que surge de los hechos ilícitos.

1117/11420

B.— TEORÍAS NEGATORIAS

1117/614

614. TEORÍAS QUE NIEGAN SOLAMENTE LA PERSONALIDAD MORAL Y JURÍDICA.— Este primer grupo de teorías negatorias tiene un punto de partida común con la teoría de la ficción: como aquella, sostienen que la única persona real es el hombre. Consideran, sin embargo, que la doctrina tradicional es superficial y no ahonda la investigación de la realidad que se esconde detrás de la personería jurídica. Esta es, afirman, un mero procedimiento de técnica jurídica, un telón detrás del cual subyace el substratum real, la verdad oculta tras una apariencia engañosa. La tarea del jurista consiste en descorrer el telón y dejar al descubierto la realidad. ¿Pero en qué consiste esa realidad? Aquí comienzan las divergencias.

Para algunos, las personas jurídicas no son otra cosa que patrimonios afectados al cumplimiento de ciertos fines (BRINZ, BEKKER).

IHERING, por su parte, piensa que los verdaderos sujetos de los derechos de una persona moral son sus miembros, puesto que ellos son los beneficiarios y destinatarios de la utilidad que el patrimonio puede rendir. La persona jurídica sería un sujeto aparente que oculta a los verdaderos (ver nota 13).

La idea de IHERING fue desarrollada en Francia por VAREILLES-SOMMIÈRES, BARTHÉLEMY y PLANIOL. Este último sostuvo la doctrina de la propiedad colectiva. “Bajo el nombre de personas jurídicas es necesario comprender la existencia de bienes colectivos, en forma de masas distintas, poseídas por un grupo de hombres. El mito de la

personalidad moral debe ser reemplazado últimamente por la noción positiva de la propiedad colectiva (ver nota 14).

1117/615

615.— Estas doctrinas significan un loable esfuerzo por encontrar el destinatario último de los derechos imputados por la ley a las personas jurídicas. Puede concederse asimismo que sea admisible su explicación del substractum de ciertas personas jurídicas, y particularmente de las que tienen un fin comercial, por ejemplo las sociedades anónimas. Pero como explicación general fallan lamentablemente. ¿Es posible definir al Estado como una propiedad colectiva de sus ciudadanos o como un patrimonio afectado a determinados fines? El Estado es una abstracción que personifica las tradiciones, las ideas, las aspiraciones de un país y que, en el exterior, encarna los intereses superiores de la Nación y es el guardián de su honor. Se trataría, además, de una propiedad bien extraña desprovista de todos los caracteres de este derecho. No podrían los sujetos disponer de ella, venderla, donarla, etcétera. Es verdad que, en algunos casos, las personas pueden utilizar los bienes públicos, servirse de ellos. Pero ese derecho lo tienen con frecuencia también los extranjeros. Con razón se pregunta CAPITANT si es posible sostener que un francés tiene más derechos sobre el Louvre que un extranjero (ver nota 15).

A iguales objeciones se prestan estas teorías aplicadas a las personas jurídicas con fines culturales, benéficos, religiosos, etcétera. ¿La Iglesia puede ser definida como una propiedad colectiva de los fieles o como un patrimonio afectado a determinado fin? ¿Pueden serlo las universidades, los hospitales? Sería poner el acento sobre el aspecto que no es el predominante en la entidad. Además, y referida esta objeción a la doctrina de la propiedad colectiva, en una fundación no podría determinarse quiénes son los propietarios de los bienes: ¿los beneficiarios, los administradores? Indiscutiblemente, ninguno de ellos.

Vano será buscar en estas teorías la explicación de la existencia, la unidad y la perpetuidad de las personas de derecho público; o la vivencia de las personas jurídicas de derecho privado por encima y más allá de los miembros que las integran. Sin embargo, ya veremos que la necesidad de evitar fraudes a la ley o a terceros exige muchas veces penetrar en la realidad humana que se esconde tras la personería jurídica.

1117/616

616. TEORÍA DE DUGUIT.— DUGUIT niega la existencia de las personas jurídicas, porque niega la de sujeto del derecho en general. Ciñéndose a un método estrictamente positivista, sostiene que no hay otra realidad jurídica que el derecho objetivo; los derechos subjetivos no existen; los hombres sólo disponen de ciertas facultades que pueden poner en

movimiento, cuando son conformes a la regla de derecho. El hombre no tiene derechos; sólo tiene deberes que cumplir respecto de la sociedad en que vive.

En lo que atañe al Estado, afirma que se trata de una abstracción que no tiene existencia real; la única realidad es que ciertas personas (gobernantes) dominan a las demás (gobernados), porque la norma de solidaridad social así lo exige. Igualmente, reputa inútil preguntarse si las asociaciones, corporaciones, fundaciones, etcétera, pueden ser consideradas como sujetos de derecho (lo que naturalmente niega, puesto que no admite derechos subjetivos). Lo único que importa es investigar si esas entidades persiguen un fin conforme a la solidaridad social, tal como se la comprende en un país y en un momento dado, y si es conforme a su derecho objetivo. En caso afirmativo, los actos realizados con ese fin deben ser reconocidos y protegidos jurídicamente (ver nota 16). Con eso basta para explicar la actuación de estos entes en el campo del derecho.

1117/617

617. TEORÍA DE KELSEN.— También la teoría de KELSEN debe ser ubicada dentro de las negatorias de la personalidad jurídica.

El maestro de Viena niega la dualidad derecho objetivo-derecho subjetivo. Utilizando los estudios de DUGUIT, pero planteando su doctrina en un terreno puramente lógico, KELSEN sostiene que los derechos subjetivos no existen sino en cuanto expresión del derecho objetivo. “El derecho subjetivo no es un derecho distinto del objetivo; es el derecho objetivo mismo, en tanto se dirige, con la consecuencia jurídica por él estatuida, contra un sujeto concreto (deber) o en tanto que se pone a la disposición del mismo (facultad)” (ver nota 17).

Esto lleva de la mano a una conclusión similar a la de DUGUIT: si no existen derechos subjetivos con valor propio, autónomo, por decir así, tampoco debe existir sujeto de derecho. Los llamados derechos subjetivos y el sujeto de derecho, o sea la persona, no son sino conceptos auxiliares, que facilitan el conocimiento del derecho. Persona, sea física o jurídica, es sólo la expresión unitaria personificadora de un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, de un complejo de normas. El hecho de ser un centro de imputación de tales normas, convierte a ese centro en persona. La expresión persona, es, por consiguiente, un recurso auxiliar y artificial al cual puede renunciarse. Facilita la exposición del derecho, pero no es indispensable para ella.

La expresión común de persona física, no indicaría sino “la unidad de una pluralidad de normas que estatuye los deberes y derechos” de un individuo; persona jurídica indicaría el haz o complejo de normas que regula la conducta de una pluralidad de hombres (ver nota 18).

Tanto la doctrina de DUGUIT como la de Kelsen se fundan en la negación de los derechos subjetivos y del concepto de persona como sujeto del derecho. En consecuencia, deben ser enérgicamente repudiadas. Más adelante hemos de volver sobre este tema (núm. 621, véase también núms. 27 y sigs.).

1117/11430

C.— TEORÍAS DE LA REALIDAD

1117/618

618. TEORÍA ORGANICISTA.— El expositor máximo de esta teoría fue GIERKE, que durante cuarenta años la defendió con energía y talento singulares (ver nota 19).

GIERKE combate con ardor la doctrina de la ficción, afirmando que las personas jurídicas no son entes artificiales creados por el Estado, sino, por el contrario, realidades vivas. Los entes colectivos son organismos sociales dotados tanto como el hombre de una potestad propia de querer y, por lo tanto, capaces naturalmente de ser sujetos de derecho. Este cuerpo social vive una vida propia, con independencia de toda intervención del Estado; a diferencia de la teoría de la ficción, que sostenía que la autorización estatal era creativa de la personalidad moral, sostiene GIERKE que sólo tiene un valor declarativo.

Es falso también que la persona colectiva pueda contraponerse a sus miembros, que vendrían a ser terceros para ella; por el contrario, todos aquéllos tienen una ligazón orgánica con ella. La corporación está sobre, pero no fuera de la colectividad de personas que la forman. Esta asociación tiene una voluntad propia que no es la suma de varias voluntades separadas, sino una voluntad común de todos, ordenadamente declarada. De ahí otra consecuencia fundamental: los administradores no son representantes de la asociación, sino órganos de ella. Esta idea ejerce una influencia decisiva en el problema de la responsabilidad y trastorna los principios en que la fundaba la teoría clásica. Las personas jurídicas no sólo serán responsables por los actos lícitos, sino también por los ilícitos, y aun por los delitos cometidos, por sus administradores.

Esta idea de considerar a los entes colectivos como organismos reales y vivientes, fue llevada por algunos autores a las mayores exageraciones. Se dijo que los hombres eran las células del organismo social, se habló de las funciones de nutrición y reproducción, de los nervios motores, del cerebro de la sociedad, llegándose a algunas conclusiones grotescas

como las de atribuir el sexo masculino al Estado y el femenino a la Iglesia (ver nota 20). En vista de ello, no es de extrañar que las asociaciones hayan sido incluidas en la escala zoológica, como lo hiciera JAEGER (ver nota 21).

Aun expurgadas de estas exageraciones, que sin duda no estuvieron en el espíritu de los más eminentes expositores de esta teoría, lo cierto es que la idea de considerar a las asociaciones o corporaciones como un organismo real y viviente importa una ficción más grave que la de la propia teoría de la ficción. Cuando los juristas lo advirtieron el deslumbramiento producido por la obra de GIERKE se desvaneció en buena medida. Sin embargo, el pensamiento del autor alemán ha sido fecundo en consecuencias. Llamó la atención sobre el hecho de que las personas jurídicas no eran una creación arbitraria del Estado; replanteó el problema de las relaciones de la entidad con sus miembros y sus administradores, suministrando nuevas bases para resolver la cuestión de la responsabilidad con un criterio más realista y más justo, que se halla triunfante en la legislación contemporánea.

1117/619

619. TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN (ver nota 22).— La teoría de la institución tiene vastos alcances doctrinarios y pretende explicar los más importantes problemas de la sociología y del derecho. Nosotros hemos de considerarla solamente en lo que atañe a las personas jurídicas.

La observación de la realidad social demuestra que una de las tendencias más firmes en las sociedades contemporáneas, es el desarrollo de la vida colectiva, de la vida social. El hombre abandona todo aislamiento porque comprende que para realizar sus fines y para satisfacer sus necesidades de todo orden, precisa unirse a otros hombres, asociarse a ellos. Ya por su nacimiento pertenece a un grupo: la familia, la nación y, por lo general, a una comunidad religiosa. Entra enseguida voluntariamente en muchas asociaciones; para ejercer la profesión deberá unirse a otros individuos que desempeñan iguales actividades; para reducir el costo de vida, se afilia a cooperativas de consumo; para ponerse a cubierto del infortunio o de las enfermedades, se incorporará a una sociedad mutual; si quiere cultivar su cuerpo, adherirá a un club deportivo, y si se trata del espíritu, ingresará en un círculo, asociación artística o literaria, etcétera. Todo ello está revelando que la asociación responde a necesidades vitales del hombre, que es una realidad social innegable. En el fondo, subyace siempre el hombre, porque él es fin de todo derecho; pero la vida de estas entidades está por encima de la de cada uno de sus miembros, considerados aisladamente. Por ello puede definirse la institución como un organismo que tiene fines de vida y medios superiores en poder y en duración a los individuos que lo componen.

Una institución se caracteriza por los siguientes elementos: a) Ante todo, ella supone una “idea organizadora”, un fin, un propósito común que une a todos los asociados, o bien al

fundador y a los adherentes, en el caso de las fundaciones. Es esta idea —sea política, comercial, profesional, filantrópica, etc.— la que constituye el vínculo que fusiona las voluntades y las actividades, dando origen a un ser social: la colectividad. b) La autoridad, es decir, un poder organizado para servir la idea directriz de la institución. c) Finalmente, debe existir un vínculo espiritual, una “comunidad” de todos los miembros que nace de la común voluntad de realizar el fin o idea directriz de la institución.

La teoría de la institución tiene un claro fundamento jusnaturalista. En efecto, el derecho de asociación es uno de los derechos naturales del hombre, como lo ha proclamado León XIII en su encíclica *Rerum Novarum*, fundándose en aquellas palabras de las Sagradas Escrituras: “Mejor es que estén dos juntos que uno solo; porque tienen la ventaja de su compañía. Si uno cayere, le sostendrá el otro. ¡Ay del solo que cuando cayere no tiene quien lo levante!” Y también: “El hermano, ayudado por el hermano, es como una unidad fuerte”.

Este origen jusnaturalista de las instituciones tiene una gran influencia en el derecho de las personas jurídicas. Estos entes no resultan así una creación del legislador, sino una realidad que aquél no puede desconocer. Ello no significa, desde luego, que los órganos del Estado deban guardar una actitud neutral o prescindente respecto de las personas jurídicas; sino que están obligados a respetarlas, en tanto ellas estén encaminadas en el sentido del bien común.

1117/620

620. TEORÍAS PROPIAMENTE JURÍDICAS.— Todas las teorías que reunimos bajo este rótulo común, tienen un mismo punto de partida: si bien es verdad que desde el ángulo biológico y aun metafísico la única persona es el hombre, desde el jurídico, persona es la denominación propia de todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Desde este punto de vista, tan persona es el hombre como los entes de existencia ideal, puesto que ambos tienen esa capacidad. No haber advertido el significado jurídico de la palabra persona, ha sido el error inicial del planteo de la teoría de la ficción.

Ahora bien: estas entidades no son una creación caprichosa del legislador, sino la expresión jurídica de un *substratum* real.

Para MICHOU (ver nota 23) el *substratum* de las personas jurídicas consiste en lo siguiente: 1) Que exista un interés colectivo real, distinto de los intereses particulares de cada uno de los miembros del grupo. 2) Que tenga una organización a la cual se pueda atribuir la voluntad colectiva del grupo en sus relaciones jurídicas. De tal manera, según este autor, se tendrían los dos elementos que configuran el derecho subjetivo: el interés y la

voluntad; existiendo derecho subjetivo, debe existir también sujeto de derecho, o sea persona, en el sentido jurídico.

Para ENNECCERUS (ver nota 24), el substractum de las personas jurídicas son las organizaciones constituidas en mira de ciertos intereses humanos, que sólo pueden ser satisfechos por una ordenada y duradera cooperación de sus miembros. No se trata de seres vivos, sino de organismos en que obran voluntades humanas en interés común.

Por su parte, FERRARA define las personas jurídicas como las asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho (ver nota 25). La personalidad jurídica viene a ser la vestimenta con que los grupos de hombres se presentan en la vida del derecho, la configuración legal que reciben para actuar en el comercio jurídico.

1117/621

621. NUESTRA OPINIÓN.— Sin desconocer el fondo de verdad que subyace en las doctrinas que plantean la realidad de estos entes en el plano jurídico, creemos, empero, que su punto de partida necesita ser rectificado.

En efecto, sostienen que desde el momento en que un ente —sea el hombre, el Estado, una asociación, una fundación— es capaz de acuerdo con el derecho objetivo de adquirir derechos y contraer obligaciones, ese ente es persona, en el sentido jurídico de este término, que equivale a sujeto de derecho. Este planteo lleva de la mano a la teoría que con lógica impecable ha desarrollado KELSEN. Porque si la persona está caracterizada por ser titular de derechos y obligaciones, es inevitable arribar a la conclusión de que, en verdad, lo que se designa como persona no es más que un haz de derechos y obligaciones nacidos del derecho objetivo o, en otras palabras, una unidad de una pluralidad de normas que estatuyen esos derechos y deberes (ver nota 26).

Con este escamoteo lógico, el hombre pasa a un segundo plano como sujeto de derechos y se destruye la noción de los derechos subjetivos.

Para nosotros, el planteo de la cuestión debe ser precisamente el inverso. No es que la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, atribuida por el derecho objetivo, determine la existencia de la persona, sino que, por el contrario, el ser persona hace que el derecho objetivo deba reconocerle a ese ente la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

En el caso de las personas naturales, el derecho les reconoce capacidad porque se trata del hombre, criatura de Dios, destinatario último de toda norma jurídica. Pero como aquél es un ser eminentemente social, como hay objetivos humanos que no pueden alcanzarse sino mediante la vinculación más o menos permanente de unos hombres con otros, resulta conveniente y a veces indispensable reconocer a esas agrupaciones (Estados, asociaciones, fundaciones) capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. No se trata de creaciones arbitrarias, de entidades ficticias, sino de realidades humanas que el legislador no puede desconocer sin entrar en colisión con el derecho natural (ver nota 27); la personería jurídica es el recurso técnico que las habilita para desarrollarse y prosperar. Pero siempre hay que tener en cuenta que si bien la ley les imputa a esos entes determinados derechos y obligaciones, el destinatario final de éstos es siempre el hombre, porque el derecho no se da sino entre hombres (ver nota 28).

Pensamos que la teoría de la institución suministra una explicación satisfactoria, que permite abrazar las entidades morales o jurídicas, en un concepto unitario. El Estado, las asociaciones, fundaciones, son instituciones. Como tales y por ser ésa la única manera en que ellas pueden actuar eficazmente en el comercio jurídico, deben ser reconocidas como personas jurídicas por el derecho objetivo, siempre que sus actividades estén encaminadas en el sentido del bien común.

Se dirá, tal vez, que una cosa es la institución, el *abstractum*, y otra la personería jurídica que se le atribuye. Desde el punto de vista lógico, cabe la distinción; pero en el terreno de la realidad jurídica, no. Ello importaría tanto como disgregar la noción de persona de la de hombre (véase núm. 223). La personería no es sino el sello jurídico que corresponde a entes naturales como lo son el hombre y las instituciones (que en el fondo no son sino la expresión de un derecho natural del hombre, el derecho de asociación).

Reconocemos, sin embargo, que la teoría de la institución es más satisfactoria aplicada a ciertas personas jurídicas, como el Estado, las entidades autárquicas, las asociaciones, las fundaciones. Pero es mucho menos satisfactoria aplicada a las sociedades civiles y comerciales. Con frecuencia, éstas no son otra cosa que un recurso técnico con el cual los hombres procuran alcanzar más fácilmente ciertos propósitos en el campo de su actividad económica (volveremos sobre este tema en el núm. 622 bis). Hablar en este caso de institución parece una exageración evidente. Quizás el fracaso de los esfuerzos de los juristas para ponerse de acuerdo sobre una explicación de la naturaleza jurídica de las personas de existencia ideal obedezca a que se ha buscado una explicación unitiva de un fenómeno jurídico que por su multiplicidad y complejidad se resiste a ser unificado.

1117/622

622. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.— Se ha discutido acerca de cuál es la doctrina que inspiró a VÉLEZ SARSFIELD en esta materia. La opinión generalmente seguida es la de

que adoptó la teoría de la ficción; así parecen demostrarlo la forma en que se legisla el comienzo y fin de la existencia de las personas jurídicas y, sobre todo, cómo se resuelve el problema de la representación y responsabilidad, y que se ajusta a los cánones clásicos de aquella doctrina.

Según otra opinión, sustentada principalmente por BARCIA LÓPEZ (ver nota 29), VÉLEZ se habría separado de la teoría de la ficción. Los argumentos fundamentales de esta tesis son los siguientes: a) El artículo 30 Ver Texto define las personas como todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones; al fundir en un mismo concepto a las personas naturales y a las colectivas, esta disposición parece apartarse de la idea de la ficción y se ajusta perfectamente a la tesis de las teorías realistas. b) En la nota al título de las personas jurídicas, VÉLEZ manifiesta seguir a FREITAS “a la letra” en esta teoría; y el jurista brasileño rechaza expresamente la teoría de la ficción (Esboço, nota a los arts. 17 y 273).

Por nuestra parte, adherimos a la opinión general de que VÉLEZ se inspiró en la doctrina saviniana. La definición expresada en el artículo 30 Ver Texto , si bien se ajusta a los postulados de las teorías realistas, no importa una contradicción irreductible con la teoría de la ficción. Tampoco tiene mayor valor la cita de FREITAS, pues VÉLEZ agrega que el jurista brasileño ha tomado sus doctrinas de SAVIGNY, quien es frecuentemente citado en las restantes notas de este título. Y queda en pie la observación, ya formulada, de que las soluciones concretas responden al sistema de la ficción.

Empero, no atribuimos a esta controversia el valor que generalmente se le asigna. La idea que VÉLEZ tuviera sobre el punto no obliga al intérprete sino en cuanto se ha expresado en normas legales concretas. Al resolver un problema cualquiera inherente a esta materia, no cabe preguntarse, por consiguiente, si una solución dada está o no de acuerdo con la teoría de la ficción. Lo que interesa es si esa solución se desprende de la ley, rectamente interpretada, es decir, en la forma que mejor consulte los intereses públicos y privados. Más que seguir en todas sus consecuencias lógicas un determinado sistema, importa la solución acertada de cada problema concreto.

Este criterio para encarar la exégesis de nuestro Código en materia de personas jurídicas, se ve muy reforzado después de la sanción de la ley 17711 , que al modificar la redacción del artículo 43 Ver Texto , se apartó de la solución que se adecuaba de modo perfecto a la teoría de la ficción, para resolver el problema con un criterio esencialmente pragmático, que satisface la justicia en lo que atañe a la responsabilidad por hechos ilícitos, sin preocuparse ni poco ni mucho de las teorías generales sobre la naturaleza de estas entidades (véase núms. 701 y sigs.).

622 bis. EL ABUSO DE LA UTILIZACIÓN DE LA PERSONERÍA JURÍDICA (ver nota 30).— Se vincula con este tema de la naturaleza de las personas jurídicas, uno de los problemas más candentes del derecho contemporáneo. Razones de distinta índole mueven a las personas a transferir sus patrimonios a sociedades comerciales (generalmente, sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o en comandita por acciones), creadas especialmente para ese fin y de las que el titular del patrimonio conserva, por cierto, el control exclusivo. Esas razones suelen ser diversas; a veces, obtener ventajas de orden fiscal; otras, desheredar a un heredero forzoso a pesar de no haber causas legales para hacerlo; a veces, el propietario de un establecimiento industrial o agropecuario pretende evitar que a su muerte se divida el establecimiento por efecto de la partición entre los herederos. De cualquier modo, el dueño de los bienes sigue manejándolos exactamente como lo hacía antes de constituir la sociedad; para él nada ha cambiado en el goce de los bienes; sólo que ahora el manejo es menos responsable.

El sistema se ha difundido tanto, que no es aventurado decir que hoy la mayor parte de las tierras de la pampa húmeda son propiedad de sociedades comerciales. Sociedades comerciales que sirven de pantalla al verdadero propietario y que desvirtúan esa realidad creando gravísimos problemas. Veamos algunos de ellos:

a) Muerto el propietario de la tierra que la ha transferido a una sociedad comercial, las acciones pasan a sus hijos. Pasan acciones, no la tierra. Si ellos son unidos, nada ocurre. Pero si como sucede frecuentemente surgen entre ellos cuestiones de intereses, basta que dos hijos se unan contra el tercero para que éste quede en situación de accionista minoritario y privado, por consiguiente, de todo derecho efectivo; su derecho se reducirá a percibir los dividendos que los otros accionistas quieran distribuir, pero estará privado del goce de administración y disposición de la tierra. En cambio, los hermanos que tienen la mayoría lo poseen todo: administran y gozan del campo, se fijan buenos sueldos, y si quieren, pueden disolver la sociedad y distribuirse la tierra. Las acciones minoritarias nada valen y nadie las comprará como no sean los propios hermanos, que pueden adquirirlas por centavos, consumando el despojo. Con ello, se destruye el régimen de la legítima y la herencia forzosa, que en nuestro país es de orden público.

Sin contar con que el causante, constituida la sociedad anónima, puede disponer de las acciones que se transfieren de mano en mano y con ello desheredar a un heredero forzoso aunque no haya causa legal.

b) Nuestro Código ha organizado un régimen de la sociedad conyugal que los esposos no pueden alterar. Todo está regulado por la ley, inclusive cómo han de dividirse los bienes al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal. Los cónyuges no pueden celebrar entre ellos contratos de compraventa, permuta, donación. Todos estos principios de orden público pueden ser arrasados con la simple constitución de una sociedad anónima. Como las

acciones pasan de mano a mano, los esposos pueden celebrar entre ellos todos los contratos que la ley solemnemente les prohíbe.

c) Según el artículo 1277 Ver Texto , ninguno de los cónyuges puede disponer de los bienes más importantes de la sociedad conyugal sin el consentimiento del otro. Basta con incorporar los bienes conyugales a una sociedad comercial para que esa disposición tuitiva quede convertida en letra muerta; luego el directorio transferirá los bienes sin necesidad de consentimiento alguno. Sin contar que cuando los bienes del matrimonio están en el patrimonio de una sociedad, a la hora del divorcio, demostrar que los bienes pertenecen en realidad a los cónyuges constituye una prueba diabólica.

Dejamos señalados solamente algunos de los problemas más importantes (ver nota 31), surgidos con motivo de la creciente tendencia a transferir el patrimonio a nombre de sociedades comerciales, que no son sino la pantalla que cubre al verdadero titular del derecho. El fenómeno es de tal magnitud que hoy puede afirmarse que sólo un pequeño número de sociedades anónimas está constituido por el aporte múltiple de pequeños o grandes capitales de particulares. La gran mayoría es nada más que la forma jurídica que asume la explotación de un patrimonio que pertenece a una sola persona. Los restantes socios son simples prestanombres.

Por ello en los últimos años se ha afirmado en la doctrina y la jurisprudencia universal la tesis de que la personería jurídica de las sociedades comerciales no es —al menos en la gran mayoría de los casos— otra cosa que un recurso creado por razones técnicas, a fin de que en la vida de los negocios puedan alcanzarse determinados fines que el ordenamiento jurídico no desapruueba. Pero si se abusa de la personería, si se la utiliza para fines contrarios a la ley, para escapar a disposiciones de orden público, para burlar los derechos de terceros, entonces es posible penetrar el velo de la personería y adoptar medidas respecto de los hombres o de las relaciones jurídicas encubiertas tras ella. La doctrina que permite rasgar o descorrer el velo de la personería para indagar la realidad que se oculta tras esa máscara, con el propósito de evitar los abusos a que suele prestarse el manipuleo con dicha fachada, puede considerarse hoy admitida por la doctrina y jurisprudencia universal (ver nota 32); y hoy es de aplicación frecuente en nuestros tribunales. La Corte Suprema ha reconocido la facultad de los jueces de penetrar en la realidad de las personas jurídicas para poner coto a todo abuso (ver nota 33). La Cámara Civil de la Capital ha declarado que puesto que la personería se reconoce para facilitar el cumplimiento de ciertos fines prácticos, es lógico que cuando la utilización de ella se desvía de esos fines, cuando, en otras palabras, se abusa de la personería para fines no queridos al otorgarla, es lícito atravesar o levantar el velo de la personería (ver nota 34); que si existe abuso de la personería puede prescindirse de su estructura formal y tomar en consideración el sustrato humano (individuos que la constituyen) o patrimonial, estimando como transparente la personería (ver nota 35); que los herederos tienen derecho a impugnar una sociedad anónima constituida para burlar los legítimos derechos de los herederos (ver nota 36); que si con la constitución de una sociedad ha quedado violada la legítima, corresponde hacer lugar a la acción de los legitimarios para que se les entreguen sus bienes en especie (ver

nota 37); que procede descorrer el velo de la personería para descubrir el fin buscado por quien constituyó sucesivamente sociedades para alejar de su sociedad conyugal los bienes que adquirió durante su vigencia y que, por lo tanto, revisten el carácter de gananciales (ver nota 38).

Y el artículo 161 , inc. 18 de la ley 24522 trae una neta aplicación de esta doctrina al disponer que la quiebra de una sociedad importa la de toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de aquélla, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a los acreedores (ver nota 39).

Todo este problema obliga a replantear la vieja cuestión de la naturaleza de las personas jurídicas. Cuando la teoría de la realidad de las personas jurídicas parecía triunfante, se ha hecho necesario reconsiderar el problema en procura de la auténtica realidad y la justicia. De igual modo tiene que replantearse la separación entre la persona jurídica y sus miembros. Porque al fin y al cabo las teorías jurídicas no son chalecos de fuerza en donde deban encajarse, quiera que no, los hechos y los derechos, sino simples sistematizaciones de las soluciones jurídicas; y como estas soluciones son cambiantes puesto que están dirigidas a una materia esencialmente móvil como es la vida social, también las teorías deben cambiar y adecuarse a las nuevas soluciones exigidas por la justicia.

1117/11440

§ 2.— Clasificación

1117/623

623. CLASIFICACIÓN DE FREITAS Y TERMINOLOGÍA DEL CÓDIGO.— Nuestro Código emplea en los artículos 31 Ver Texto y 32, las expresiones personas de existencia ideal y personas jurídicas. ¿Se trata de conceptos sinónimos?

Para FREITAS, que ha sido la fuente en esta materia, no lo eran. En el Esboço, personas de existencia ideal designa todos los entes que no sean de existencia visible o natural. A su vez, se clasifican en públicas y privadas (art. 273). Las primeras son las personas jurídicas propiamente dichas, que requieren la autorización del Estado; y se dividen, a su vez, en personas de existencia necesaria y de existencia posible. En cambio, personas privadas son las que funcionan como tales sin autorización del Estado, a saber: las sociedades civiles y comerciales, las herencias yacentes, las representaciones voluntarias y necesarias (art. 278).

La terminología de FREITAS resulta inactual. Hoy se denominan privadas a las personas que él llama de existencia posible y que ubica dentro de las públicas. Además, reputa personas a las representaciones voluntarias o necesarias, lo que importa una gruesa confusión de conceptos. Pero el jurista brasileño tuvo el acierto de advertir que era necesario establecer una distinción entre la persona jurídica típica, es decir, aquella cuya existencia depende del otorgamiento de la personería, por un lado, y las sociedades civiles y comerciales, por otro.

Se ha sostenido que nuestro codificador siguió este sistema y que, por tanto, personas de existencia ideal y personas jurídicas no son sinónimos. La primera sería una expresión genérica, que comprendería a las segundas y a las personas de existencia ideal propiamente dichas, que serían las simples sociedades (ver nota 40).

Empero, en la doctrina más corriente y en la jurisprudencia, ambas expresiones, se usan indistintamente y designan un mismo concepto (ver nota 41). Esta terminología ha concluido por imponerse definitivamente en la nueva redacción del artículo 33, que involucra bajo la denominación de personas jurídicas a todos los entes que no son personas humanas. Sólo cabe formular la excepción de las simples asociaciones a que se refiere el artículo 46 y que no siendo personas jurídicas (conforme con el texto del referido artículo) son, sin embargo, sujeto de derecho. Quizá convenga reservar para ellas el nombre de personas de existencia ideal (ver nota 42).

Finalmente, cabe notar que VÉLEZ, siguiendo a FREITAS, adoptó en el artículo 33 Ver Texto la clasificación de personas de existencia necesaria y posible. Era una clasificación imperfecta, extraña al derecho moderno y fue con razón sustituida por la ley 17711 por la de personas jurídicas de derecho público y de derecho privado (art. 33 Ver Texto , nueva redacción).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: La bibliografía sobre este tema es vastísima; señalaremos, en consecuencia, las obras que nos parecen fundamentales en la doctrina nacional y extranjera y hacen innecesaria la consulta de otras: BARCIA LÓPEZ, A., Las personas jurídicas y su responsabilidad por actos ilícitos, Buenos Aires, 1922; PÁEZ, J. L., El derecho de las asociaciones, 2ª ed., Buenos Aires, 1946; BUSSO, E., Código Civil Anotado, t. 1, coment. arts. 30 y s.; SPOTA, Derecho Civil, t. 2, vol. 2, Buenos Aires, 1951; FARGOSI, Nota sobre sociedades comerciales y personas jurídicas, L.L., 1988-E, p. 796; CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil español, común y foral, 7ª ed., Madrid, ps. 487 y s.; MICHOU, La théorie de la personnalité morale, 3ª ed., París, 1932; VAREILLES SOMMIÈRES, Les personnes morales, París, 1902; SALEILLES, R., La personnalité juridique, París, 1910; FERRARA, F., Teoría de las personas jurídicas, trad. esp., Madrid, 1929, íd., Le persone giuridiche, Torino, 1938; GANGI, C., Persone fisiche e persone giuridiche, Milano, 1948, DEGNI, Le persone giuridiche, Padova, 1940; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 1, vol. 1, ps. 434 y s.; VON TUHR, A., Derecho Civil,

trad. esp., t. 2, ps. 109 y s.; MACHEN, A., A treatise on the modern law of corporation, Boston, 1908.

Bibliografía referida a la reforma introducida por la ley 17711: LLAMBÍAS, Apéndice del Tratado de Derecho civil, Parte General, Buenos Aires, 1969, ps. 51 y s.; ARAUZ CASTEX, Parte General, Reforma de 1968, p. 779 y s.; BOUZAT, Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, t. 10, n° 21, ps. 131 y s.; LEZANA, Las simples asociaciones después de la reforma del art. 46, Cód. Civ., L.L., t. 131, p. 1290; AGLINO, Las personas jurídicas en la ley 17711, Diario de L.L., del 30/10/1969; BORDA, La reforma de 1968 al Código Civil, ps. 58 y s.

(nota 2) FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, p. 60, n° 19.

(nota 3) MARTORELL, J. E., Las personas jurídicas en el derecho canónico, Rev. Fac. Derecho de Buenos Aires, jul.-ag., 1951, ps. 992 y s.

(nota 4) BESTA, Le persone nella storia del diritto italiano, Padua, 1931, p. 202, n° 578, cit. por SPOTA, t. 1, vol. 3.4, n° 1291.

(nota 5) MURRAY BUTLER, cit. por RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, París, n° 20.

(nota 6) Ya LAMARTINE, en 1838, decía en la Cámara francesa a propósito de la formación de la Compagnie du Nord, de los Rothschild: “La libertad es incompatible con la existencia de grandes compañías en el Estado... Vosotros les dejaréis, vosotros, partidarios de la libertad y de la manumisión de las masas, vosotros que habéis destruido el feudalismo y sus privilegios, vosotros les dejaréis encadenar el pueblo y arruinar el territorio por el feudalismo del dinero”. Cit. por RIPERT, op. cit., en nota anterior, p. 66, n° 28. Inclusive, ha podido hablarse del “desmembramiento insidioso del Estado por las personas jurídicas” (DURAND, Las personas jurídicas frente al Estado, L.L., t. 60, p. 858).

(nota 7) BIBLIOGRAFÍA: Para una síntesis muy completa de la distinta teoría, véase: BARCIA LÓPEZ, op. cit., ps. 99 y s.; ORGAZ, A., Concepto y elemento de las personas colectivas, L.L., t. 63, p. 950; BUSSO, t. 1, coment. art. 32; FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, ps. 122 y s., n° 30 y s.; MICHOUD, t. 1, ps. 16 y s., n° 6 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, común y foral, 1ª ed., ps. 491 y s.

La clasificación sistemática de las numerosísimas teorías sobre las personas jurídicas no resulta tarea sencilla y depende, naturalmente, del criterio con que se la haga. Pero los puntos de partida y las consecuencias son tan diversos y se entremezclan tanto que toda clasificación resultará poco satisfactoria. Aun con la conciencia de ello la emprendemos, porque cualesquiera que sean sus defectos e inconvenientes, tiene la ventaja de aclarar las ideas en tan compleja materia. En nuestra clasificación tripartita (teorías de la ficción,

negatorias y realistas) coincidimos con SALVAT, BUSO, MICHOUD y CASTÁN TOBEÑAS.

(nota 8) ORGAZ, A., Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, en Estudios de Derecho Civil, Buenos Aires, 1948, p. 17.

(nota 9) Para la exposición de esta teoría, véase SAVIGNY, C. F., Sistema del derecho romano actual, trad. esp., Madrid, 1878, t. 2, ps. 59 y s.; LAURENT, F., Principes de droit civil, 4ª ed., Bruselas-París, 1887, t. 1, n° 288 y s.

(nota 10) GIERKE, cit. por FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, p. 188, n° 43.

(nota 11) ORGAZ, Conceptos y elementos de las personas colectivas, L.L., t. 63, p. 951.

(nota 12) Esta sobrevivencia de la teoría de la ficción ha sido ya observada por FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, p. 133, n° 32; entre nosotros, véase el comentario coincidente de ORGAZ, Concepto y elementos de las personas colectivas, L.L., t. 63, p. 950. En nuestra doctrina puede encontrarse una importante defensa de la teoría de la ficción en el estudio de LEÓN, P., Revista Jurídica de Córdoba, oct.-dic. 1947, ps. 551 y s. (especialmente, ps. 602 y s.).

(nota 13) IHERING, El espíritu del derecho romano, Madrid, 1910, t. 4, ps. 65 y s.

(nota 14) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, ed. La Habana, t. 1, p. 63, n° 68, Ya antes, PLANIOL había expuesto su teoría en su Traité élémentaire, n° 3005 y s. En sentido, semejante, véase: VAREILLES-SOMMIÈRES, Les personnes morales, 1902, y BARTHÉLEMY, Droit administratif, 11ª ed., ps. 34 y s.

(nota 15) CAPITANT, Introduction a l'étude du droit civil, ps. 178 y s.

(nota 16) DUGUIT, L., Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código Napoleón, Madrid, 1912, p. 70. Véase, además, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, París, 1901, y Traité de droit constitutionnel, París, 1911.

(nota 17) KELSEN, H., La teoría pura del derecho, Buenos Aires, 1946, p. 79.

(nota 18) Kelsen, op. cit., ps. 83 y s.

(nota 19) Su obra capital fue *Das Deutsche Genossenschaftrecht*, publicada en tres volúmenes, entre 1868 y 1881; quienes no poseen el idioma alemán pueden encontrar una excelente síntesis de sus ideas en FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, n° 43 y s.

(nota 20) BLUNSCHLI, cit. por FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, n° 41.

(nota 21) JAEGER, *Manuel de Zoologie*, cit. por FERRARA, n° 44.

(nota 22) BIBLIOGRAFÍA: HAURIOU, *Théorie de l'institution et de la fondation*, Cahiers de la Nouvelle Journée, París, 1925; RENARD, G., *La théorie de l'institution*, París, 1930; íd., *La philosophie de l'institution*, París, 1939; AFTALIÓN y GARCÍA OLANO, *La teoría de la institución*, Buenos Aires, 1935; LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., *Fundamento institucional del derecho de gentes*, Buenos Aires, 1942; PÁEZ, J. L., *El derecho de las asociaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, 1946, ps. 77 y s.

(nota 23) MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, t. 1, n° 45 y s.

(nota 24) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Parte General*, t. 1. vol. 1, ps. 434 y s.

(nota 25) FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, n° 74 y s.

(nota 26) Kelsen, *La teoría pura del derecho*, p. 4.

(nota 27) Véase la encíclica *Rerum Novarum*, en la que el Papa León XIII declaró que el de asociarse es un derecho natural del hombre.

(nota 28) ARAUZ CASTEX ha escrito lúcidamente: “Es claro que aunque allí (en la persona jurídica) termine la imputación que hace la ley, de todas maneras tendremos que encontrar seres humanos al cabo de una verdadera y completa imputación jurídica, porque el derecho no se da sino entre hombres. Pero las imputaciones que hace la ley que instituye el derecho han terminado allí y no nos conducirán en este último tramo. Según ella, el sujeto de derecho es la sociedad anónima, o sea, una persona de existencia ideal. Desde esta punta de rieles hasta encontrar al hombre u hombres que estamos buscando, tendremos que seguir a pie, por otros caminos normativos. Estos están trazados en los estatutos, los cuales dirán, por ejemplo, quiénes son accionistas de la sociedad anónima, cómo deben ellos

celebrar asambleas para decidir acerca de la administración, goce y disposición de los bienes de la sociedad, quiénes están habilitados para realizar los actos correspondientes, cómo se distribuyen los beneficios, etc.

”Es decir, que todo lo que las normas jurídicas dicen del derecho de propiedad se imputa (en este caso) a la sociedad anónima: ella es la propietaria, o sea, el sujeto de propiedad, o sea, la ‘persona’ (en la acepción que la ciencia del derecho da a esta palabra). El resto de las imputaciones normativas hasta llegar a los distintos seres humanos, no configura ese derecho de propiedad (que, repetimos, está imputado al ente), sino otros derechos (como, por ejemplo, el de elegir representantes, cobrar los dividendos, etc.).

“Apartándonos ya del ejemplo puesto antes, advertiremos que en todos los casos de personas de existencia ideal ocurre lo mismo. Si el derecho está imputado al Estado, éste es la persona de existencia ideal titular de él, en tanto que serán la Constitución Nacional y otras leyes las que (a modo de estatutos) terminarían el recorrido hasta señalar los seres humanos con quienes en verdad se traba la relación jurídica, que son todos los habitantes (en tanto tienen el sufragio para elegir los representantes, el derecho de usar los bienes del dominio público y de los servicios públicos). Si se trata de un municipio, la concepción es análoga, con la diferencia de que será la ley orgánica municipal y reglamentos y ordenanzas los que establecerán los últimos tramos de la imputación. Si se trata de la Iglesia, ella es el sujeto al que están imputados los derechos: en las normas canónicas se hallará cómo participan de ellas los prelados y los fieles. Y si se trata de una sociedad civil o comercial, ella será también la ‘persona’, en tanto que es en el contrato celebrado entre los socios que se hallarán las normas que aludan a los derechos de éstos” (Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 768).

(nota 29) BARCIA LÓPEZ, A., Extinción de la personalidad jurídica de las corporaciones y de las sociedades anónimas por exclusiva voluntad del P.E., J.A., t. 43, p. 827, n° 6; véase, también, FIGUEROA, L.L., t. 18, sec. doct., ps. 44-46.

(nota 30) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: BORDA, El velo de la personería, L.L., t. 142, p. 1158; íd., El derecho comercial contra el derecho civil, L.L., t. 151, p. 803; SERIK, Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles, Barcelona, 1958; GULMINELLI, La desestimación y la inoponibilidad de la persona jurídica, Buenos Aires, 1997; MASNATTA, nota en J.A., 1961-VI, p. 575; PINEDO y WATERHOUSE, Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, E.D., t. 10, p. 871; y nota de jurisprudencia en E.D., t. 31, p. 375.

(nota 31) Puede verse una más prolija enumeración de fraudes en nuestro artículo de L.L., t. 151, p. 803.

(nota 32) Para la jurisprudencia alemana, véase la obra de SERIK, citada en nota 968; para la norteamericana, PINEDO y WATERHOUSE, E.D., t. 10, p. 871; para la francesa, HOUIN, El abuso de la personalidad moral en las sociedades por acciones en el derecho francés, L.L., t. 109, p. 1053.

(nota 33) C.S.N., 31/7/1973, E.D., t. 49, p. 480 y fallos allí citados; íd., 26/2/1985, E.D., t. 115, p. 569, con nota de TARSITANO.

(nota 34) C. Civil Cap., 31/3/1966, Sala A., L.L., t. 22, p. 557. En sentido análogo: C. Civil Cap., Sala F, 10/6/1976, E.D., t. 69, p. 156; íd., 27/7/1976, E.D., t. 68, p. 311; C. Fed., Cap., 29/4/1983, E.D., t. 105, p. 320 Ver Texto Ver Texto Ver Texto Ver Texto .

(nota 35) C. Civil Cap., 16/3./1971, Sala D, E.D., t. 36, p. 407; Sala C, 3/10/1987, E.D., t. 128, p. 191; C. Apel. Rosario, 21/6/83, E.D., t. 102, p. 173.

(nota 36) C. Civil Cap., Sala B, 10/8/1972, L.L., t. 151, p. 4. La teoría ha sido receptada también en los siguientes fallos: C. Civil Cap., Sala A, 31/3/1966, E.D., t. 16 p. 512; íd., 22/11/1966, E.D., t. 19, p. 736; C. Trab. Cap., 18/3/1968, E.D., t. 29, p. 124; Sup. Corte Buenos Aires, Acuerdos y Sentencias, serie 19, t. 7, p. 307.

(nota 37) C. Com. Cap., 27/2/1978, L.L., 1978-B, p. 195, con nota de ZANNONI. En el mismo sentido, la C.C.C. Concepción del Uruguay decidió que las sociedades de familia no pueden impedir que se entregue al hijo su legítima en especie, por lo que cabe descender el velo de la personería y prescindir de la sociedad a los efectos de la adjudicación al actor de su parte en la herencia (9/2/1979, L.L., 1979-D, p. 236, con nota de MÉNDEZ COSTA).

(nota 38) C. Apel. San Martín, 13/4/1976, L.L., 1977-A, p. 255.

(nota 39) En la exposición de motivos que acompañó el proyecto de ley luego sancionado, se dice con referencia a este artículo: “No es necesario argumentar aquí en apoyo de esta norma, cuando la doctrina ha coincidido en señalar que no merece protección legal la utilización anómala de figuras jurídicas en contra de las finalidades que la ley que las acoja ha tenido en vista. El proyecto coincide aquí con el relativo a sociedades al considerar a la sociedad un medio técnico cuya utilización debe ser reconocida en la medida en que se respeta su recta finalidad legal y no para legitimar indirectamente fines diversos incompatibles como es el de defraudar a los acreedores”.

(nota 40) BUSO y MORIXE, Apuntes de derecho civil, ps. 123 y s.; asimismo, CASTILLO, Curso de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1926, t. 3, ps. 48, y s.

(nota 41) Tratan expresamente el punto, de acuerdo con este criterio: SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1170; SPOTA, t. 1, vol. 3.4, n° 1289.

(nota 42) De acuerdo: ARAUZ CASTEX, Parte General. La reforma de 1968, p. 81. En cambio LLAMBÍAS piensa que subsiste la denominación de personas de existencia ideal para todos los entes que no requieran autorización expresa del Estado para funcionar: Apéndice al Tratado de Derecho Civil, Parte General, p. 51.

1117/11450

A.— PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO

1117/624

624. CONCEPTO; DISTINCIÓN CON LAS PRIVADAS.— No es tarea sencilla precisar el concepto que ha de presidir la distinción entre personas de derecho público y de derecho privado. Es verdad que la ubicación de algunos entes resulta clara; así, por ejemplo, el Estado debe ser incluido entre las primeras, las sociedades anónimas entre las segundas. Pero las dificultades se advierten cuando se trata de entidades que se encuentran, por así decir, en una zona intermedia, como las compañías concesionarias de servicios públicos, las llamadas sociedades mixtas, etcétera.

Por nuestra parte, creemos que la nota más precisa de distinción entre las personas de derecho público y las privadas, reside en el origen de la entidad; las primeras son creadas, cada una de ellas, por una ley especial; en cambio las segundas nacen de la voluntad de sus miembros o del fundador. Al hablar de origen, no atribuimos a esta palabra un sentido histórico, pues muy bien puede una entidad pública haber tenido su origen en una creación privada. La Universidad de Córdoba, hoy persona de derecho público, fue fundada por el obispo Trejo y Sanabria y durante siglos fue una institución particular. Pero para que adquiriera carácter de pública, es necesario que la entidad sufra una transformación de su régimen jurídico determinada por una ley especial.

La excepción a esta regla la constituye la Iglesia, que por una tradición jurídica arraigada en algunos pueblos católicos, es considerada como persona de derecho público.

Contribuyen, asimismo, a configurar las personas de derecho público, las siguientes características:

a) Estas entidades se proponen de manera inmediata, indirecta y exclusiva un fin de interés público. En cambio las privadas sólo persiguen por lo general una ventaja para sus miembros, aunque en forma mediata resulte un beneficio público; así, por ejemplo, las sociedades comerciales se constituyen con propósito de lucro, aunque sin duda contribuyen a aumentar la riqueza nacional, la producción, etcétera; o bien se proponen un fin de interés público inmediato, como las sociedades concesionarias de servicios públicos, los colegios particulares, etcétera, pero al mismo tiempo persiguen un lucro privado. Sin embargo, las sociedades mixtas que nosotros ubicamos entre las entidades de derecho público, también persiguen fines de lucro privado; además, la mayor parte de las fundaciones se propone un fin público inmediato y exclusivo y no por ello son entidades públicas.

b) Las entidades de derecho público poseen, por lo general, el imperium que les corresponde como integrantes de la administración pública; aunque debe notarse que ciertas personas de derecho público carecen de imperium, precisamente por no integrar la administración pública; y en cambio, algunas entidades particulares, concesionarias de servicios públicos, lo poseen.

De lo expuesto se desprende que el fin público inmediato y exclusivo y el imperium, no son características privativas de las entidades de derecho público ni las poseen siempre; empero, es indiscutible que se dan más constantemente en ellas que en las privadas y que están más de acuerdo con su naturaleza intrínseca. Si no infalibles, son criterios útiles de distinción (ver nota 1).

1117/625

625. ENUMERACIÓN.— Las personas de derecho público son las siguientes: 1) El Estado. 2) Las provincias. 3) Las municipalidades. 4) Las entidades autárquicas. 5) La Iglesia Católica (art. 33 Ver Texto , ref. por ley 17711).

(nota 1) De acuerdo con basar la distinción en el origen de las entidades: SPOTA, t. 1, 3.4, p. 132, n° 1310. Comp.: BUSSO, t. 1, coment. art. 33, n° 23 y s.; FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, ps. 682 y s., n° 103.

1117/626

626. EL ESTADO NACIONAL Y PROVINCIAL.— Ninguna duda existe respecto del carácter de persona jurídica del Estado, sea nacional o provincial. En verdad, es la persona

jurídica por excelencia, puesto que representa la sociedad toda, su organización política, jurídica y económica (ver nota 1).

La cuestión de si el Estado tiene doble personalidad, de derecho público y de derecho privado, o si por el contrario posee una personalidad jurídica única, es un problema propio del derecho administrativo. Anotemos, sin embargo, que la cuestión se ha debatido intensamente en el terreno doctrinario, predominando actualmente la tendencia que sostiene una única personalidad (ver nota 2).

(nota 1) STOLFI, N. y F., *Il codice civile commentato*, Napoli, 1939, comentario al artículo 11. Por esta misma razón de ser la persona jurídica por excelencia, los redactores del nuevo Código Civil italiano consideraron inútil enumerar al Estado entre las personas jurídicas.

(nota 2) La doble personalidad ha sido defendida entre nosotros, con empeño y autoridad, por BIELSA, *Derecho administrativo*, t. 2, 3ª ed., ps. 270, y s., n° 465; véase, además, en el mismo sentido: JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, París, 1911, t. 1, p. 276; LABAND, *Le droit public et l'Empire allemand*. Sostienen la personalidad única: SPOTA, t. 1, vol. 3.4, p. 132, n° 1311; BULLRICH, R., *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1920, ps. 47 y s.; BUSO y MORIXE, *Apuntes de derecho civil*, t. 1, p. 127; HAURIOU, *Precis de droit administratif*, 11ª ed., 1927, ps. 286 y s.; FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, p. 696, nota 1; MICHOU, t. 1, n° 109 y s.

1117/627

627. LAS MUNICIPALIDADES.— También los municipios son personas jurídicas de derecho público. Aquí se advierten ya los inconvenientes de la terminología original del Código, que hablaba de personas de existencia necesaria cuando, en realidad, no toda la población tiene municipio; para que éste exista, es preciso una ley de creación, sea nacional o provincial. Los municipios que estaban organizados como tales a la fecha en que se sancionó la Constitución Nacional, deben considerarse subsistentes, sin necesidad de ley especial.

1117/628

628. LA IGLESIA CATÓLICA (ver nota 1).— El artículo 33 Ver Texto en su redacción originaria enumeraba entre las personas de existencia necesaria a la Iglesia. Esta disposición, referida a un país católico, que por prescripción constitucional sostiene ese

culto (art. 2º Ver Texto) aludía inequívocamente a la Iglesia Católica, como se desprendía, además, de la nota al mencionado artículo. Esta interpretación, que no tenía disidencias, ha sido explicitada en el nuevo artículo 33 Ver Texto .

Por consiguiente, sólo la Iglesia Católica debe ser considerada como una persona jurídica de existencia necesaria y de derecho público; las iglesias pertenecientes a otras religiones o cultos, pueden llegar a ser personas privadas, si reúnen los requisitos legales que la ley ha establecido para éstas.

Por Iglesia Católica no sólo debe entenderse la institución universal, el corpus mysticum Christi, sino también la organización nacional de la Iglesia.

1117/629

629.— Del mismo modo, tienen personería jurídica propia:

a) Las diócesis y las parroquias. Es lo que se desprende inequívocamente del artículo 2345 Ver Texto cuando establece que los templos y cosas sagradas corresponden a las respectivas iglesias lo que implica atribuir a estas entidades personería jurídica (ver nota 2). Esa personería es de derecho público; es necesario aceptarlo en razón de su íntima afinidad con la Iglesia, de la que son sus simples órganos; de ahí que sean titulares de bienes públicos que sólo pueden ser enajenados de conformidad al derecho canónico y a las leyes de patronato (art. 2345 Ver Texto) (ver nota 3).

1117/630

630-631. b) Las congregaciones religiosas.— Deben entenderse por tales los institutos en que se profesan votos solemnes (canon 488; véase núm. 408). Estas congregaciones, para tener personería jurídica deben ajustarse a las exigencias de los artículos 33 Ver Texto y 45 Ver Texto , Código Civil.

Se trata, por consiguiente, de personas de derecho privado.

1117/632

632.— Las otras entidades con fines religiosos, como las cofradías, hermandades, etcétera, constituidas por laicos, no forman parte del concepto de Iglesia, y están sujetas, por consiguiente, al régimen común de las personas jurídicas privadas (ver nota 4).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MARTORELL, J.E., Las personas jurídicas en el derecho canónico, Rev. Fac. Derecho de Buenos Aires, jul.-ago. 1951. ps. 922 y s.; DÍAZ DE GUIJARRO, E., La personalidad jurídica de la Iglesia y de las comunidades religiosas y su capacidad para adquirir bienes, J.A., t. 27, p. 1167; SPOTA, t. 1, vol. 3.4, n° 1319 y s.; BUSSO, t. 1, coment. art. 33, n° 45 y s.

(nota 2) Sup. Corte Tucumán, 2/8/1937, L.L., t. 7, p. 1135; Sup. Corte Buenos Aires, 28/9/1928, J.A., t. 33, p. 647; C. Civil, 2ª Cap., 7/7/1942, J.A., 1942-III, p. 611; íd., 3/9/1943, L.L., t. 32, p. 31. La doctrina nacional es unánime.

(nota 3) Véase SPOTA, El dominio público eclesiástico nota en J.A., 1942-III, ps. 911, s.

(nota 4) MARTORELL, op. cit., p. 931; BUSSO, t. 1, coment. art. 33, p. 67.

1117/633

633. ENTIDADES AUTÁRQUICAS.— La complejidad y extensión que en la sociedad contemporánea han adquirido las actividades del Estado han hecho nacer la necesidad de descentralizar algunos organismos encargados de ciertos servicios públicos. Estos desprendimientos de la administración pública, los entes autárquicos, se gobiernan por sí mismos y gozan de personería jurídica, que es de derecho público, puesto que no se trata sino de órganos del Estado. Tal es el caso del Banco Central, el de la Nación Argentina, el Hipotecario Nacional, etcétera. El estudio del régimen de estas entidades corresponde al derecho administrativo.

1117/634

634. SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA (ver nota 1).— La extensión que han tomado las actividades del Estado, a que aludimos en el número anterior, ha llegado a veces a terrenos que antes estaban completamente en manos de la iniciativa privada. Cuando lo considera de interés público, el Estado se convierte a veces en comerciante o en industrial. Para ello suele valerse de un instrumento que hace algunos años estuvo en auge en nuestro país: las sociedades de economía mixta. Se trata de entidades formadas en parte por capital del Estado y en parte por capitales privados. Estas sociedades, en las que por lo menos

algunos de los socios (los capitalistas particulares) persiguen un propósito de lucro, han sido imaginadas como medio de evitar la pesadez burocrática propia de los organismos estatales.

Cabe preguntarse si se trata de personas jurídicas de derecho público o privado. No obstante el aporte de capitales privados, entendemos que pertenecen a la primera categoría, fundados en las siguientes razones: a) Su origen es siempre una ley. b) Su finalidad inmediata es preponderantemente de orden público (véase núm. 624).

(nota 1) Sobre este tema, véase: BUSSO, t. 1., coment. art. 33 y s.; RODRÍGUEZ ARIAS, J.C., La sociedad de economía mixta, Rosario, 1940, p. 66; BIELSA, Derecho administrativo, 3ª ed., t. 2, ps. 373, y s.; GRECA, A., El sistema de economía mixta en la realización de los servicios públicos, Santa Fe, 1941, ps. 37 y s.

1117/11460

B.— PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

1117/635

635. EL ARTÍCULO 33, INCISO 5º, Y SU REFORMA.— En su redacción originaria el artículo 33 Ver Texto , inciso 5º, enumeraba en forma desordenada e incompleta las personas de derecho privado (que la norma llamaba de existencia posible). Decía así: “Los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguro y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes y no subsistan de asignaciones del Estado”.

La ley 17711 reformó esta disposición, clasificando sistemáticamente las personas jurídicas privadas y estableciendo con precisión y claridad sus requisitos. Dice la segunda parte del artículo 33 Ver Texto en su nueva redacción: Tienen carácter privado: 1º) 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; 2º) Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

En los dos incisos se distinguen las asociaciones y fundaciones constituidas sin fines de lucro y las sociedades civiles y comerciales que lo tienen. Estudiaremos por separado estos supuestos.

1117/636

636. REQUISITOS EXIGIDOS PARA LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES.— Para que las asociaciones y fundaciones puedan actuar como personas jurídicas privadas, se requiere:

a) Un acto de voluntad creador de la institución. Por lo general, la creación resultará del acuerdo de los asociados o miembros de las entidades; en las fundaciones, la creación del ente resulta de la voluntad única del fundador.

b) Un fin de bien común (art. 33 Ver Texto). No es necesario que las personas jurídicas se propongan un fin inmediato de bien público general, siempre que ese bien general resulte del objeto y de las actividades de la entidad. Ello es lo que ocurre con ciertas asociaciones civiles, cuyos fines parecen puramente egoístas, como, por ejemplo, los clubes sociales; inclusive estas entidades estimulan el espíritu de sociabilidad, de solidaridad o simplemente procuran el descanso y el esparcimiento de sus asociados y son, por lo tanto, socialmente útiles.

El Poder Ejecutivo nacional ha hecho algunas aplicaciones interesantes del concepto de bien común. Así, por ejemplo, ha resuelto que no satisfacen ese requisito y, por consiguiente, denegó la personería jurídica: a) a una sociedad espiritista, “Asociación de Estudios Psicológicos Fe, Esperanza y Caridad” (ver nota 1); b) a una asociación que en sus estatutos exterioriza su repudio a la organización social del país (ver nota 2); c) a una asociación cuyo objeto es desarrollar obras de interés social, cultural, benéfico, fuera del país, porque sin duda alguna el bien común a que alude el artículo 33 Ver Texto es el de la colectividad nacional y no de una extraña (ver nota 3); d) alguna vez se negó finalidades de bien común a las asociaciones masónicas (ver nota 4), aunque en otras oportunidades se haya dicho que estas logias, que en el pasado eran verdaderos nidos conspiradores y sede de revolucionarios, en la actualidad son inofensivas instituciones corporativas, cuyo carácter más destacado es la ayuda material mutua, el socorro y asistencia recíproca (ver nota 5).

Se ha criticado la exigencia de nuestra ley, al requerir un fin de bien público; se sostiene que éste es un concepto elástico y vago, que autoriza interpretaciones arbitrarias y permite desconocer el derecho de las asociaciones a obtener su personería jurídica; la ley sólo debería exigir un fin lícito (ver nota 6). Estas críticas no nos parecen, ni con mucho, decisivas. Al exigirse un objeto de bien común, se da la razón misma, la justificación de la

existencia jurídica de estas entidades, pues precisamente porque persiguen ese fin es que debe reconocérseles personería. La palabra licitud, en este caso, es un término neutro, inexpressivo, que no penetra en la esencia del concepto de persona jurídica; y desde el punto de vista práctico, no daría pie a soluciones tan plausibles como las que hemos citado en el párrafo anterior, adoptadas por el Ejecutivo Nacional (ver nota 7).

c) Necesitan poseer patrimonio propio (art. 33 Ver Texto), lo que lleva implícita la capacidad de adquirir bienes que exige el mismo inciso. Además, la ley requiere que no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado (art. 33 Ver Texto). Naturalmente, esta disposición no impide que aquél pueda otorgar subvenciones a las personas jurídicas, lo que hace con frecuencia, cuando se trata de entidades culturales, artísticas, literarias, etcétera. Pero la entidad no debe subsistir exclusivamente de ellas. La disposición se justifica plenamente, porque, en tal caso, todo su patrimonio pertenecería al Estado y no existiría una entidad distinta de aquél, sino que sería uno de sus organismos.

d) Finalmente, es necesaria la autorización del Estado, que es el elemento formal, pero no por ello menos indispensable para la existencia de las personas jurídicas. Este tema lo desarrollamos detenidamente en los números 671 y siguientes.

1117/637

637. **DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES.**— Aunque más adelante desarrollaremos con prolijidad el tema de las asociaciones y las fundaciones, es conveniente adelantar desde ahora una distinción conceptual. Las primeras son entidades creadas por un acuerdo de voluntades de varias personas, que persiguen un fin de interés común, sea altruista o lucrativo. A las fundaciones, en cambio, las crea una persona, sea natural o jurídica, que hace una donación o legado con el objeto de que se destine a un cierto fin, siempre altruista, fijando las reglas a que ha de ajustar su desenvolvimiento la entidad, designando sus administradores y la forma en que han de renovarse, etcétera; así, por ejemplo, se destina una suma de dinero para la creación de un hospital, una universidad, etcétera, y al propio tiempo se proveen los gastos de administración y se dictan los estatutos.

Precisados estos conceptos previos, es fácil encontrar los caracteres distintivos entre unas y otras: 1) las asociaciones nacen siempre del acuerdo de una pluralidad de miembros; las fundaciones nacen de la voluntad de una persona y se gobiernan según las normas fijadas por ella; es verdad que dos o más personas pueden ponerse de acuerdo y hacer una donación o legado conjunto para crear una fundación; pero, además de que tal hipótesis es excepcional, lo substancial es que en las primeras el acuerdo es necesario, no así en las segundas; 2) en las asociaciones, sus miembros son los que gobiernan la entidad, la transforman, la disuelven; en las fundaciones, el gobierno de la entidad está regulado por la voluntad del fundador y los administradores no pueden apartarse de ella; estas reglas, en

principio, son invariables; 3) el patrimonio de las asociaciones tiene un fin propio a cumplir: los miembros son los interesados en ese fin; en cambio, las fundaciones realizan un fin ajeno, el del fundador, y los destinatarios son extraños a la entidad; así, por ejemplo, los beneficiarios del servicio hospitalario, de una institución cultural, etcétera. Las fundaciones no tienen miembros, sino destinatarios.

De una manera general, se ha dicho que la distinción esencial reside en que las asociaciones son autónomas, en tanto que las fundaciones son heterónomas. En efecto, aquéllas están dirigidas y obran de acuerdo con una voluntad emanada de sus propios miembros; por el contrario, en las segundas esa voluntad proviene de un ser extraño que es el fundador (ver nota 8).

1117/638

638. SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES.— El artículo 33 Ver Texto , in fine, reconoce la calidad de personas jurídicas privadas a las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

Este artículo pone definitivamente fin a una cuestión que durante años dividió a nuestra doctrina, aunque es necesario decir que ya antes de la reforma de la ley 17711 la cuestión había zanjado en favor de la tesis de que estas entidades son personas jurídicas (ver nota 9). Y es natural que así sea, pues lo que sustancialmente caracteriza a una persona jurídica es su capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Y desde el momento en que la ley les reconoce a estas entidades esa capacidad, aun sin requerir autorización del Estado, es claro que tienen carácter de personas jurídicas,

Adviértase que en este inciso no se exige ninguno de los requisitos del anterior. No se exige, por lo pronto, el fin de bien común, y es natural que así sea, porque la mayor parte de las veces las sociedades civiles y comerciales tiene fines puramente egoístas. Pero, eso sí, su fin no debe ser contrario a la moral y buenas costumbres o a los intereses públicos. Tal contrato sería nulo.

Tampoco se menciona en este inciso la exigencia de tener un patrimonio propio. Pero aquí la omisión se debe a que se trata de un requisito obvio. No se concibe una sociedad que no tenga patrimonio o en la cual los socios no puedan administrar y disponer de sus bienes, desde que el ámbito en que se mueven estas entidades es esencialmente patrimonial.

1117/639

639. **DISTINCIÓN ENTRE ASOCIACIÓN Y SOCIEDAD.**— Si bien la palabra asociación es genérica y hábil para designar toda suerte de entidades nacidas de un acuerdo de sus miembros, se la reserva generalmente para aquellas que no tienen fines de lucro; tales, por ejemplo, las asociaciones deportivas, artísticas, científicas, religiosas, políticas, gremiales (aunque la agremiación sea para defender intereses económicos, porque el gremio en sí no persigue concretamente un lucro), profesionales, etcétera. En cambio, a las entidades constituidas con fines lucrativos, se las llama sociedades.

Las entidades no lucrativas no pierden ese carácter por la circunstancia de que desenvuelvan alguna actividad económica con el objeto de allegar fondos a la institución. Así, por ejemplo, un club deportivo puede vender artículos vinculados con sus actividades, tener un restaurante, cobrar entradas a socios o extraños para presenciar un partido, etcétera. Lo esencial en ellas es que no distribuyan dividendos o ganancias entre sus asociados (ver nota 10).

(nota 1) Decreto del 13 de octubre de 1933.

(nota 2) Decreto 116137, del 8 de octubre de 1937.

(nota 3) Decreto 4354, del 16 de mayo de 1938.

(nota 4) Decreto del 22 de agosto de 1907.

(nota 5) Decreto del 13 de diciembre de 1906.

(nota 6) PÁEZ, Derecho de las asociaciones, 2ª ed., p. 519; LEÓN, P., La persona y los derechos subjetivos, Rev. Jurídica de Córdoba, oct.-dic. 1947, p. 601; FERRARA. Teoría de las personas jurídicas, ps. 368, y s., nº 77; ps. 411 y s., nº 82.

(nota 7) De acuerdo con nuestro criterio: LLAMBÍAS, t. 2, nº 1166.

(nota 8) Sobre el arduo tema de la distinción entre asociación y fundación, véase: BUSSO, t. 1, coment. art. 33, nº 146 y s.; FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, nº 102; MICHOD, t. 1, ps. 210 y s., nº 76; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 442 y s.; VON TUHR, Teoría general del derecho civil, t. 2, ps. 111 y s.; LEVY

ULLMANN y GRUNEBAUM-BALLIN, *Essai sur les fondations*, Revue Trimestrielle, 1904, ps. 253 y s.

(nota 9) Véase sobre este punto el interesante estudio de HALPERÍN, La personalidad jurídica de las sociedades civiles y comerciales, L.L., t. 2, p. 1011; además, FIGUEROA, nota en L.L., t. 18, sec. doct., p. 44; RAYCES, nota en J.A., t. 42, p. 603; COLMO, La personalidad de las sociedades, An. Fac. Derecho de Buenos Aires; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1250; ARAUZ CASTEX, n° 792; BUSO, t. 1, art. 33, n° 182. En cuanto a la jurisprudencia, la tendencia actual es la indicada en el texto: C.S.N., 26/11/1930, J.A., t. 34, p. 696; C. Civil 1ª Cap., 30/11/1932, J.A., t. 40, p. 148; C. Civil, 2ª Cap., 22/8/1924, J.A., t. 13, p. 792; C. Com. Cap., 14/5/1926, J.A., t. 20, p. 424; Sup. Corte Buenos Aires, 24/2/1953, L.L., t. 70, p. 447; etc. Puede consultarse también para la exposición del punto de vista opuesto, un viejo estudio de CARLOS PAZ, *La sociedad civil no constituye persona moral ni ser jurídico*, Buenos Aires, 1862.

(nota 10) Para la distinción entre asociaciones y sociedades, véase: PITHOD, C.A., *Asociación y sociedad*, J.A., 1947-II, sec. doct., ps. 33 y s.; SPOTA, t. 1, vol. 3.4, n° 1325 y s.

1117/11470

C.— PERSONAS JURÍDICAS CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO (ver nota 1)

1117/640

640. PLANTEO DE LA CUESTIÓN: REMISIÓN.— El artículo 34 Ver Texto del Código Civil establece que: 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.

El problema que plantean las personas jurídicas constituidas en el extranjero debe ser considerado en el derecho internacional privado, al cual remitimos. Por nuestra parte, hemos de limitarnos a indicar brevemente cuáles son las soluciones que han prevalecido en los principales tópicos de esta materia.

1117/641

641. ESTADOS EXTRANJEROS.— En cuanto a los Estados extranjeros reconocidos expresa o tácitamente como miembros de la comunidad internacional, pueden actuar sin ningún otro requisito como personas jurídicas en nuestro país; igualmente, pueden hacerlo sus provincias y municipalidades (art. 34 Ver Texto), así como las otras personas de derecho público que actúen como órganos de aquéllos (entes autárquicos).

1117/642

642. PERSONAS DE DERECHO PRIVADO; LA CUESTIÓN DE LA AUTORIZACIÓN.— Según el artículo 34 Ver Texto , estas personas constituidas en el extranjero tienen personería en nuestro país siempre que reúnan las mismas condiciones exigidas por el artículo 33 Ver Texto para las que se forman aquí, en nuestro país.

1117/11950

642 bis.— Para actuar en nuestro país, ¿necesitan estas personas jurídicas la autorización previa del Estado? Según la opinión prevaleciente en la jurisprudencia y doctrina nacionales, es necesario hacer una distinción: si se trata de la realización de actos aislados, la autorización no es necesaria; en cambio, sí lo es si se pretende ejercer una actividad permanente en el país (ver nota 2). Esta solución es, sin duda, la que más se ajusta a las leyes vigentes, y la que mejor consulta la defensa de los intereses públicos en juego.

En lo que atañe a las sociedades comerciales, el artículo 285 Ver Texto del Código de Comercio autoriza expresamente a las entidades constituidas fuera del país a celebrar actos aislados de comercio que no sean contrarios a nuestras leyes. De donde se desprende que, para comerciar habitualmente, se requiere la autorización previa del Poder Ejecutivo. De esta exigencia están exentas las sociedades anónimas constituidas en el extranjero, las que podrán funcionar sin necesidad de autorización especial del Poder Ejecutivo, siempre que hayan satisfecho los siguientes requisitos: a) que comprueben ante juez competente que se han constituido de acuerdo con las leyes del país respectivo; b) que inscriban sus estatutos y documentos habilitantes en el Registro Público de Comercio; c) que el país de origen de tales entidades admita la reciprocidad (art. 287 Ver Texto , Cód. Com., ref. por la ley 8867). De estas franquicias no gozan las compañías de seguros, que requieren siempre autorización del Ejecutivo (art. 528 Ver Texto , Cód. Com., y art. 27 , ley 12998).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: CALANDRELLI, A., Funcionamiento en la Argentina de las sociedades comerciales constituidas en país extranjero, *Anales Fac. Derecho de Buenos Aires*, t. 4, 1914, p. 567; GROSSMANN, K., Reconocimiento y capacidad de la persona jurídica de derecho civil en el derecho internacional, *J.A.* t. 69, sec. doct. p. 75; CACICI,

De la extraterritorialidad de la persona jurídica, Buenos Aires, 1917; AZTIRIA, E., La nacionalidad de las sociedades mercantiles, Buenos Aires, 1948; MICHELSON, G., La nacionalidad de las sociedades anónimas, *Rev. Crítica de Jurisprudencia*, 1933, t. 2, p. 169; ROMERO DEL PRADO, V. N., Las personas jurídicas en el derecho internacional privado, Córdoba, 1926; RÜCHLAND, C., Le problème des personnes morales en droit international privé, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, t. 45, p. 391; PILLET, Les personnes morales en droit international privé, París, 1944.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 20/4/1934, J.A., t. 34, p. 183; C. Civil 2ª Cap., 5/3/1923, J.A., t. 10, p. 175; 21/12/1925, J.A., t. 18, p. 1110; 13/8/1926, G. F., t. 64, p. 36. En el mismo sentido: LLAMBÍAS, t. 2, n° 1211; ARAUZ CASTEX, t. 1, n° 881; ROMERO DEL PRADO, Las personas jurídicas en el derecho internacional privado, ps. 158 y s.; íd., Manual de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 1944, t. 1, ps. 940, y s., n° 48; ANASTASI, L.L., t. 7, sec. jur. extr., ps. 5 y s., en que comenta un importante fallo del juez uruguayo Dr. Armand Ugón. Sobre este interesante tema y las distintas opiniones sostenidas, véase la bibliografía citada en nota anterior.

1117/11480

§ 3.— Asociaciones (ver nota 1)

1117/11490

A.— CONCEPTO E IMPORTANCIA

1117/643

643-664. LA ASOCIACIÓN EN EL DERECHO MODERNO.— El hombre es muchas veces impotente para realizar por sí solo sus deseos y aspiraciones. Ya sea para defenderse en la lucha por la vida, para perfeccionarse cultural y moralmente, para protegerse contra los riesgos de enfermedades, invalidez o muerte, para luchar eficazmente por sus ideales, necesita unirse a otros hombres y mancomunar sus esfuerzos.

En las sociedades contemporáneas, el fenómeno asociacionista ha adquirido una extraordinaria importancia. En efecto; el desarrollo del capitalismo y de la técnica ha reducido a muy poco las posibilidades del individuo como tal. Pero lo que él solo no puede hacer, está al alcance de las asociaciones. Es, pues, por imperio de las necesidades que el

hombre se asocia a otros en sindicatos, agremiaciones profesionales, mutualidades, entidades culturales, religiosas, científicas, artísticas, partidos políticos, clubes deportivos o sociales, etcétera.

Al ingresar al grupo, el hombre pierde, sin duda, algo de su libertad, pues está sometido a su disciplina; pero, en cambio, gana en fuerza y en seguridad, e inclusive puede recuperar la libertad perdida a consecuencia de su debilidad individual. Tal es el caso de los gremios. Mientras el obrero estuvo solo y aislado frente al patrón, se halló sometido a la voluntad de éste, quien imponía las condiciones de trabajo, salarios, etcétera; en una palabra, carecía de libertad para contratar. La agremiación ha permitido oponer a la fuerza de los patrones una fuerza equivalente; las condiciones de trabajo se estipulan no ya bajo la presión de una voluntad dominante, sino en condiciones de libertad.

Puesto que el derecho de asociación es esencial a la vida del hombre en sociedad, debe admitirse que es un derecho natural amparado por la Constitución Nacional (art. 14 Ver Texto).

Las asociaciones pueden definirse como las agrupaciones humanas reunidas con el propósito común de realizar una idea u objetivo de bien general. Para mayores desarrollos de este concepto nos remitimos al número 637.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: En esta materia es capital la obra de PÁEZ, J. L., El derecho de las asociaciones, 2ª ed., Buenos Aires, 1946. Además, véase: BUSSO, Código Civil Anotado, t. 1, coment. a los arts. 36 y s.; CLUNET, E., Les associations au point de vue historique et juridique, París, 1909; CACHARD, H., Le droit d'association aux Etats-Unis, Journal de Droit International Privé, t. 30, 1903; GORE BROWNE, F., Des associations sans but lucratif en Angleterre, Journal de Droit International Prive, t. 30, 1903; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 1, vol. 1, ps. 456 y s.; VON TUHR, Derecho Civil, vol. 1.2, ps. 125 y s.

1117/11500

B.— ÓRGANOS DE GOBIERNO

1117/645

645. **DISTINTOS ÓRGANOS DE GOBIERNO.**— Los órganos de gobierno de las asociaciones son creados por sus estatutos. Normalmente toda asociación tiene un órgano deliberativo, la asamblea (ver nota 1), uno ejecutivo, la dirección, y uno de contralor, el síndico o comisión revisora de cuentas. Además, y respondiendo a distintas necesidades propias de cada institución, los estatutos suelen crear otros órganos de menor importancia tales como el jurado de honor, el tribunal de penas, etcétera.

1117/646

646. **LA ASAMBLEA.**— La asamblea es la autoridad suprema de la institución: nombra y remueve la comisión directiva, controla y aprueba o desaprueba su gestión, establece la orientación que deben tener las actividades de la asociación, imparte directivas a los directores, puede modificar los estatutos, quedando sujeta la reforma a la ulterior aprobación del Poder Ejecutivo (véase núm. 684). Está formada por todos los socios con derecho a voto (puesto que los estatutos pueden negar ese derecho a ciertos miembros, por ejemplo, los adherentes, los menores de edad, etc.).

Pero si bien la asamblea tiene el gobierno supremo de la entidad, no puede ejercer sus poderes ilimitadamente. Por el contrario, sus decisiones deben ajustarse a los estatutos; a pesar de que tiene facultades para reformarlos, no puede apartarse de ellos, puesto que, según lo hemos dicho, la modificación no tiene vigencia hasta tanto no haya sido aprobada por el Poder Ejecutivo.

Generalmente suele distinguirse entre las asambleas ordinarias, que se reúnen periódicamente para tratar asuntos de rutina (consideración de la memoria y balance, aprobación de cuentas, nombramiento de nueva comisión directiva a la expiración del mandato de la anterior, etc.) y las extraordinarias, que se reúnen especialmente convocadas para tratar asuntos graves o urgentes (remoción de los miembros de la dirección, modificación de los estatutos, disolución de la entidad, etc.). Pero los poderes de ambas son iguales.

1117/647

647. **CONVOCATORIA.**— La convocatoria de la asamblea debe hacerse de conformidad con las normas fijadas en los estatutos. Es esencial que exprese los puntos a tratar; es nula toda decisión tomada sobre una cuestión no incluida en el orden del día (ver nota 2), si bien debe admitirse que no es necesaria la inclusión expresa si el asunto puede considerarse implícitamente comprendido en él (ver nota 3).

Ordinariamente la convocatoria de la asamblea es hecha por la comisión directiva. Sin embargo, conviene prever el caso de que ésta, deliberadamente o por negligencia, no haga la respectiva convocatoria; en tal caso es necesario reconocer ese derecho a un cierto número de socios. En el Proyecto de Reformas de 1936 se autoriza la convocatoria a iniciativa de la dirección o de la quinta parte de los asociados que lo solicitaren por escrito (art. 86).

Sin embargo, una resolución escrita, firmada de acuerdo por todos los asociados, tiene el mismo valor de una asamblea, aunque no mediare ninguna convocatoria (ver nota 4).

1117/648

648. QUÓRUM; MAYORÍA.— También deben fijar los estatutos el quórum necesario para las deliberaciones; por regla general se establece que si en la primera convocatoria no se ha reunido el quórum suficiente, en la segunda la asamblea puede sesionar válidamente cualquiera que sea el número de los miembros presentes. Esta fue la solución adoptada en el Proyecto de 1936 (art. 87, inc. 1º) y en el Anteproyecto de 1954 (art. 111). En la jurisprudencia alemana ha llegado a reconocerse la validez de las resoluciones de la asamblea aun cuando hubiese concurrido un solo socio (ver nota 5).

Para ciertas resoluciones trascendentales suele requerirse un quórum elevado; así, por ejemplo, en el Proyecto de 1936 (art. 87, inc. 2º) y en el Anteproyecto de 1954 (art. 111), se exige la presencia de las tres cuartas partes de los miembros para modificar los estatutos o disolver la entidad.

Para las decisiones de la asamblea, salvo disposición en contra de los estatutos, no basta la simple mayoría, sino que es necesaria la mayoría absoluta de los miembros presente (ver nota 6). Y si se tratase de modificar el objeto de la entidad, la resolución sólo será válida si cuenta con el apoyo de la unanimidad de los miembros, no ya de la asamblea, sino de la asociación (véase núm. 682).

El voto se puede emitir no sólo personalmente, sino también por poder, salvo disposición expresa en contrario de los estatutos (art. 355 Ver Texto , Cód. Com.) (ver nota 7).

1117/649

649. LA DIRECCIÓN.— Además del órgano deliberativo y soberano que es la asamblea, las asociaciones poseen un órgano ejecutivo, la dirección.

A diferencia de aquélla, que funciona periódicamente y sólo en caso de ser convocada, la dirección actúa en forma permanente; tiene a su cargo la administración de la entidad, pero debe sujetar su gestión a las directivas trazadas por la asamblea. Sus integrantes son nombrados y removidos por la asamblea y responden ante ella de su actuación. Ejercen un mandato esencialmente revocable.

Por lo general, la dirección está constituida por varias personas que integran una comisión directiva; nada obsta, sin embargo, a que sea desempeñada por una sola persona. Esta modalidad es frecuente en asociaciones gremiales y el administrador suele llamarse secretario general.

Del mismo modo que lo que ocurre con las decisiones de la asamblea, las de la dirección están sujetas al contralor judicial; todo afectado por una medida ilegal o antiestatutaria puede recurrir a los jueces para reclamar su anulación (véase núms. 658 y sigs.).

En principio, la función de los directores es gratuita (arts. 1870 Ver Texto , inc. 2º, y 1871, Cód. Civ.). Sin embargo, nada obsta a que en los estatutos se establezca una remuneración. En nuestra jurisprudencia administrativa existe, empero, una tendencia a no aprobar cláusulas estatutarias que autoricen la remuneración de funciones directivas en cierto tipo de entidades civiles, como, por ejemplo, mutualidades (ver nota 8) y agremiaciones profesionales (ver nota 9), etcétera. Nos parece de todo punto de vista ilegal el rechazo de tales cláusulas, que no están prohibidas por ninguna ley y que de ninguna manera pueden considerarse inmorales o contrarias a las buenas costumbres; más aún, puede estar en el interés de la misma asociación pagar una remuneración a algunos de sus directores para que dediquen todas sus energías a la entidad, con prescindencia de toda otra actividad (ver nota 10). En materia sindical, la remuneración del secretario general es corriente y de evidente utilidad.

1117/650

650. ÓRGANOS DE CONTRALOR.— También poseen las asociaciones órganos de contralor que pueden ser unipersonales (síndico) o pluripersonales (comisión revisora de cuentas).

Sus funciones consisten en vigilar la observancia de las leyes y de los estatutos, tanto en la actuación de la dirección como en la forma de la convocatoria de la asamblea, legitimidad de sus decisiones, etcétera. En particular, tiene el deber de revisar periódicamente los libros de contabilidad de la entidad y todos los documentos que se refieren al movimiento de fondos.

El síndico y la comisión revisora de cuentas son nombrados y removidos por la asamblea, del mismo modo que la dirección. Para desempeñar estos cargos no es necesario ser miembro de la entidad (ver nota 11).

(nota 1) A nuestro entender, carece de todo interés la cuestión puramente teórica de si la asamblea es o no un órgano de la asociación, pues hay quienes sostienen que en realidad es la asociación misma y no un órgano (véase en este sentido, PÁEZ, El derecho de las asociaciones, n° 77). Esta opinión nos parece insostenible; basta pensar que nunca o casi nunca las asambleas reúnen a todos los asociados, que sus deliberaciones son perfectamente válidas aunque sean celebradas por una pequeña minoría de los miembros (véase n° 648). ¿Cómo puede decirse que este pequeño núcleo de socios es la asociación misma? (De acuerdo: BUSSO, t. 1, coment. arts. 36 y 37, n° 23; VON TUHR, Derecho Civil, vol. 1.2, p. 172).

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 17/6/1927, J.A., t. 25, p. 208. La doctrina es unánime.

(nota 3) BUSSO, coment. arts. 36 y 37, n° 27.

(nota 4) VON TUHR, Derecho Civil, vol. 1.2, p. 172.

(nota 5) VON TUHR, Derecho Civil, vol. 1.2, p. 175, texto y nota 15.

(nota 6) BUSSO, t. 1, coment. a los arts. 36 y 37, n° 34; PÁEZ, El derecho de las asociaciones, n° 87; VON TUHR, Derecho Civil, vol. 1.2, p. 175; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 490 y s.

(nota 7) Sin embargo, en lo que atañe a las asociaciones civiles, se ha sostenido que sólo puede votarse personalmente y no por poder. (BUSSO, t. 1, coment. art. 38, n° 27 y s.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 1, p. 494), salvo que ello estuviere autorizado en los estatutos. Estamos en completo desacuerdo con esta opinión, que no encontramos fundada en ninguna razón valedera (de acuerdo: PÁEZ, El derecho de las asociaciones, n° 85). En el sentido que propugnamos en el texto se ha expedido la Inspección General de Justicia: 10/5/1937, La Información, 1930/1940, p. 110; 6/11/1939, cit. por PÁEZ, op. cit. y loc. cit.

(nota 8) Decreto 107453 del P.E.N., de fecha 12/6/1937.

(nota 9) Memoria de la Inspección General de Justicia, t. 1, p. 27. La resolución se refería a la Asociación Central Mercantil Propietarios de Cafés, Bares, Confiterías y Anexos.

(nota 10) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 2, n° 1223.

(nota 11) LLAMBÍAS, t. 2, n° 1225. En contra: PÁEZ, El derecho de las asociaciones, n° 69. La opinión sustentada en el texto se ha adoptado en nuestras costumbres, siendo frecuente que el síndico no pertenezca a la entidad.

1117/11510

C.— DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS

1117/651

651. CÓMO SE ADQUIERE LA CALIDAD DE MIEMBRO.— En las asociaciones, el carácter de miembro se adquiere bien por participar en el acto de la fundación, bien por incorporarse más tarde como asociado.

Hemos de ver que el acto fundacional, en el cual se redactan los estatutos, no es un contrato (véase núm. 680); tampoco lo es la incorporación posterior, aunque tenga la apariencia de un contrato de adhesión. En efecto: los derechos y deberes ulteriores se basan en los estatutos y reglamentos internos, que pueden ser modificados con prescindencia de la voluntad del miembro, lo que excluye toda idea de contrato (ver nota 1). Esto prueba, una vez más, que la asociación no es un contrato, sino una institución.

Las condiciones de ingreso deben fijarse en los estatutos.

¿Es transmisible la calidad de miembro? Desde luego, si la transmisión está autorizada en los estatutos, ninguna cuestión se presenta; pero si no lo estuviera, el principio que debe aceptarse es la intransmisibilidad del carácter de miembro, puesto que las calidades personales de los socios suelen tener una importancia primordial en la vida de las asociaciones. Esta regla ha sido adoptada expresamente en el Proyecto de 1936 (art. 89) y en el Anteproyecto de 1954 (art. 113). Sin embargo, si se tratara de personas jurídicas en las que sólo interesa la contribución patrimonial del asociado, la calidad de miembro es transmisible a título singular o universal (ver nota 2); ejemplo típico de esta hipótesis es la

sociedad anónima, en la cual la transmisión de las acciones que puede hacerse libremente importa la cesión de la calidad de socio (véase arts. 326 Ver Texto y 330 Ver Texto , Cód. Com.).

No existe un derecho a ser admitido como miembro de una asociación: ésta puede elegir libremente sus socios (ver nota 3), a menos que los estatutos dispongan expresamente lo contrario.

1117/652

652. DERECHOS.— Según el artículo 40 Ver Texto del Código Civil, los derechos de los miembros de una asociación con personería jurídica están reglados por el contrato, por el objeto de la asociación o por las disposiciones de sus estatutos. Se trata de una redacción infortunada.

En realidad, los derechos y deberes de los miembros de una entidad están reglados, en primer término, por sus estatutos, que forman la ley fundamental de la persona jurídica; el objeto de la asociación o fundación sólo puede suministrar un criterio general de apreciación, útil en caso de silencio de los estatutos o de que su interpretación suscite dudas (ver nota 4). Así, por ejemplo, se ha resuelto que los estatutos de una sociedad mutualista deben ser interpretados en favor de los asociados, porque el beneficio de ellos constituye la razón de ser de la entidad (ver nota 5).

En cuanto al contrato a que alude el artículo 40 Ver Texto , sólo tiene aplicación en la hipótesis remotísima de que un nuevo miembro no se incorpore por simple afiliación, sino mediante un contrato especial suscripto con la entidad, en el que se le aseguren sus derechos de socio con carácter permanente (ver nota 6).

1117/653

653.— Los derechos de los miembros de una asociación son múltiples y de variada naturaleza: a) existen ante todo, derechos que dependen de la ley, que no pueden ser desconocidos por los estatutos; así, por ejemplo, el derecho de retirarse de la asociación, de no ser expulsado arbitrariamente, etcétera; b) en una segunda categoría deben incluirse aquellos derechos que tienen una naturaleza estatutaria-contractual; por regla general se trata de privilegios que se reservan los fundadores, que no pueden ser desconocidos ni aun con la modificación de los estatutos, a menos de contar con el consentimiento del propio interesado (ver nota 7); c) finalmente, los derechos propios de todos los asociados o de grupos de ellos, fijados en los estatutos de una manera general, y por lo tanto, esencialmente modificables.

Entre estos últimos podemos enumerar: derecho a intervenir en el gobierno de la entidad votando en las asambleas, derecho a ser elegido y a elegir administradores, a usar de las instalaciones, edificios, bibliotecas, laboratorios, campos deportivos, etcétera; de participar de sus reuniones científicas o sociales, y de recibir los beneficios de asistencia médica jurídica, profesional e inclusive pensiones y ayudas pecuniarias en el caso de asociaciones mutualistas, etcétera. Si se tratare de personas jurídicas con fines lucrativos, tendrán derecho a percibir dividendos o ganancias y a recibir la parte correspondiente en caso de disolución.

1117/654

654. OBLIGACIONES.— El carácter de miembros supone, asimismo, obligaciones. Entre ellas cabe recordar: la de pagar las cuotas de ingreso y las periódicas; acatar los estatutos y reglamentos internos, así como las órdenes legítimas emanadas de los órganos de la asociación; asistir a las reuniones de las asambleas y de cooperar al cumplimiento del objeto o idea central de la asociación, lo que implica, naturalmente, la obligación de abstenerse de todo acto susceptible de perjudicar a la entidad, etcétera.

1117/655

655. CÓMO SE PIERDE LA CALIDAD DE MIEMBRO.— El carácter de miembro se pierde por renuncia, por muerte o por expulsión. En caso de asociaciones cuyos miembros interesen exclusivamente por el aporte económico, se lo pierde por la cesión de la cuota social.

El derecho a renunciar a la calidad de asociado no puede ser desconocido ni aun en los estatutos (ver nota 8); pero, en cambio, se lo puede reglamentar, exigiéndose un determinado preaviso, o que el pago de las cuotas sociales esté al día (ver nota 9).

¿Puede la asociación rechazar la renuncia de un socio y expulsarlo como consecuencia de un hecho anterior a ella? La cuestión se ha debatido en la doctrina y en la jurisprudencia (ver nota 10); por nuestra parte, pensamos que el poder disciplinario de las asociaciones se extiende a todos los actos realizados por los socios mientras han tenido el carácter de tales y que, por consiguiente, es lícito el procedimiento de expulsión en aquella hipótesis. Naturalmente, si la renuncia ha sido aceptada, no puede más tarde dejarse sin efecto la aceptación y disponerse la expulsión (ver nota 11).

En cuanto a la expulsión, nos remitimos al número 657.

(nota 1) MICHOUD, *Le théorie de la personnalité morale*, 3ª ed., t. 2, ps. 4 y s. n° 169; BUSSO, t. 1, coment. art. 38, n° 15; SPOTA, t. 1, vol. 3.4, n° 1514.

(nota 2) FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, ps. 758 y s., n° 111; BUSSO, t. 1, coment. art. 38, n° 23 y s.

(nota 3) PÁEZ, *El derecho de las asociaciones*, p. 232, n° 107; LLAMBÍAS, t. 1, n° 1226; ENNECCERUS-KIPP-WOFF, t. 1, vol. 1, p. 4094; VON TUHR, *Derecho Civil*, ed. Depalma, vol. 1.2, p. 215, nota 9.

(nota 4) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 2, n° 1227; BUSSO, t. 1, coment. art. 40, n° 18.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 11/12/1933, J.A., t. 44, p. 700; íd., 11/7/1938, J.A., t. 63, p. 181, y L.L., t. 11, p. 268; Sup. Corte Tucumán, 5/5/1940, L.L., t. 23, p. 742, y J.A., t. 76, p. 854, con nota de PÁEZ, en la que sostiene el principio *in dubio pro socius*, de acuerdo al fallo anotado.

(nota 6) De acuerdo: BUSSO, coment. art. 40, n° 21; LLAMBÍAS, t. 1, n° 1227.

(nota 7) PÁEZ, *El derecho de las asociaciones*, n° 115; FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, n° 113.

(nota 8) PÁEZ, *El derecho de las asociaciones*, n° 115; Proyecto de Reformas de 1936, art. 89, inc. 3º.

(nota 9) De acuerdo: BUSSO, t. 1, coment. art. 38, n° 31; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 497.

(nota 10) Sostiene que una vez presentada la renuncia no cabe la ulterior expulsión, SPOTA, t. 1, vol. 3.4, n° 1520; Trib. Sup. de Zurich, 3/4/1940, L.L., t. 26, p. 936. En cambio, está de acuerdo con la solución que propugnamos en el texto, BUSSO, t. 1, coment. art. 38, n° 35; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1232.

(nota 11) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 498, nota 13; VON TUHR, Parte General, ed. Depalma, vol. 1.2, p. 218.

1117/11520

D.— PODER DISCIPLINARIO (ver nota 1)

1117/656

656. FACULTADES DISCIPLINARIAS.— La existencia de una institución requiere ineludiblemente un poder disciplinario que mantenga la cohesión del grupo humano que forma su substratum; es inevitable, por consiguiente, reconocer a las personas jurídicas facultades disciplinarias sobre sus miembros.

Pero no sólo se trata de una exigencia vital para las asociaciones; como lo hace notar con acierto PÁEZ, representa importantes ventajas para el Estado, puesto que descarga a sus tribunales de una cantidad de litigios que son reglados de modo expeditivo por las jurisdicciones privadas y, además, en la medida en que el cumplimiento correcto de sus deberes por los miembros interesa al orden general de la sociedad, puede ser un factor poderoso de moralización social (ver nota 2).

Las penas disciplinarias son las siguientes: a) de carácter puramente moral: el llamado al orden, la prevención, la amonestación; b) de carácter pecuniario: la multa, la privación de ciertos derechos o ventajas económicas inherentes a la calidad de socio; c) la suspensión; d) la expulsión.

El poder disciplinario es implícito; siendo una exigencia vital de las personas jurídicas, existe aun cuando los estatutos no lo hubieran previsto. En esta materia no tiene vigencia el principio del derecho penal nulla poenae sine lege (ver nota 3). Sólo cabe hacer excepción de las penas pecuniarias, que no podrán imponerse sin previsión expresa de los estatutos, porque lo contrario importaría una violación de la garantía constitucional de propiedad (ver nota 4).

1117/657

657. EXPULSIÓN DEL MIEMBRO (ver nota 5).— La pena más grave, entre todas las que puede aplicar una persona jurídica, es la expulsión del miembro. Las causas más frecuentes de esta medida son el atraso en el pago de las cuotas sociales, actitudes que comprometan el

decoro de la entidad y de los otros asociados, grave indisciplina y, en general, los hechos que impliquen falta de espíritu corporativo y de solidaridad asociacional.

Pero este derecho no puede ser ejercido arbitrariamente (ver nota 6). Es preciso que se haya cumplido el procedimiento previsto en los estatutos, pudiendo ser anulada judicialmente toda resolución que no se hubiera ajustado a ellos; además, la medida debe ser intrínsecamente legítima. Los afectados pueden acudir a los tribunales, impugnando esa legitimidad aun en los casos en que en los estatutos se establecieran disposiciones que importaran la renuncia a la vía judicial por los socios y la inapelabilidad de las decisiones de los órganos de la asociación. Esta cuestión se ha debatido largamente en nuestra doctrina y jurisprudencia; empero, hoy se ha afirmado, esperemos que definitivamente, la solución que niega validez a tales cláusulas estatutarias, puesto que la jurisdicción de los tribunales es de orden público y no puede ser derogada por los estatutos (tratamos más ampliamente este tema en los núms. 659 y sigs, a los cuales remitimos).

Si la expulsión es revocada por el Poder Judicial, el asociado tiene derecho a reclamar daños y perjuicios (ver nota 7). La misma solución cabría si la medida hubiera sido dejada sin efecto por la propia persona jurídica, salvo que en ella se expresara que el asociado no podrá reclamar ninguna indemnización y éste aceptara expresa o tácitamente esa condición.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Véase además de la citada en nota 1001: PÁEZ, J. L., El poder disciplinario de las asociaciones; las incriminaciones y las sanciones, L.L., t. 14, p. 604; OTTOLENGHI, M., Derecho de los miembros expulsados de una asociación de recurrir a la justicia para que los reintegre, J.A., t. 48, sec. doct., p. 21; GUERIN, M., Les pouvoirs de l'association sur ses membres, Bar-le-Duc, 1931 y la nota de jurisprudencia: Poder disciplinario de las asociaciones, E.D., t. 49, p. 826.

(nota 2) PÁEZ, El derecho de las asociaciones, n° 155, in fine.

(nota 3) PÁEZ, El derecho de las asociaciones, n° 162 y 163; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1233.

(nota 4) LLAMBÍAS, t. 2, n° 1234. De acuerdo, aunque por distintas razones: PÁEZ, El derecho de las asociaciones, n° 167.

(nota 5) BIBLOGRAFÍA: Véase la citada en nota 1031.

(nota 6) La C. Civil Cap., Sala D, ha resuelto que si la exclusión del socio no es el resultado de una justa sanción sino el desahogo o desquite del grupo vencedor en las elecciones internas de la entidad, debe dejársela sin efecto (23/9/1952, J.A., 1953-I, p. 149).

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 9/11/1937 J.A., t. 60, p. 414; C. Civil 2ª Cap., 28/11/1930, J.A., t. 30, p. 879; en el mismo sentido, BUSSO, t. 1, coment. art. 38, n° 79; PÁEZ, El derecho de las asociaciones, n° 184; LLAMBÍAS, t. 1, n° 1232.

1117/11530

E.— CONTRALOR JUDICIAL (ver nota 1)

1117/658

658. SU NECESIDAD.— Las personas jurídicas y las asociaciones en general no están fuera sino dentro del orden jurídico positivo de un Estado. Sus actividades deben ser conformes a las leyes y a los estatutos; esta regla no sólo se aplica a las relaciones de la entidad con terceros, sino también con sus propios miembros. Por consiguiente, todo acto de los órganos sociales que fuera ilegítimo o antiestatutario, hace nacer un recurso ante los jueces, ya en defensa de la institución, ya de los socios; tal sería, por ejemplo, el recurso para hacer declarar la nulidad de lo resuelto en una asamblea que no fue regularmente convocada, o que siéndolo adoptó resoluciones que exceden sus poderes; o bien la nulidad de las resoluciones de los órganos sociales que afecten los derechos de los socios y particularmente aquellos que importen una sanción, pues el poder disciplinario debe ser ejercido en forma correcta y regular (ver nota 2).

Con alguna frecuencia, las personas jurídicas pretenden escapar al contralor judicial incluyendo en los estatutos cláusulas que establecen el carácter inapelable de las decisiones adoptadas por sus órganos. Hasta hacer no mucho tiempo, nuestra jurisprudencia había aceptado la validez de tales cláusulas y negado en ese caso el recurso de apelación ante los tribunales. Este criterio dio lugar a fallos tan manifiestamente injustos como el siguiente: un socio del Centro de Protección de Chauffeurs, que padecía de una grave enfermedad visual, reclamó de la entidad el pago del subsidio que los estatutos preveían para estos casos; revisado por los médicos del Centro, éstos dictaminaron que no había incapacidad; sobre la base de ello, la asamblea, cuyas decisiones eran “definitivas”, según los estatutos, denegó el subsidio. Llevada la cuestión a los tribunales quedó comprobada de manera concluyente la existencia real de la incapacidad alegada; no obstante ello, el tribunal consideró que como los estatutos establecían que la decisión de la asamblea era definitiva, no cabía la revisión judicial (ver nota 3). Con este criterio no sólo se protegió una injusticia notoria, sino que se autorizó la actuación, incluso de mala fe, de los órganos asociacionales.

Es por ello que en nuestra jurisprudencia se advierte una firme tendencia a reconocer la procedencia del recurso, aunque los estatutos lo prohibieran (ver nota 4). Y con mucha mayor razón procederá el recurso jurisdiccional si las sanciones contra el socio fueron dictadas sin dar al interesado la posibilidad de ser oído (ver nota 5), pues entonces quedaría violado el principio de la inviolabilidad de la defensa. La jurisdicción judicial es de orden público; las actividades de las asociaciones no podrían sustraerse a su contralor sin provocar un desquiciamiento del orden jurídico positivo al que aquéllas están sometidas.

Esta solución debe admitirse aun en el caso de que los estatutos prevean un jurado de honor para resolver las cuestiones entre los socios o entre éstos y la entidad. Tales cláusulas no importan la constitución de un tribunal arbitral que sustraiga el asunto al conocimiento de la justicia, puesto que no se cumplen los requisitos establecidos en el Código de Procedimientos (ver nota 6); cuanto más son un compromiso de honor que liga moral pero no jurídicamente a los socios (ver nota 7).

En el Anteproyecto de 1954 se establece expresamente que los estatutos no podrán restringir el derecho de impugnar las resoluciones de la asamblea o de la dirección, violatorias de la ley o de los estatutos (art. 113, inc. 2º).

1117/659

659. ALCANCE.— ¿Qué alcance tiene el contralor judicial?

a) Ante todo, ninguna duda cabe de que el tribunal debe controlar el cumplimiento de los procedimientos y formas establecidos en los estatutos y dejar sin efecto toda resolución o sanción que no se hubiere ajustado a ellos. En particular, se ha declarado la ilegalidad de los procedimientos cuando no se ha dado oportunidad al afectado de ejercer el derecho de defensa, que ni siquiera los estatutos podrían desconocer o retacear (ver nota 8), porque está amparado por la Constitución Nacional.

b) Tampoco es discutible que debe analizar la prueba de los hechos que han dado lugar a la resolución impugnada y que puede decidir que la prueba admitida como suficiente por los órganos de la asociación no basta para dar como realmente ocurrido el hecho.

c) Más difícil es la cuestión relativa a la justicia intrínseca de la resolución. ¿Puede, por ejemplo, el tribunal considerar que un hecho determinado, cuya existencia está probada, no es suficientemente grave como para dar pie a la expulsión decretada por la entidad? Desde luego, el problema no ofrece ninguna duda si las sanciones han sido previstas expresamente

en los estatutos; el tribunal se limitará a comprobar si aquéllos han sido bien o mal aplicados. Pero si los estatutos hubieran dejado librada la apreciación de la gravedad de la falta a los órganos de la asociación, o si nada hubieran establecido y la medida se hubiera adoptado en ejercicio del poder disciplinario implícito, estimamos que, en principio, los tribunales no tienen facultad para rever la sanción. El espíritu de cuerpo o de asociación crea una sensibilidad para la apreciación de la conducta de los socios que no siempre puede ser comprendida cabalmente por los jueces; una falta de ética puede ser grave en cierto tipo de asociaciones culturales o religiosas y no serlo para la conciencia social media, según la cual el juez falla ordinariamente. Juzgada con este criterio medio la conducta de los socios, tal vez se destruya algo esencial en una asociación dada. Por ello la apreciación de la gravedad intrínseca de la falta no es susceptible de revisión judicial; pero debe hacerse la salvedad de que la medida no sea notoriamente injusta; en tal caso, cabe la revisión judicial, porque de lo contrario se convalidaría un verdadero abuso de derecho (ver nota 9).

Se ha considerado particularmente grave la aplicación de medidas disciplinarias (en el caso, la expulsión) que implican restringir el derecho de voz y voto que tienen los socios en la asamblea; tales sanciones son abusivas y, por tanto, nulas (ver nota 10).

1117/660

660. REQUISITOS.— El recurso ante los tribunales judiciales no se puede intentar si previamente no se ha agotado el procedimiento interno fijado por los estatutos. Así, por ejemplo, si se hubiera establecido que de las resoluciones de la comisión directiva podrá apelarse ante la asamblea, debe interponerse este recurso interno para que quede abierta la vía judicial (ver nota 11). Pero se ha declarado que si los estatutos o los reglamentos internos no establecen ningún recurso administrativo previo, se puede ocurrir directamente ante la justicia (ver nota 12).

1117/661

661. ILEGALIDAD DE LOS ESTATUTOS.— Los jueces no sólo tienen el contralor de las actividades de las personas jurídicas y sus socios y el poder de decidir si ellas se han ajustado a los estatutos y las leyes, sino que también pueden juzgar acerca de la legitimidad de los propios estatutos (ver nota 13). La exigencia de la aprobación de éstos por el Poder Ejecutivo reduce considerablemente las posibilidades de que sus disposiciones sean contrarias a la Constitución o a las leyes; pero puede existir una divergencia interpretativa entre ambos poderes y, como resultado de ella, aprobar el Ejecutivo una cláusula reglamentaria que luego el Judicial estime ilegal. Y puesto que los jueces son los órganos naturales y constitucionales de interpretación de la ley, es en definitiva su decisión la que prevalece.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1001, véase: PÁEZ, J. L., El contralor judicial del poder disciplinario de las asociaciones, L.L., t. 15, sec. doct., p. 47; íd., El poder disciplinario en las asociaciones; las incriminaciones y las sanciones, L.L., t. 14, p. 604; MOYANO, J. A., Por acción del perjudicado, el Poder Judicial tiene amplia potestad para decidir si las resoluciones de los órganos directivos de las asociaciones con personería jurídica se ajustan a los estatutos, J.A., t. 43, sec. doct., p. 515; SALAS, E. A., La rescisión en el contrato de asociación, J.A., t. 15, p. 919; HALPERÍN, El poder disciplinario en las asociaciones y el recurso ante la justicia, Rev. Crítica de Jurisprudencia, t. 2, p. 496; PÉREZ ALSINA, A., Facultad del Poder Judicial para juzgar las decisiones de las autoridades de las asociaciones en el ejercicio de su poder disciplinario, Rev. Fac. Derecho de Buenos Aires, mayo-junio 1950, p. 596.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 23/9/1976, E.D., t. 72, p. 285.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 1/9/1933, J.A., t. 43, p. 517; en este fallo se siguió el voto del doctor Barraquero, que más tarde modificó totalmente su criterio en favor del recurso judicial, aunque hubiera expresa disposición en contrario en los estatutos: C. Civil 1ª Cap., 8/4/1942, J.A., 1942-II, p. 352, y L.L., t. 26, p. 202.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 6/5/1982, J.A., 1983-I, p. 507 Ver Texto ; C. Civil 1ª Cap. 24/6/1936, L.L., t. 15, p. 534; C. Civil 1ª Cap., 8/4/1942, J.A., 1942-II, p. 362 importante voto en disidencia del doctor COLMO en el fallo de la C. Civil 1ª Cap., 2/5/1928, J.A., t. 27, p. 721; C. Apel. Rosario, 22/11/1948, Juris. t. 2, p. 340. En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra doctrina más reciente: PÁEZ, El derecho de las asociaciones, p. 390, n° 186; MOYANO, en nota en J.A., t. 43, p. 517; SALAS, nota en J.A., t. 51, p. 918; SPOTA, t. 1, vol. 3 1, n° 1519; LARENZ, Parte General, p. 218.

(nota 5) C. Apel. Rosario, Sala III, 24/7/1958, L.L., t. 83, p. 224.

(nota 6) De acuerdo: SALAS, nota en J.A., t. 51, p. 918.

(nota 7) PÁEZ, El derecho de las asociaciones, n° 186, en donde cita la opinión concordante de CLUNET, Les associations au point de vue historique et juridique, París, 1909, t. 1, n° 272.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 5/5/1941, J.A., t. 75, p. 197 (véase especialmente fallo de 1ª Instancia); PÁEZ, El derecho de las asociaciones, n° 181, quien sostiene que el derecho de defensa es un derecho natural.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 30/11/1960, L.L., t. 101, p. 945; Sala D, 24/12/1964, L.L., t. 117, p. 434; C. Civil 1ª Cap., abril de 1949, Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, mayo-jun. 1950, p. 599; C. Civil 2ª Cap., 7/12/1949, L.L., t. 61, p. 568; C. Civil Cap., Sala B, 12/12/1951, L.L., t. 68, p. 439; C. Civil Cap., Sala D, 23/9/1952, L.L., t. 68, p. 439; J.A., 1953-I, p. 149; C. Apel. Rosario, Jur. Trib. Santa Fe, t. 22, p. 812; íd., 22/11/1946, L.L., t. 45, p. 355. En el mismo sentido: BUSSO, t. 1, coment. art. 40, n° 51 y 52; SPOTA, t. 1, vol. 3, n° 1519; LLAMBÍAS, t. 1, n° 1236; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 498 y s.

(nota 10) C. Apel. 1ª Bahía Blanca, 28/8/1973, E.D., t. 56, p. 595.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala D, 24/5/1964, L.L., t. 115, p. 474, con nota de PÁEZ. En sentido concordante: C. Civil Cap., Sala A, 25/9/1956, L.L., t. 86, p. 379; Sala D, 24/12/1964, E.D., t. 10, p. 767; C. Civil 1ª Cap., 2/7/1923, J.A., t. 11, p. 59; íd., 1/9/1933, J.A., t. 43, p. 517; C. Civil 2ª Cap., 18/8/1932, J.A., t. 39, p. 166; C. Com. Cap., 29/11/1928, J.A., t. 28, p. 925; C. Fed. Cap., 20/11/1922, J.A., t. 9, p. 683. La doctrina es unánime.

(nota 12) Sup. Trib. Santa Fe, 11/7/1958, Juris, t. 13, p. 115.

(nota 13) LLAMBÍAS, t. 2, n° 1236.

1117/11540

§ 4.— Fundaciones (ver nota 1)

1117/662

662. CONCEPTO; EL ACTO CREATIVO.— Las fundaciones son entidades creadas con un objeto altruista y dotadas de un patrimonio para su cumplimiento. Para un mayor desarrollo de esta idea, nos remitimos al número 637.

La fundación nace por un acto de voluntad del fundador. Este puede ser una persona natural o jurídica; puede también darse la hipótesis, en la práctica excepcional, de que varias personas se pongan de acuerdo para crear una fundación, aportando cada una de ellas parte del capital; pero, a la inversa de lo que ocurre en las asociaciones, que no pueden existir sin

una pluralidad de miembros y en las cuales un acuerdo originario entre los fundadores es esencial para el nacimiento del ente, las fundaciones nacen normalmente de un acto unilateral.

1117/663

663. EL ACTO CREATIVO: REQUISITOS.— La fundación puede surgir de un acto entre vivos o de un testamento; pero no tiene vida jurídica mientras no reciba autorización del Estado para funcionar (art. 1º Ver Texto , ley 19836).

Para el otorgamiento de la autorización, la ley establece una serie de requisitos que son de aplicación rigurosa en el caso de fundaciones creadas por actos entre vivos; en cambio, tratándose de fundaciones creadas por testamento, la ley establece disposiciones más flexibles, destinadas a evitar que se frustre el acto de última voluntad.

En el supuesto de fundación creada por actos entre vivos, la ley exige los siguientes requisitos:

1117/664

664. a) Estatutos.— Ante todo, es necesario la redacción del estatuto, que debe prever: 1) Nombre y domicilio de la fundación. 2) Designación del objeto, que debe ser preciso y determinado. 3) Patrimonio inicial, integración y recursos futuros, expresado en moneda argentina. 4) Plazo de duración. 5) Organización del consejo de administración, duración de los cargos, régimen de reuniones y procedimiento para la designación de sus miembros. 6) Cláusulas atinentes al funcionamiento de la entidad. 7) Procedimiento para la reforma del estatuto. 8) Fecha del cierre del ejercicio anual. 9) Cláusulas de disolución y procedimiento para la liquidación y destino de los bienes (art. 3º Ver Texto , ley 19836).

La fundación debe hacerse por instrumento público o privado, con las firmas certificadas por escribano público otorgado por el fundador o su apoderado con poder especial; o bien por la persona autorizada por el juez de la sucesión si la fundación fuese creada por disposición testamentaria.

1117/665

665. b) Datos de los fundadores.— En el mismo instrumento de constitución deben constar el nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento

de identidad del fundador, y en su caso, del apoderado especial. Si la fundadora fuera una persona jurídica, deberá constar la razón social o denominación, acreditándose la existencia de la entidad y la inscripción en el Registro de Comercio, si ésta fuera exigible (art. 3º Ver Texto , ley 19836).

En el mismo instrumento se designarán los integrantes del primer consejo de administración y las personas facultadas para obtener la autorización (art. cit.).

1117/666

666. c) Patrimonio.— Para que el Estado otorgue la autorización es requisito indispensable que el patrimonio inicial posibilite razonablemente el cumplimiento de los fines propuestos; a ese objeto no sólo se considerará el aporte inicial, sino también el compromiso de aportes futuros contraídos por los fundadores o terceros. La autoridad de control tiene atribuciones para conceder la autorización cuando de los antecedentes de los fundadores o de los funcionarios contratados por la entidad, resulta una capacidad potencial de cumplir los fines de la entidad (art. 2º Ver Texto , ley 19836).

El dinero en efectivo y los valores comerciales que integren el patrimonio inicial, deben depositarse durante el trámite de la autorización en un banco oficial. De los aportes no dinerarios debe hacerse un inventario con su respectiva valuación (art. 4º Ver Texto , ley 19836).

Las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo son irrevocables a partir de la autorización por el Estado para funcionar como fundación. 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 (art. 5º Ver Texto). Y, por cierto, la fundación tendrá acción para obtener el cumplimiento de tales promesas de donación (art. 6º Ver Texto , ley 19836). La ley dispone que no serán aplicables al caso los artículos 1793 Ver Texto y 1810 Ver Texto , Código Civil: el primero dispone que la donación puede ser revocada mientras no sea aceptada y el segundo que las donaciones de inmuebles y de prestaciones periódicas deben hacerse en escritura pública, bajo pena de nulidad. Las características especiales del acto de fundación justifican ese apartamiento de los principios generales.

1117/667

667. d) Planes de acción.— La solicitud de autorización para funcionar debe ir acompañada con los planes que se proponga desarrollar la entidad en el primer trienio, con indicación

precisa de las actividades a desarrollar y de las bases presupuestarias para su cumplimiento (art. 9º Ver Texto , ley 19836). Lo que se quiere es un estudio que demuestre que la entidad ha sido seriamente pensada y planificada.

1117/668

668. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNDADORES.— Los fundadores y administradores de la fundación son ilimitada y solidariamente responsables por las obligaciones contraídas con terceros hasta haber obtenido la autorización, salvo su recurso contra ella, si hubiere lugar (art. 8º Ver Texto , ley 19836). Nos parece una mala solución. Está bien que ellos sean responsables ante terceros mientras dura el trámite de la personería, y también, por cierto, si se deniega. Pero si la fundación se constituye definitivamente, las obligaciones contraídas a su nombre por los fundadores y administradores deberían pesar sobre la entidad y no sobre aquéllos, salvo los recursos de la entidad contra quienes hayan comprometido culpablemente su patrimonio con actos de mala administración.

1117/669

669. CONSTITUCIÓN POR TESTAMENTO.— En principio, rigen los mismos recaudos que para la constitución por actos entre vivos; pero no es necesario que el fundador haya redactado los estatutos ni cumplidos con los requisitos formales que hemos estudiado en los números anteriores. Cuando el testador dispone de bienes para la creación de una fundación, incumbirá al Ministerio Público asegurar la efectividad de sus propósitos, coadyuvando con los herederos y el albacea (art. 32 Ver Texto). Y si los herederos no se ponen de acuerdo entre sí o con el albacea en la redacción del estatuto y acta constitutiva, las diferencias serán resueltas por el juez de la sucesión, previa vista al Ministerio Público y a la autoridad de control (art. 33 Ver Texto , ley 19836).

1117/670

670-1. FUNDACIONES EXTRANJERAS.— Las fundaciones constituidas por lo general en el extranjero, pueden actuar en la República siempre que acrediten estar regularmente constituidas de acuerdo con las leyes del país de origen, acompañando los estatutos; la autorización para funcionar en el país debe ser concedida por la autoridad de aplicación y su funcionamiento queda sometido al régimen establecido para las constituidas en el país. El patrimonio local responde con carácter preferente a las obligaciones contraídas en la República (art. 7º Ver Texto , ley 19836).

670-2. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN.— Mientras las asociaciones tienen órganos soberanos de gobierno, las fundaciones sólo poseen órganos sirvientes de la voluntad del fundador (ver nota 2), y cuyas atribuciones son más restringidas. Bien entendido que cuando se habla de la voluntad del fundador debe aludirse a la voluntad expresada y estratificada en los estatutos y no a lo que puede ser el querer actual del fundador (ver nota 3). Veamos cuáles son esos órganos de gobierno y cómo funcionan.

670-3 a) Consejo de administración.— El órgano máximo de gobierno de las fundaciones es el consejo de administración, el que tiene todas las atribuciones necesarias para el cumplimiento del objeto de la entidad (art. 10 Ver Texto , ley 19836). El estatuto debe prever la forma en que se designarán los miembros del consejo, que no deben ser menos de tres personas (arts. 3º Ver Texto , inc. f, y 10 Ver Texto , ley 19836). Los fundadores pueden reservarse un lugar en el consejo, como también atribuirse la facultad de designar a los restantes miembros (art. 11 Ver Texto). Esta facultad puede también ser conferida por el estatuto a instituciones públicas o privadas sin fines de lucro (art. 12 Ver Texto). Los miembros pueden tener carácter permanente o temporario; inclusive, pueden ser unos permanentes y otros temporarios, y el estatuto puede prever que ciertas decisiones queden reservadas a los primeros, así como también que éstos designen a los segundos (art. 13 Ver Texto). A través de estos miembros permanentes se procura lograr el cumplimiento más fiel posible de la voluntad del fundador.

670-4 b) Comité ejecutivo.— El consejo puede asumir directamente la administración de la fundación; pero puede ocurrir también que el estatuto prevea la constitución de un comité ejecutivo formado por miembros del consejo de administración, comité que tendrá las facultades que el estatuto le delegue. Asimismo, el consejo puede delegar facultades ejecutivas en una o más personas, sean o no miembros del consejo de administración (art. 14 Ver Texto). Es natural que así sea; porque la administración de la entidad puede ser compleja y requerir esa delegación de facultades. En todo caso, tanto el comité ejecutivo como las otras personas en las que se deleguen facultades, actúan bajo la inmediata supervisión del consejo de administración.

670-5. c) Quórum y mayorías.— El estatuto debe prever el régimen de reuniones ordinarias y extraordinarias del consejo de administración y, si lo hubiera del comité ejecutivo; asimismo deberá prever el procedimiento de la convocatoria. El quórum será de la mitad más uno de los integrantes y las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de votos presentes, salvo que la ley o el estatuto previeran mayorías especiales. En caso de empate, el presidente del consejo de administración o del comité ejecutivo tendrá doble voto. De todas las reuniones se labrará acta, en la que constarán las decisiones tomadas (art. 15 Ver Texto).

670-6. d) Derechos y deberes de los miembros.— Los derechos y obligaciones del consejo de administración se regirán por lo dispuesto en las leyes especiales, en los estatutos o en las reglamentaciones legales; a falta de previsión concreta, se aplicarán las reglas del

mandato. En caso de violación de las leyes o de los estatutos por alguno de los miembros del consejo, tanto la fundación como la autoridad administrativa de control podrán promover las acciones por daños y perjuicios; todo ello, con independencia de las medidas que pueda adoptar la autoridad de aplicación respecto de la fundación y de los miembros del consejo (art. 19 Ver Texto , ley 19836).

Los cargos de miembros del consejo de administración son honorarios; está vedado recibir retribución alguna (art. 20 Ver Texto). En cambio no rige igual disposición respecto de los miembros del Comité ejecutivo o de las personas en las cuales el consejo delegue algunas de sus atribuciones. Esta distinción se justifica porque las funciones administrativas exigen muchas veces una dedicación exclusiva o casi exclusiva y de no pagar esos servicios sería difícil encontrar personas capaces que aceptaran trabajar para la fundación.

670-7. e) Contratos con el fundador.— Todo contrato entre la fundación y el fundador o sus herederos, con excepción de las donaciones que éstos hagan a aquélla, debe ser sometido a la autoridad de control y será ineficaz sin su aprobación. Será también ineficaz sin esa aprobación toda resolución del consejo de administración que directa o indirectamente origine un beneficio para el fundador o sus herederos que no estuviese previsto en los estatutos (art. 21 Ver Texto).

670-8. REMOCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO.— Los miembros del consejo de administración pueden ser removidos con el voto de por lo menos las dos terceras partes de los integrantes del cuerpo (art. 17 Ver Texto). La ley no exige la existencia de una justa causa de remoción; sin embargo, pensamos que los miembros vitalicios o permanentes designados por el fundador, no pueden ser removidos sino por justa causa, tal como negligencia en el cumplimiento de sus deberes, conducta dañosa para los intereses de la fundación, etcétera. De lo contrario, vendría a desconocerse quizá caprichosamente la voluntad del fundador, lo que parece no conformarse con el espíritu de las fundaciones.

El estatuto puede prever la caducidad automática de los mandatos por ausencias reiteradas y no justificadas a las reuniones del consejo (art. 17 Ver Texto , ley 19836).

670-9. ACEFALÍA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.— Cuando vacasen cargos en el consejo de administración de modo que su funcionamiento se hiciera imposible y no pudiera tener lugar la designación de nuevos miembros conforme con el estatuto, la autoridad administrativa procederá a reorganizar la administración de la fundación y designar nuevas autoridades, modificando el estatuto en las partes pertinentes (art. 18 Ver Texto), es decir, en aquellas cláusulas que impiden la renovación del consejo con exigencias que no pueden cumplirse.

670-10. INVERSIÓN DEL PATRIMONIO.— Las fundaciones deben destinar la mayor parte de sus ingresos al cumplimiento de sus fines. La acumulación de fondos únicamente se llevará a cabo con objetos precisos, como la formación de un capital total suficiente o el cumplimiento de programas futuros de mayor envergadura. En esos casos, deberá informarse a la autoridad administrativa sobre los objetivos buscados y posibilidad de cumplimiento (art. 22 Ver Texto , ley 19836).

Estas disposiciones se justifican, porque no se explica la acumulación de capitales en entidades cuyo fin precisamente es invertirlos con un propósito de bien público. La norma legal no impide, por cierto, la formación de capitales con el objeto de utilizar sus rentas en el cumplimiento de los fines de la entidad.

No sólo está prohibida la acumulación injustificada de capitales, sino que la entidad debe también informar a la autoridad de control sobre los gastos que importen una apreciable disminución de su patrimonio (art. cit.).

670-11. NORMAS CONTABLES.— Las fundaciones deben llevar una precisa contabilidad que refleje sus actividades susceptibles de registración contable (art. 23 Ver Texto). Los inventarios y balances serán presentados a la autoridad de control de modo que expresen con veracidad y exactitud el estado patrimonial de la entidad (art. 24 Ver Texto).

Dentro de los ciento veinte días de cerrado el ejercicio anual debe confeccionarse y aprobar el inventario, el balance general y el estado de resultados correspondiente a ese ejercicio.

Además, se confeccionará una memoria sobre la situación de la entidad que deberá especificar: a) los gastos realizados, clasificados según su naturaleza; b) las actividades desarrolladas; c) las actividades programadas para el ejercicio siguiente y los recursos con que serán cubiertos los gastos que demanden; d) las actividades programadas y no cumplidas en el ejercicio pasado y razones por las cuales no se cumplieron (art. 26 Ver Texto , ley 19836).

670-12. REFORMAS DEL ESTATUTO.— La reforma del estatuto de la fundación requerirá el voto favorable de la mayoría de los miembros del consejo de administración; y si se tratara de la modificación del objeto de la entidad, de su fusión con otras fundaciones o de su disolución, se requerirán los dos tercios de los miembros del consejo. Sin embargo, el estatuto puede en cualquier caso fijar una mayoría distinta (ar. 29).

Pero es necesario puntualizar que el cambio de objeto sólo es posible cuando el establecido por el fundador hubiera llegado a ser de cumplimiento imposible (art. cit.), lo que es razonable, pues ya se ha dicho que lo que da vida y sentido a la fundación es la voluntad del

fundador y no sería posible que esa voluntad fuese desvirtuada por el consejo de administración. Y aun en el caso de que el cumplimiento del objeto fuera imposible, el cambio debe hacerse procurando respetar en la mayor medida posible la voluntad de aquél (art. 36 Ver Texto , inc. a, ley 19836).

670-13.— La reforma del estatuto o la disolución de la entidad y el traspaso de bienes de la fundación, motivado por cambios en las circunstancias que hayan tornado imposible el cumplimiento de su objeto y que ha recibido la aprobación de la autoridad de control, no dará lugar a la acción de revocación de las donaciones por los donantes o sus herederos, a menos que en el acto de hacerse tales donaciones se hubiera establecido expresamente como condición esencial el cumplimiento del objeto que posteriormente se ha tornado imposible (art. 31 Ver Texto , ley 19836). En otras palabras: sólo en el caso de que sea inequívoca la voluntad del donante de condicionar la donación al cumplimiento de ese preciso objeto, cabrá la revocación.

670-14. AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE CONTROL: FACULTADES.— Para evitar abusos en el funcionamiento o gobierno de las fundaciones por parte de sus órganos, la ley dispone el contralor por medio de un organismo administrativo dependiente del Estado. La autoridad administrativa de control tiene las siguientes facultades: a) aprueba los estatutos y confiere autorización para funcionar a la fundación; aprueba asimismo las modificaciones de los estatutos; b) fiscaliza el funcionamiento de las fundaciones y el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias; c) en caso de disolución, fiscaliza el procedimiento de la liquidación de los bienes; d) puede solicitar de los jueces la designación de administradores interinos cuando la fundación careciera temporalmente de tales órganos; e) puede solicitar de los jueces la nulidad de las resoluciones del consejo de administración que sean contrarias a las leyes o los estatutos; y más aún, en caso de urgencia puede resolver la suspensión del cumplimiento de tales resoluciones hasta tanto se pronuncien los jueces en el pedido de nulidad; f) puede solicitar ante la justicia la remoción o suspensión de los administradores de la fundación que hubieren violado los deberes de sus cargos; g) puede convocar al consejo de administración a petición de alguno de sus miembros de oficio, cuando hubiera comprobado irregularidades graves; h) le corresponde fijar el nuevo objeto de la entidad cuando el establecido por el fundador se hubiere hecho de cumplimiento imposible, procurando respetar en la mayor medida posible la voluntad de aquél; en tal caso tendrá atribuciones para modificar los estatutos para adecuarlos al cambio de objeto; i) finalmente, podrá disponer la fusión o coordinación de dos o más fundaciones cuando el objeto de alguna de ellas se hubiere hecho de cumplimiento imposible o cuando la multiplicidad de fundaciones de objeto análogo hiciere aconsejable la medida para su mejor desenvolvimiento y fuere manifiesto el mayor beneficio público (arts. 34 Ver Texto , 35 y 36, ley 19836).

¿Cómo se concilia la facultad de la autoridad de aplicación que hemos señalado con la letra h (a la que alude el art. 36 Ver Texto , inc. a) con la facultad análoga que el artículo 29 Ver Texto reconoce al consejo de administración? Pensamos que la elección del nuevo objeto es atribución primaria del consejo de administración; pero como el cambio debe ser aprobado

por la autoridad de control, es evidente que ésta tiene participación en la decisión que ha de tomarse.

670-15. RECURSOS JURISDICCIONALES.— La ley ha establecido un sistema de contralor judicial respecto de las principales decisiones de la autoridad administrativa de control, con el propósito de dar a las fundaciones las máximas garantías respecto de la ecuanimidad de las decisiones que se adopten.

El artículo 37 Ver Texto concede a la fundación los recursos de ilegitimidad y arbitrariedad contra las decisiones de dicha autoridad, en los siguientes casos:

- a) Cuando se deniegue la autorización para el funcionamiento de una fundación, sea nacional o extranjera.
- b) Cuando se retire la personería jurídica de la entidad.
- c) Cuando la autoridad de aplicación haya resuelto suspender el cumplimiento de resolución del consejo de administración.
- d) Cuando dicha autoridad fija un nuevo objeto a la entidad o dispone su fusión con otras.

El recurso tramitará por vía sumaria ante los tribunales civiles.

670-16. DESTINO DE LOS BIENES.— En caso de disolución de la entidad, el remanente de su patrimonio deberá destinarse a una entidad de carácter público o a una persona jurídica 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 tomen respecto del destino de los bienes (que deberán ser adoptadas por el consejo de administración) requerirán previa aprobación de la autoridad administrativa de control (art. 30 Ver Texto).

670-17. LOS BENEFICIARIOS.— La fundación no tiene miembros; tiene beneficiarios. En efecto, toda fundación persigue un fin altruista y benéfico; necesariamente habrá, pues, personas que reciban su beneficio.

Ahora bien: ¿los beneficiarios tienen derecho a exigir la prestación —dádiva, subsidio, atención médica, etc.— establecida en los estatutos?

La cuestión no puede contestarse de una manera general; la respuesta dependerá siempre de lo que dispongan los estatutos. Por lo común, si los destinatarios de los beneficios son indeterminados, si la fundación sólo indica el círculo de personas en las cuales aquéllos deben recaer, es preciso admitir que no existe un derecho a exigir la prestación y que la administración puede elegir a quienes se ha de beneficiar. Tal, por ejemplo, la fundación de un hospital para pobres; la sola comprobación del estado de pobreza no autorizaría a exigir la internación, tanto más cuanto que muy probablemente la capacidad del instituto sea excedida por el número de posibles destinatarios. Sin embargo, nada se opone a que los estatutos reconozcan el derecho al beneficio a todas las personas que se encuentran en una situación dada.

Si los destinatarios son determinados, el derecho a exigir el cumplimiento de la prestación es indiscutible. Así, por ejemplo, la Fundación Nóbel ha instituido diversos premios periódicos con destino a pacifistas, científicos, literatos. Si la academia encargada de discernir la distinción la hace recaer en determinada persona y luego la fundación se negara a entregarle el premio en dinero, el interesado tendría derecho a reclamarlo judicialmente.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, vol. 1.2, ps. 275 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 1, vol. 1, ps. 520 y s.; POPESCO, T. R., L'adaptation des fondations aux nouvelles circonstances en droit comparé, París, 1940; SALAMOND, J., La fondation et la personnalité juridique, Fruges, 1911; LEVY, ULMANN y GRUNEBAUM-BALLIN, Essai sur les fondations, Revue Trimestrielle, 1904, ps. 253 y s.

(nota 2) VON TUHR, Derecho Civil, vol. 1.2, Depalma, p. 275.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 4/9/1990, E.D., fallo 43.061; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1242; COCA, L.L., 1981-D, p. 894.

1117/11550

§ 5.— Principio de la existencia de las personas jurídicas

1117/11560

A.— LA AUTORIZACIÓN

1117/671

671. EL PRINCIPIO.— El artículo 45 Ver Texto del Código Civil establece que: Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etcétera, 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.

Esta disposición alude exclusivamente a las personas jurídicas de derecho privado; las de derecho público se rigen por la ley de creación, que inclusive fija el momento desde el cual comienzan a existir como entes con personería propia. Más aún, se refiere sólo a las personas privadas, respecto de las cuales la autorización del Estado es esencial, que son sólo las asociaciones y fundaciones (art. 33 Ver Texto). Las sociedades civiles gozan de personería por el solo hecho de estar constituidas regularmente y las comerciales por su inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 7º Ver Texto , ley 19550).

Por lo tanto, para que estas entidades tengan existencia como personas jurídicas, es necesario: a) que los fundadores las hayan dotado de los requisitos legales, a saber, fin de bien común y patrimonio propio; b) recién entonces podrán solicitar la autorización del Estado, comenzando la existencia a partir de ésta.

En lo que atañe a las entidades católicas, es necesaria, además, la confirmación de los prelados en la parte religiosa (art. 45 Ver Texto). Por prelados debe entenderse los obispos de las respectivas diócesis (ver nota 1).

1117/672

672. CARÁCTER DE LA AUTORIZACIÓN.— La autorización del Estado, ¿es creativa de la persona jurídica o, por el contrario, es sólo reconocitiva de ella?

La teoría clásica de la ficción ha sostenido la primera tesis, puesto que, según ella, las personas jurídicas son una creación del Estado. Últimamente, esta opinión ha sido retomada por algunos autores ubicados en una posición formalista: en las personas jurídicas habría que distinguir entre el substractum y la forma; el primero lo ponen los fundadores, la segunda el Estado; pero ambos son esenciales para constituir la personería. De ahí que también la autorización del Estado, que es la forma, tenga carácter constitutivo (ver nota 2).

Para las doctrinas realistas, la solución es distinta. En efecto, sostienen que las personas jurídicas son una realidad, social, independiente de la voluntad del legislador. Por consiguiente, éste no hace sino reconocerlas.

Por nuestra parte, adherimos a esta opinión. Concebimos a las asociaciones como instituciones de derecho natural (véase núm. 621); y como la personería es un medio de actualización a veces indispensable en el comercio jurídico, el Estado no puede negarla arbitrariamente sin afectar aquel derecho natural, que nuestra Constitución ha acogido en el artículo 14 Ver Texto (ver nota 3).

Esto no significa, sin embargo, que la intervención del Poder Ejecutivo sea superflua, puesto que para gozar del derecho a la personería jurídica es necesario que las entidades reúnan ciertos requisitos, cuya comprobación corresponde a aquel Poder; y muy particularmente, debe verificarse si tienen un fin de bien público, que es lo que legitima el derecho natural de asociación.

1117/673

673. PODER QUE LA OTORGA; FORMAS.— Según el artículo 45 Ver Texto , la autorización puede ser otorgada por la ley o por el gobierno; en otras palabras, el reconocimiento debe emanar de una ley del Congreso o de un decreto del Poder Ejecutivo. Muy excepcionalmente se utiliza la primera forma; la vía normal es el reconocimiento por decreto especial, para cada entidad, dictado por el Poder Ejecutivo.

1117/674

674. RECURSO JURISDICCIONAL CONTRA LA DENEGATORIA DEL PODER EJECUTIVO.— Hemos dicho ya que las atribuciones del Estado, y por ende del Poder Ejecutivo, en esta materia, no son arbitrarias y que cumplidas las exigencias legales, debe otorgar la personería jurídica. Ello indica que contra una resolución denegatoria, emanada del Poder Ejecutivo, debe admitirse un recurso de revisión ante el Judicial, para evitar arbitrariedades que atenten contra las garantías acordadas por la Constitución o las leyes nacionales.

Empero, la cuestión no es simple y exige una distinción, que ha hecho, con todo acierto, nuestra Corte Suprema. Ha dicho el Alto Tribunal que si la denegatoria se funda en el incumplimiento de alguna de las exigencias legales, respecto de las cuales la función del Ejecutivo se limita a una mera comprobación del cumplimiento de la ley, el recurso

jurisdiccional es procedente. Así, por ejemplo, si se tratare de una fundación y la denegatoria se fundare en que no se han cumplido las exigencias de la ley 19836 , la entidad puede interponer recursos contra aquella resolución; y si probase que ha satisfecho aquellas exigencias legales, el Poder Judicial puede y debe rever la decisión del Ejecutivo. En cambio, si la denegatoria se basa en que la entidad tiene un objeto contrario al bien común (art. 33 Ver Texto , Cód. Civ.) o al interés público (art. 318 Ver Texto , Cód. Com.), la resolución del Ejecutivo no es susceptible de revisión judicial, puesto que la facultad de decidir si el objeto de la entidad es o no contrario a los intereses públicos o al bien común, está librada al prudente arbitrio del Ejecutivo. De lo contrario, agregó el Tribunal, se sustituiría la discrecionalidad del Poder Ejecutivo por la de los jueces, desnaturalizando la función de éstos (ver nota 4).

Esta jurisprudencia ha quedado sustancialmente ratificada por la ley 17711 , que reconoce un recurso ante el Poder Judicial en caso de ilegitimidad o arbitrariedad de la denegatoria del Ejecutivo (art. 45 Ver Texto). El supuesto de ilegitimidad es precisamente el admitido ya por la Corte Suprema; el supuesto de arbitrariedad alude al caso de ejercicio por el Poder Ejecutivo de facultades que le son propias, tales como apreciar si la entidad es contraria al bien común o a los intereses públicos. En este terreno, el Poder Judicial no puede, como principio, sustituir la facultad legal de apreciación que compete al Ejecutivo por su propio criterio. En este caso, la decisión del Ejecutivo sólo puede dar lugar a revisión judicial en caso de manifiesta arbitrariedad, como ocurriría, por ejemplo, si se invocan razones de bien común para negarle personería a una entidad que se propone construir y mantener un hospital o un asilo.

1117/675

675. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En la legislación comparada pueden señalarse tres sistemas distintos en lo que atañe al reconocimiento de la personería jurídica por el Estado.

Según el primero, la personería debe surgir de un acto especial y expreso, sea del Poder Legislativo o del Ejecutivo. Este sistema, que es el de nuestro país, es el que sigue la legislación española a partir del decreto del 25 de enero de 1941, artículo 1º, que modificó en este punto el régimen del Código Civil, artículo 35 Ver Texto (el sistema del registro se mantiene, sin embargo, para algunas asociaciones que se detallan en el mencionado decreto y para las fundaciones); la portuguesa (art. 35, Cód. Civ.); la holandesa (ley del 22 de abril de 1855); la italiana (art. 12, Cód. Civ.); la paraguaya (art. 93, Cód. Civ.).

De acuerdo con un segundo sistema, que hoy parece prevalecer en las legislaciones modernas, la personería jurídica se adquiere con la inscripción en un registro público. Siguen este régimen: Perú (art. 77, Cód. Civ.); Venezuela (art. 19, Cód. Civ.); Francia, salvo el caso de las asociaciones con fines de utilidad pública, respecto de las cuales es necesario un decreto especial del Poder Ejecutivo (ver nota 5). Alemania también debe ser

ubicada dentro de éste, pues si bien es verdad que el artículo 22 del Código Civil dispone que las asociaciones con fines económicos alcanzan su capacidad jurídica por concesión del Estado, lo cierto es que las excepciones a esta regla son tan importantes, que la derogan. En efecto, las sociedades anónimas, las comandatarias por acciones, las de responsabilidad limitada, etcétera, adquieren su personería sin necesidad de autorización especial y desde el momento de su registro. Rara vez, dice ENNECCERUS, podrá el sistema de concesión impedir la formación de una persona jurídica, ya que para asociarse con fines económicos se dispone de otras formas suficientes de asociación (ver nota 6). En cuanto a las asociaciones que no persiguen fines económicos, basta el registro (art. 21, Cód. Civ.). Este es, asimismo, el sistema vigente en Suiza para las asociaciones que tienen un fin económico (art. 52, Cód. Civ.). También en Brasil la regla general es que la personería se adquiera por la inscripción en el registro (art. 18, Cód. Civ.), salvo las compañías de seguros, montepíos o cajas económicas (art. 20) y las fundaciones (art. 27), que requieren autorización estatal.

El artículo 14 del Código Civil ruso ha sido redactado en término bastante confusos y parece imponer un sistema mixto de registro y concesión o autorización estatal.

Finalmente, un tercer sistema se funda en una completa libertad; la personalidad se adquiere por la simple constitución de la entidad por sus asociados o fundadores. En Suiza, las asociaciones que no tienen un fin económico adquieren su personalidad “desde que ellas expresan en sus estatutos la voluntad de organizarse corporativamente” (art. 60, Cód. Civ.). En Bélgica no es necesario el registro, pero sí que sus estatutos sean publicados en el Monitor (art. 3º, ley sobre asociaciones de 1921).

1117/11960

675 bis. EL PERÍODO ANTERIOR A LA AUTORIZACIÓN DEL ESTADO EN LAS FUNDACIONES CREADAS POR TESTAMENTO.— Durante el período anterior a la autorización del Estado, los administradores designados testamentariamente tienen la representación de la futura entidad al solo efecto de gestionar la personería y defender la cláusula testamentaria contra las impugnaciones o la inactividad de los herederos u otros interesados (véase núm. 663).

1117/11570

B.— EFECTOS DE LA AUTORIZACIÓN

1117/676

676. RETROACTIVIDAD.— La autorización estatal marca el comienzo de la existencia de las personas jurídicas. Pero, según lo dispone el artículo 47 Ver Texto , Código Civil, concedida la autorización, la existencia de aquéllas queda legitimada con efecto retroactivo hasta el momento en que se llevó a cabo la fundación.

De esta regla surgen las siguientes consecuencias:

1117/677

677. a) Actos celebrados por los fundadores.— En el período que corre desde la fundación hasta la autorización del Poder Ejecutivo, que a veces es prolongado, resulta a menudo necesario celebrar ciertos contratos como, por ejemplo, de locación para la sede social, de trabajo con los empleados que se requieran, de préstamo, etcétera. Si la sociedad no llegase a constituirse definitivamente, porque el Ejecutivo denegase la personería, o porque los mismos socios desistieran de ella, aquellos actos obligan personalmente a los fundadores, que responden ante los terceros con quienes hubiesen contratado por todas sus consecuencias. Pero si la sociedad obtiene su personería, los fundadores quedan desligados de su responsabilidad: los actos se suponen hechos por la persona jurídica, puesto que tal es la consecuencia del efecto retroactivo establecido en el artículo 47 Ver Texto .

Debemos decir, sin embargo, que antes de la sanción de la ley de sociedades, esta solución no era pacífica. Algunos fallos habían declarado que los fundadores son siempre responsables por los actos celebrados antes de la constitución definitiva de la sociedad anónima, aun en el caso de que más tarde se otorgara la personería jurídica; los terceros no tendrían acción contra la sociedad, sino contra los fundadores, salvo el derecho de éstos de repetir lo pagado contra la entidad (ver nota 7). Esta tesis fue objeto de vivas y justas críticas (ver nota 8). En efecto, no sólo es contraria a lo dispuesto por el artículo 47 Ver Texto del Código Civil sino que, además, resulta muy injusto cargar sobre los fundadores responsabilidades excesivas, puesto que no podrían liberarse de ellas ni aun con la constitución definitiva de la sociedad y a pesar de haber actuado en nombre de éstas; no parece éste el sistema más apropiado para estimular la iniciativa de los particulares para fundar asociaciones o sociedades. Finalmente, el principio de la buena fe en los negocios indica que el tercero que ha contratado con el fundador de la sociedad que lo hizo a nombre de ésta, debe dirigir sus acciones contra la entidad y no contra quien actuó como gestor de negocios. Esta solución ha sido expresamente consagrada para las sociedades anónimas por el artículo 183 Ver Texto , ley 19550.

1117/678

678. b) Donaciones y legados.— ¿Pueden percibir donaciones o legados las personas jurídicas, antes de obtener la autorización estatal?

Para el caso de que la donación o el legado tenga por objeto fundar la entidad, ninguna duda cabe, puesto que los artículos 1806 Ver Texto y 3735 Ver Texto del Código Civil lo autorizan expresamente.

Cabe preguntarse si tales donaciones o legados resultan lícitos, no ya cuando tienen por objeto fundar la entidad, sino, simplemente, aportar fondos a una entidad en formación, pero que todavía no tiene existencia legal. Por nuestra parte, creemos que el artículo 47 Ver Texto del Código Civil concluye con toda cuestión a este respecto, pues es evidente que si la autorización tiene efectos retroactivos al momento de la fundación, es indudable que concedida aquélla se considera que tiene personería jurídica desde el instante en que se la fundó y puede, en consecuencia recibir donaciones o legados (ver nota 9).

1117/679

679. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 47.— La retroactividad establecida en el artículo 47 Ver Texto se aplica a todas las personas jurídicas de derecho privado, sin distinciones de ninguna naturaleza (ver nota 10).

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 1271; LLAMBÍAS, t. 2, nº 1175; BUSSO, t. 1, coment. art. 45, nº 45, nº 24; Código de Derecho Canónico, nota al Canon 100, de la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1949, en la que se afirma que sólo los Superiores con autoridad episcopal o cuasi episcopal pueden crear personas jurídicas.

(nota 2) FERRARA es el iniciador de esta nueva corriente: Teoría de las personas jurídicas, ps. 374 y s., nº 78; entre nosotros, véase: ORGAZ, A., Concepto y elementos de las personas colectivas, L.L., t. 63, p. 950; SPOTA, t. 1, vol. 3.1, nº 613.

(nota 3) LLAMBÍAS, t. 2, nº 1177.

(nota 4) C.S.N., 7/12/1945, J.A., 1946-I, p. 712. De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 2, nº 1179. Comp.: SPOTA, t. 1, vol 3.4, nº 1350.

(nota 5) JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, n° 189; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, n° 718; y especialmente, SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, París, 1938, ps. 294 y s.

(nota 6) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 460.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala C, 23/3/1962, J.A., 1962-V, p. 251 (con disidencia del doctor FOUTEL; Sala D, 27/12/1960, L.L., t. 101, p. 620; C. Com. Cap., Sala A, 11/3/1969, J.A., t. 3, 1969, p. 260; C. Com. Cap., 20/11/1940, J.A., t. 74, p. 464. En contra y conforme con la tesis sostenida en el texto: C. Civil 1ª Cap., 7/6/1920, J.A., t. 4, p. 324; C. Com. Cap., 21/12/1921, J.A., t. 7, p. 533; íd., 1/12/1931, J.A., t. 37, p. 354.

(nota 8) Véase: SPOTA, A. F., ¿Los terceros que contratan con una sociedad anónima tienen acción contra la sociedad fundada?, J.A., t. 74, p. 464; y ACUÑA ANZORENA, G. (h.), *Naturaleza jurídica de los fundadores de sociedad anónima y la responsabilidad de ellos según el artículo 324 del Código de Comercio*, J.A., t. 73, p. 629; HALPERÍN, *Manual de sociedades anónimas*, n° 23; CASTILLO, *Derecho comercial*, t. 3, p. 152.

(nota 9) De acuerdo: PÁEZ, *El derecho de las asociaciones*, 2ª ed., p. 131. En toda esta materia de la capacidad de las personas jurídicas antes de su nacimiento, es especialmente importante la obra de SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, París, 1938, bien que el régimen legal francés tiene en esta materia diferencias sustanciales con el nuestro.

(nota 10) LLAMBÍAS, t. 2, n° 1180; ARAUZ CASTEX, n° 870; SEGOVIA, nota 10 al art. 47; en cambio, introducen distinciones inadmisibles: SALVAT, *Parte General*, 6ª ed., n° 1274 y MACHADO, t. 1, p. 103. SPOTA, que también sostiene que las palabras del art. 47 se limitan a los “establecimientos de utilidad pública”, concluye concordando con la opinión sostenida en el texto, t. 1, vol 3.4, n° 1345.

1117/11580

§ 6.— Los estatutos

1117/680

680.— CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.— Los estatutos son las reglas básicas sobre las cuales se estructura la organización y la vida de las personas jurídicas. En ellos están determinados el fin u objeto de la entidad, su nombre y domicilio, sus órganos de gobierno, los derechos y deberes de los miembros, formación e inversión del patrimonio, y finalmente, la disolución y el destino de los bienes. Forman la ley fundamental de las personas jurídicas, cuyas actividades deben ajustarse a sus disposiciones. De lo dicho se desprende que los estatutos constituyen un requisito necesario para la concesión de la personería jurídica.

Ahora bien: ¿cuál es la naturaleza jurídica de los estatutos?

La doctrina tradicional veía en ellos un contrato. Como son redactados y establecidos de común acuerdo por los fundadores, se sostenía que ese acuerdo de voluntades importaba un contrato de sociedad. Es verdad que los estatutos no sólo son obligatorios para los socios fundadores, sino también para los que se incorporan después, lo que choca con aquella idea, pues no se ve claro cómo un contrato puede obligar a terceros; pero esta dificultad se salvaba afirmándose que la incorporación de un nuevo miembro importa un contrato de adhesión y que, por ello, queda él también sujeto a los estatutos.

Esta doctrina no ha resistido el análisis de la crítica moderna: a) El contrato es un instrumento destinado a reglar los derechos y obligaciones de los otorgantes; pero el estatuto es mucho más que eso: es el sustento de una nueva persona jurídica, es un acto de creación de una entidad o institución, capaz por sí misma de adquirir derechos y contraer obligaciones. b) El contrato tiene una existencia inseparable de la persona que lo otorga; en cambio, el estatuto implica la creación de una entidad independiente de sus miembros y cuyos fines están más allá de los intereses puramente personales de éstos; de ahí que no importe a una institución que sus miembros renuncien, fallezcan y se renueven. c) El contrato sólo puede ser modificado por voluntad de los contratantes; en las asociaciones, en cambio, una modificación de los estatutos obliga incluso a los socios que no están conformes con ella. d) La intención de los contratantes es crearse una situación especial, particular; en cambio, los adherentes a una asociación aceptan someterse a una situación general, única para todos los asociados (ver nota 1). e) Finalmente, en las fundaciones, en las que el fundador es una sola persona que redacta e impone los estatutos, será imposible hallar ni siquiera la sombra de un contrato.

Sin duda los estatutos son la expresión de un acto voluntario; pero este acto voluntario —no contractual— una vez aprobado por el Estado, adquiere el valor de una verdadera norma jurídica, que gobierna la entidad y a la cual están sometidos sus miembros (ver nota 2).

681. APROBACIÓN POR EL PODER EJECUTIVO; ILEGALIDAD DE LOS ESTATUTOS.— La importancia que los estatutos tienen como ley fundamental de las personas jurídicas, hace necesario el contralor del Estado para verificar la legalidad de sus disposiciones. Esta función es desempeñada, en primer lugar, por la Inspección General de Personas Jurídicas, dependiente del Ministerio de Justicia, la cual estudia los estatutos de toda entidad que solicita el reconocimiento de su personería jurídica. Pero su actuación no se limita a un seco análisis de la legalidad de las normas estatutarias, sino que sugiere y muchas veces exige la inclusión o la exclusión de ciertas disposiciones que la experiencia ha demostrado ser convenientes o inconvenientes a la existencia de las entidades. Sin embargo, aun aprobado un estatuto por el Poder Ejecutivo Nacional y concedida la personería jurídica, puede plantearse con posterioridad, ante el Poder Judicial, la ilegalidad de algunas disposiciones, puesto que los jueces son los órganos constitucionales de interpretación y aplicación de la ley. En numerosos casos nuestra jurisprudencia ha declarado ilegales ciertas cláusulas de los estatutos, aun cuando tenían la aprobación del Ejecutivo (ver nota 3).

1117/682

682. MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS.— Puesto que la persona jurídica es una institución con vida propia, independiente de la de sus fundadores y miembros, no puede regirse siempre por reglas inflexibles e invariables. Del mismo modo que la Constitución de un Estado puede modificarse para adaptarla a las necesidades sociales, así también las personas jurídicas pueden modificar su ley fundamental, si ello resultara necesario o conveniente para la consecución de sus fines.

Por lo general, las reglas a que debe ajustarse la modificación de los estatutos están previstas en ellos; pero si así no fuera, debe aceptarse, en el caso de que se tratara de asociaciones, que pueden modificarse por la mayoría absoluta de sus miembros reunidos en asamblea (ver nota 4).

Sin embargo, si la modificación de los estatutos implicase un cambio de los fines de la persona jurídica, se necesita, no ya la mayoría, sino la unanimidad de los miembros, porque como lo hace notar con razón FERRARA, un cambio de objeto en la asociación supone en verdad fundar una nueva persona jurídica, distinta de la anterior (ver nota 5). Esta regla de la unanimidad para el caso de un cambio de objeto o fin de la entidad ha sido establecido por la ley alemana, artículo 33, la belga, artículo 8º y por el Código Civil suizo, artículo 74 y es la que sigue el Anteproyecto de 1954 (art. 111).

1117/683

683.— Con respecto a la modificación de los estatutos de las fundaciones, remitimos al número 670-12.

1117/684

684.— Las modificaciones de los estatutos deben ser aprobadas por el Poder Ejecutivo (art. 45 Ver Texto , Cód. Civ.).

1117/685

685. REGLAMENTOS INTERNOS.— Además de los estatutos, las personas jurídicas suelen tener reglamentos internos. El reglamento es a los estatutos, lo que el decreto reglamentario es a la ley (ver nota 6) y, por consiguiente, debe ajustarse a ellos.

Si los reglamentos se refieren al funcionamiento de la entidad, deben estar aprobados por la Inspección General de Personas Jurídicas para ser obligatorios (ver nota 7); caso contrario no es necesario, ese requisito.

1117/11590

§ 7.— Nombre y domicilio

1117/686

686. NOMBRE (ver nota 8).— Las personas jurídicas tienen derecho a un nombre y deben llevarlo como medio de individualización. El nombre puede ser libremente elegido, siempre que no afecte los legítimos derechos de otras personas naturales o jurídicas (ver nota 9). En los decretos de organización de la Inspección de Justicia (hoy de Personas Jurídicas) (ver nota 10) se han fijado los siguientes principios: a) no pueden adoptarse nombres pertenecientes a otras entidades ya reconocidas; b) ni los que sean susceptibles de confundir o inducir a error con respecto a instituciones o reparticiones del Estado; c) ni el nombre de alguno de los socios, salvo que se agregue como denominación el carácter de la sociedad y su objeto o fines. En otro decreto anterior (ver nota 11) se prohibió usar la palabra “nacional” en el nombre de las personas jurídicas.

Por razones análogas a las expuestas al tratar del nombre de las personas naturales (núms. 347 y sigs.), deben reconocerse, a las jurídicas, las acciones en reclamación y en contestación de nombre (ver nota 12).

En cuanto al nombre comercial, es considerado como propiedad de la persona jurídica (art. 300 Ver Texto , Cód. Com.) y se rige por principios especiales cuyo estudio corresponde al derecho mercantil (véanse arts. 300 Ver Texto , 314 Ver Texto y 375 Ver Texto del Cód. Com.; ley 3975, arts. 42 y sigs.; ley 11388, art. 2º , incs. 1º y 9º; ley 11645, art. 2º).

1117/687

687. DOMICILIO.— Las personas jurídicas tienen también un domicilio (arts. 44 Ver Texto y 90 Ver Texto , incs. 3º y 4º, Cód. Civ.). Este punto ha sido estudiado en los números 368-372, a los cuales nos remitimos.

(nota 1) Véase BUSSO, t. 1, coment. art. 40, nº 34 y s.; PÁEZ, El derecho de las asociaciones, nº 54; íd., Derecho asociacional, J.A., t. 76, p. 854. No resistimos la tentación de transcribir un párrafo de este estudio, en el cual el Dr. Páez pone de manifiesto las diferencias entre contrato e institución, lo que, naturalmente, es perfectamente aplicable a los estatutos: “El contrato interesa al individuo; la institución, a la sociedad. El contrato es una mera relación y, en consecuencia, no produce efectos sino entre las partes; la institución es un ser jurídico que se impone a los miembros tanto como a terceros. El contrato se desata como se ha formado; la institución escapa a sus fundadores, es irrevocable. En el contrato, la regla que surge es la obligación y está destinada a extinguirse con el pago; en la institución la relación está hecha para durar, para perpetuarse, porque desafía la muerte. El contrato es rígido, inflexible; la institución es elástica, se adapta. La igualdad es la ley en el contrato; la jerarquía es la ley en la institución. El contrato es una relación subjetiva de persona a persona; las relaciones en la institución son objetivas y estatutarias. El contrato es un producto de la concurrencia; la institución es un producto de la comunión. El contrato debilita su virtud y su eficacia a medida que se cumple; la institución, si está bien equilibrada, va desarrollándose a medida que prosigue su obra. El contrato, como que encierra una obligación, no es más que un accidente, una manera de ser que afecta a una persona; la institución es el soporte permanente de un desenvolvimiento continuo. El contrato no es más que una tregua en la batalla de los derechos individuales; la institución es un consortium, un cuerpo cuyo destino es compartido por sus miembros, que recuperan en seguridad lo que pierden en libertad”.

(nota 2) De acuerdo: PÁEZ, El derecho de las asociaciones, nº 55; LLAMBÍAS, t. 2, nº 1186; ARAUZ CASTEX, t. 1, nº 376. Comp.: BUSSO, loc. cit. en nota anterior; SPOTA, t. 1, vol. 3.4, nº 1368 y nota 68; FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, ps. 719 y s., nº

106; GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, n° 179; VON TUHR, *Parte General*, ed. Depalma, vol. 1.2, ps. 163 y s.

(nota 3) La jurisprudencia es abundante. Citemos el caso de las cláusulas estatutarias que establecen la renuncia de los miembros a toda acción judicial en contra de las decisiones de la asamblea, que han sido declaradas ilegales: C. Civil 1ª Cap., 8/4/1942, J.A., 1942-II, p. 353, y L.L., t. 26, p. 202. La jurisprudencia anterior admitía la validez de tales cláusulas: C. Civil 1ª Cap., 2/7/1923, J.A., t. 11, p. 59; 28/12/1917, G. F., t. 12, p. 49.

(nota 4) De acuerdo: PÁEZ, *El derecho de las asociaciones*, 2ª ed., n° 59, quien juzga insuficiente la simple mayoría de la asamblea para modificar los estatutos, salvo que en éstos se hubiera dispuesto así.

(nota 5) FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, n° 133; ésta es también la opinión de HÖLDER y OERTMANN, cit. por VON TUHR, *Derecho Civil*, ed. Depalma, vol. 1.2, p. 165, nota 6. En cambio, VON TUHR, loc. cit., entiende que el cambio de objeto no basta para estimar que existe la constitución de una nueva entidad.

(nota 6) PÁEZ, *El derecho de las asociaciones*, p. 161, n° 63.

(nota 7) Resolución del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública del 11/3/1938 (caso Jockey Club).

(nota 8) BIBLIOGRAFÍA: BUSSO, *Código Civil Argentino*, t. 1, coment. art. 35, n° 32 y s.; CERMESONI, *La legislación del nombre*, J.A., t. 11, p. 536; SPOTA, *Tratado*, t. 1, vol. 3.3, n° 1204, y s.; t. 1, vol. 3.4, n° 1327; BREUER MORENO, *El nombre comercial en la legislación argentina*, Buenos Aires, 1929; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Parte General*, t. 1, vol. 1, ps. 423, y s.; VON TUHR, *Derecho Civil*, ed. Depalma, t. 2, p. 114.

(nota 9) VON TUHR, *Derecho Civil*, ed. Depalma, t. 2, p. 114, notas 9 y 10; véase BUSSO, t. 1, coment. art. 35, n° 32 y s.

(nota 10) Decretos del Poder Ejecutivo Nacional del 17 de noviembre de 1908 y del 23 de abril de 1923.

(nota 11) Decreto del 23 de mayo de 1934.

(nota 12) LLAMBIÁS, t. 2, n° 1127 bis; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, n° 1207; VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, t. 2, p. 114, nota 10.

1117/11600

§ 8.— La persona jurídica y sus miembros

1117/688

688. INDEPENDENCIA DE PERSONERÍA.— Las corporaciones, asociaciones, etcétera, serán consideradas como 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 todo ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella (art. 39 Ver Texto , Cód. Civ.).

Los miembros de una entidad no son sino el substractum humano indispensable para la existencia de la personería jurídica; pero una vez otorgada ésta, adquiere una individualidad jurídica totalmente independiente de la de sus miembros. Como consecuencia de ello, existe también una entera independencia patrimonial: las obligaciones de los socios no afectan a la entidad y viceversa. Es claro que pueden ser fiadores o codeudores de la entidad; pero en tal caso, sus obligaciones no nacen de su carácter de miembros sino de terceros que han contraído esta obligación.

1117/11970

688 bis.— Pero este principio de la separación de personería, no debe llevarse a extremos de consumir el fraude a la ley o a los intereses de terceros; su aplicación no podría ser tan rígida y formalista que viniera a tornarse en medio idóneo para amparar conductas que puedan ser manifiestamente injustas y contrarias al bien común, atendiendo al cual se organizan las instituciones (ver nota 1). De este tema nos hemos ocupado en el número 622, al que remitimos.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 1/7/1964, causa 93.819 (inérita).

1117/11610

§ 9.— Capacidad

1117/689

689. **ÁMBITO DE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.**— En principio, las personas jurídicas tienen capacidad para adquirir todos los derechos de que pueden ser titulares las personas naturales. De esta regla deben exceptuarse, naturalmente, aquellos derechos que el hombre tiene como tal, como ser de carne y hueso; así, por ejemplo, los que derivan del matrimonio o del parentesco, el derecho a la integridad física, etcétera.

Nos ocuparemos sucesivamente de los derechos extrapatrimoniales y de los patrimoniales, sobre todo en aquellas materias que susciten alguna dificultad.

1117/690

690. **DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES.**— Los autores clásicos sostenían que las personas jurídicas sólo tenían capacidad en la esfera patrimonial; pero un análisis más agudo de la cuestión y la experiencia jurídica han demostrado que pueden ser titulares de numerosos derecho extrapatrimoniales.

a) Tienen derecho a la protección jurídica del Estado y, por consiguiente, a estar en juicio, sea civil o criminal. La cuestión relativa al juicio civil, no ofrece mayores dificultades; pueden estar en él como actores o demandados (arts. 41 y 42). Más difícil es la relativa al juicio criminal. Ninguna duda cabe de que pueden actuar como querellantes (art. 41, in fine); pero el problema es mucho más complejo respecto de si pueden ser acusadas criminalmente. Esta cuestión se vincula con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a la que aludimos ampliamente en los números 706 y siguientes.

b) Poseen los derechos llamados por MICHOU (ver nota 1) internos de la persona jurídica o sea los que ésta tiene respecto de los asociados: el derecho disciplinario, el de aceptar o expulsar socios, el de aplicar los estatutos, etcétera.

c) Aunque la cuestión está discutida, pensamos que tienen derecho al honor y que su lesión no sólo puede dar lugar a una acción de indemnización por daño moral (remitimos sobre

este tema al Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. 1, núm. 178), sino también a una querrela criminal (ver nota 2).

Por ello estamos en desacuerdo con la jurisprudencia sentada por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal en el sentido de que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos del delito de injurias (ver nota 3).

d) Tienen derecho de asociarse con fines útiles: una sociedad puede ser accionista de otra, puede formar parte de una agremiación patronal, etcétera.

e) Tienen el derecho de enseñar.

f) Pueden crear una fundación.

g) En el campo del derecho público, cabe señalar que el Estado posee los derechos inherentes a su carácter de poder público.

1117/691

691. DERECHOS PATRIMONIALES.— Las personas jurídicas tienen una amplia capacidad en la esfera patrimonial (art. 41 Ver Texto , Cód. Civ.); no sólo pueden ser titulares de derechos reales y personales, sino también de derechos intelectuales, se refieran éstos a la producción artística o literaria (ley 11723, art. 8º Ver Texto) (ver nota 4), a las patentes de invención (ver nota 5) o a las marcas de fábrica (ver nota 6) (sobre este tema, véase Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, t. 2, núm. 1570).

En materia patrimonial, la capacidad de las personas jurídicas es, por consiguiente, similar a la de las personas naturales. No obstante, cabe señalar algunas diferencias: el usufructo, las servidumbres personales, y el uso y la habitación constituidas en favor de una persona jurídica, no pueden tener una duración mayor de 20 años (arts. 2828 Ver Texto , 2969 Ver Texto y 3004 Ver Texto del Cód. Civ.).

1117/692

692. EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD.— Es menester, sin embargo, establecer una diferencia fundamental entre las personas naturales y las jurídicas en cuanto a su capacidad: mientras las primeras tienen todos los campos de la actividad jurídica a su

alcance, y pueden ser al mismo tiempo profesionales, comerciantes, filántropos, educadores, deportistas, etcétera, las personas jurídicas sólo pueden realizar aquellos actos vinculados a los fines de su institución (art. 35 Ver Texto , Cód. Civ.). Así, por ejemplo, una compañía de seguros no puede dedicarse a operaciones de importación y exportación, ni una asociación con fines educativos puede ejercer el comercio, etcétera. Este es el llamado principio de la especialidad.

1117/693

693.— Este principio, sin embargo, debe ser interpretado con la mayor elasticidad. Toda actividad vinculada con el objeto de la institución, todos los actos y hechos convenientes a la consecución de sus fines, deben considerarse lícitos (ver nota 7). No es necesario, tampoco, que esos actos estén previstos en los estatutos, pues todo lo que cabe dentro de aquel concepto entra también en la esfera de capacidad de la persona jurídica. Así, por ejemplo, una sociedad anónima puede organizar centros culturales o deportivos para su personal, servicios médicos, restaurantes, etcétera. Porque aunque estrictamente estas actividades no hacen en forma directa al objeto de la entidad, que es lucrativo, y aunque no estén previstas en sus estatutos, la vinculación de ellas con el objeto de la institución es evidente, ya que de esa manera se contribuye al bienestar de los empleados y obreros, que es una de las preocupaciones propias de una asociación y que le permite tener un mayor rendimiento en la producción. Del mismo modo, aunque en los estatutos de una sociedad no figurase la capacidad para adquirir bienes inmuebles, debe reconocerse su derecho a hacerlo si ello resulta conveniente o útil al objeto de la institución (ver nota 8).

(nota 1) MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, 3ª ed., t. 2, p. 168, n° 214; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1136.

(nota 2) MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, 3ª ed., t. 2, p. 87 y s., n° 215. Sobre este tema, véase, además, RAMOS, J., *Delitos contra el honor*, Buenos Aires, 1939; GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, 1939, t. 2, ps. 35 y s.; FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, n° 117.

(nota 3) C. Crim. y Correc. Cap., Sala I, 17/3/1987, L.L., 1988-B, p. 53; Sala II, 29/9/1987, L.L., 1988-B, p. 55; Sala IV, 1/10/1987, L.L., 1988-B, p. 57; Sala VI, 7/5/1987, L.L., 1988-B, p. 60; con nota en desacuerdo de BORINSKY. Debemos decir, empero, que el criterio de este tribunal es coherente con el sostenido por la C.S.N. en el sentido de que las personas jurídicas carecen de acción por indemnización del daño moral: 22/3/1990, E.D., t. 138, p. 187; 3/11/1992, L.L., fallo n° 92.169.

(nota 4) De acuerdo: SATANOWSKY, I. ¿Puede una persona de existencia ideal ser autora de una obra cinematográfica?, J.A., 1949-II, sec. doct., ps. 68 y s.; BUSSO, t. 1, coment. art. 35, n° 47 y s.; SPOTA, t. 1, vol. 3.4, n° 1309; PIOLA CASELLI, Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione, 2ª ed., 1921, ps. 230 y s.; STOLFI, Diritto di autore, 3ª ed., 1932, ps. 424 y s. En cambio, otros autores sostienen que la obra literaria no puede ser producida más que por un ser humano, y que, por consiguiente, las personas jurídicas no pueden ser titulares de derechos de autor: MENDILAHARZU, E., El derecho moral de autor, L.L., t. 42, p. 6; DI FRANCO, L., Proprietà letteraria ed artistica, Milano, 1936, p. 66; de esta opinión parecen ser MOUCHET y RADAELLI, Derechos intelectuales sobre las obras artísticas y literarias, Buenos Aires, 1948, t. 3, p. 40, no obstante que más adelante admiten que el Estado puede ser titular de esos derechos (t. 3, ps. 41 y s.). Creemos que en vista de lo dispuesto por la ley 11723, art. 8º Ver Texto, no es discutible en nuestro derecho positivo que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos de autor. La cuestión, sin embargo, no es sencilla. Hay ciertas obras personalísimas respecto de las cuales resulta chocante concebir que una persona jurídica pueda ser titular de ellas; por ejemplo: un cuadro, una escultura, etcétera. A nuestro entender, la dificultad debe resolverse de conformidad al siguiente criterio: si la obra es el resultado de una creación personalísima, el autor es quien la ha creado; si, por el contrario, se trata de un esfuerzo personal o común, pero en el cual la iniciativa, la organización de la tarea, la dirección, la finalidad, etcétera, han sido dados por la persona jurídica, es posible atribuir a ésta el carácter de autor. Tal sería, por ejemplo, el caso de una obra cinematográfica. Sobre esta ardua cuestión nos remitimos a los autores ya indicados en esta nota y particularmente a SATANOWSKY.

(nota 5) BREUER MORENO, Patentes de invención, Buenos Aires, 1921, ps. 89, y s.; BUSSO, t. 1, coment. art. 35, n° 49.

(nota 6) BREUER MORENO, Tratado de marcas de fábrica, Buenos Aires, 1937, n° 169 y s.; BUSSO, t. 1, coment. art. 35, ps. 52 y s.

(nota 7) BUSSO, t. 1, coment. art. 35, n° 24; SPOTA, t. 1, vol. 3, ps. 111 y s.; n° 1309; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1229; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1131; MICHOD, La théorie de la personnalité morale, 3ª ed., t. 2, ps. 180 y s., n° 252; FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, n° 115 (donde niega el principio de la especialidad).

(nota 8) C. Civil en Pleno Cap., 16/11/1922, J.A., t. 10, p. 629; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1131.

§ 10.— Modo de actuación y responsabilidad contractual

1117/11630

A.— MODO DE ACTUACIÓN

1117/694

694. TEORÍAS DE LA REPRESENTACIÓN Y DEL ÓRGANO.— Para actuar en el comercio jurídico, los entes de existencia ideal se sirven de personas humanas. Siempre son hombres quienes las dirigen, contratan a nombre de ellas, adoptan decisiones, trabajan en su beneficio, etcétera. ¿Qué relación existe entre unos y otros?

Sobre esta cuestión se han sostenido dos teorías distintas. La teoría de la ficción postula que existe una representación. En efecto, si aquellos entes son personas ficticias, creadas por el legislador, es necesario reconocer que no teniendo vida propia, no pueden actuar por sí; son incapaces de hecho y, por lo tanto, sólo pueden actuar por intermedio de los representantes legales que les da la ley. Por consiguiente, entre la persona jurídica y sus administradores habría una relación de representado a representante.

Las teorías de la realidad parten de un punto de vista opuesto. Para ellas, las personas jurídicas no son ficticias, sino reales; y los administradores deben considerarse como los órganos “naturales” de ellas. Va de suyo que la palabra órgano no se emplea en un significado biológico, sino exclusivamente jurídico. Lo que se quiere significar es que no hay un dualismo entre la persona jurídica y sus administradores; que ambos no están vinculados por una relación externa, como es el mandato, sino que, por el contrario, los administradores forman parte de la entidad, la integran. Entre ambos no existe un vínculo contractual (el mandato), sino una relación institucional, derivada de la constitución y de la organización de la persona jurídica. Los administradores no están fuera de la entidad, sino dentro de ella.

1117/695

695.— En el estado actual de la ciencia jurídica, no es posible ya dejar de reconocer que la teoría del órgano explica más satisfactoriamente que ninguna otra las vinculaciones entre la entidad y sus administradores. Empero, en el ámbito contractual, la teoría de la representación no ofrece mayores inconvenientes (ver nota 1); sus graves defectos conceptuales se ponen de manifiesto, en cambio, con toda nitidez, en materia

extracontractual, en donde resulta impotente para explicar la responsabilidad civil y criminal de las personas jurídicas.

Nuestro codificador, fiel a la teoría de la ficción, adoptó la idea de la representación en los artículos 35 Ver Texto a 37 del Código Civil. Empero, algunas decisiones aisladas han sostenido que en verdad las autoridades de una asociación actúan como órganos y no como representantes (ver nota 2). Y la ley de sociedades 19550 ha receptado la teoría del órgano (arts. 157 Ver Texto y sigs.) (ver nota 3). De ahí que la sociedad responde por todos los actos y contratos celebrados por el administrador o por quien ostente la representación legal de la sociedad, siempre que ellos no sean notoriamente extraños al objeto social (art. 58 Ver Texto , ley 19550).

1117/696

696. CAPACIDAD DE HECHO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.— Se vincula con este tema la cuestión de si las personas jurídicas tienen o no capacidad de obrar. En la doctrina tradicional, la persona jurídica se concebía como una entidad irreal, que, puesto que no existía, no podía actuar por sí misma y sólo podía hacerlo por aquellos representantes que la ley le daba. Tenía, pues, capacidad de derecho, pero no de hecho. Esta idea, que nuestro codificador compartió, como lo demuestra la nota al artículo 35, ha sido abandonada, con toda razón, en la doctrina moderna.

El concepto de capacidad de hecho sólo es aplicable al hombre. Los derechos que las leyes le confieren no tendrían sentido si no implicaran la posibilidad de ejercerlos; pero ocurre a veces que por circunstancias anormales el hombre se halla privado de la aptitud mental o física indispensable para ejercerlos por sí. Para remediar esas incapacidades reales, se lo dota de representantes legales. Lo que ocurre con las personas jurídicas es totalmente distinto; los administradores son los órganos normales de ejercicio de sus derechos; además, esa manera de actuación, única posible, satisface plenamente el goce de los derechos que las leyes les reconocen, a diferencia de lo que ocurre con el hombre, en que la actuación del representante legal puede estar muy lejos de satisfacer las posibilidades de goce de los derechos del representado.

En suma, hablar de la incapacidad de hecho de las personas jurídicas, supone una verdadera “aberración” (ver nota 4).

(nota 1) Véase BUSSO, t. 1, coment. arts. 36 y 37, n° 8; ORGAZ, Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, en Estudios en homenaje a Vélez Sarsfield, Córdoba, 1936, ps. 313 y s.; FERRARA, F., Teoría de las personas jurídicas, n° 112.

(nota 2) C. Com. Cap., Sala A, 27/10/1978, E.D., t. 82, p. 369.

(nota 3) C. Com. Cap., Sala A, 28/7/1954, J.A., 1955-I, p. 342, con nota de SPOTA en que aprueba la decisión.

(nota 4) FERRARA, F., cit. por ORGAZ, A., Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, en Estudios en homenaje a Vélez Sarsfield, Córdoba, 1936, p. 324, nota 27; de acuerdo: SPOTA, Órgano de voluntad de las personas colectivas y poder representativo, J.A., 1955-I, p. 342; LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 833; LEZANA, ¿Las personas jurídicas son incapaces de hecho?, J.A., 1958-III, sec. doct., p. 56.

1117/11640

B.— RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1117/697

697.— Las personas jurídicas son plenamente responsables de los actos de sus administradores o representantes, mientras éstos actúen dentro de los límites del mandato (art. 36 Ver Texto, Cód. Civ.) (ver nota 1). El instrumento originario de donde deriva toda representación de las personas jurídicas son sus estatutos. El mandato puede originarse directamente en ellos o bien indirectamente, si surge de lo dispuesto por las asambleas, directorios o representantes legales que lo hubieran otorgado, de acuerdo con poderes derivados de aquéllos.

Respecto de las sociedades, véase número 695.

1117/698

698. ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES FUERA DE LOS LÍMITES DEL MANDATO; HIPÓTESIS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.— Consecuencia necesaria del principio sentado en el párrafo precedente, es que si los administradores o representantes actúan fuera de los límites de su mandato, las personas jurídicas no tienen responsabilidad alguna por los actos o contratos que aquéllos hubieran celebrado.

Este principio tiene, sin embargo, una importante limitación: si como consecuencia del acto celebrado por el representante sin poderes suficientes para hacerlo, la persona jurídica hubiera experimentado un enriquecimiento, está obligada a responder por las consecuencias del acto hasta el límite de aquél. No hay en ello sino una aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa.

1117/699

699.— Esta solución, indiscutida en lo que atañe a las personas jurídicas de derecho privado, ha suscitado algunas divergencias en su aplicación al Estado; pero la Corte Suprema de Justicia ha mantenido con toda firmeza la jurisprudencia de que el Estado es responsable hasta el monto del enriquecimiento por aquellas obras o servicios (aunque sean puramente intelectuales) que le hubieran reportado un beneficio, no obstante que aquéllos hubieran tenido origen en un acto o contrato viciado de nulidad, sea por un defecto de forma, por carecer de la ratificación legislativa en los casos en que ésta es procedente, etcétera (ver nota 2). Esta regla sólo se detiene ante casos en que la irregularidad del trámite ha sido grosera e implica una inmoralidad evidente, que compromete las buenas costumbres (ver nota 3).

1117/700

700. RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE.— Cuando el representante actúa fuera de los límites del mandato, no es responsable la persona jurídica, pero sí lo es él, respecto del tercero con quien contrató (art. 36 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta solución legal se explica por dos razones: para no dejar al tercero de buena fe desprovisto de toda defensa y para obligar a los administradores a ser prudentes en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, esa responsabilidad cesa si el tercero tenía conocimiento de que el administrador carecía de poderes suficientes para celebrar el acto en cuestión (art. 1931 Ver Texto , Cód. Civ.) (ver nota 4), salvo que éste se haya comprometido a obtener la ratificación de la persona jurídica y no lo logre (art. 1932 Ver Texto , Cód. Civ.).

Va de suyo que si la persona jurídica ratifica el acto celebrado por el administrador, fuera de los límites de su mandato, es plenamente responsable por todas sus consecuencias.

(nota 1) Véase sobre este tema el estudio de derecho comparado de PINTER, J.J., Los límites del poder de representación de los administradores en la sociedad anónima, J.A., 1953-II, sec. doct., p. 23.

(nota 2) C.S.N., 18/8/1924, J.A., t. 31, p. 639; íd., 13/3/1936, J.A., t. 53, p. 545, y L.L., t. 1, p. 736; íd., 8/4/1938, J.A., t. 62, p. 26; íd., 13/8/1938, J.A., t. 63, p. 16, y L.L., t. 11, p. 331. Sobre este tema véase: MOYANO, J.A., Enriquecimiento sin causa, J.A., t. 44, p. 838; REZZÓNICO, L. M., El enriquecimiento sin causa y los contratos ilegales de pavimentos, J.A., 1942-III, p. 99; SPOTA, t. 1, vol. 3.4, p. 331 y s., n° 1379 y s.

(nota 3) Así lo resolvió la C. Civil 2ª de la Capital, en un caso que las irregularidades importaban una inmoralidad evidente: 12/6/1942, J.A., 1942-III, p. 99.

(nota 4) De acuerdo: Sup. Corte Buenos Aires, 15/5/1934, J.A., t. 46, p. 754; BUSSO, t. 1, coment. arts. 36 y 37, n° 73 y s.; SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1239.

1117/11650

§ 11.— Responsabilidad civil por hechos ilícitos (ver nota 1)

1117/701

701. UN CURIOSO EJEMPLO DE JURISPRUDENCIA DEROGATORIA DE LA LEY.— La idea de que entre la persona jurídica y sus administradores media una relación de representación conduce lógicamente a esta conclusión: sólo los actos ejercidos dentro de los límites del mandato obligan a la persona jurídica; por consiguiente, como no se puede otorgar mandato legalmente válido para cometer actos o hechos ilícitos, las personas jurídicas están exentas de toda responsabilidad por los que hayan cometido sus administradores. Esta teoría, sostenida por SAVIGNY (ver nota 2), recibió una consagración expresa en el artículo 43 Ver Texto del Código Civil, que disponía: No se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.

Esta disposición, que ya en la época de la sanción del Código importaba una mala solución del problema de la responsabilidad de las personas jurídicas, se hizo intolerable con el advenimiento del automóvil, la empresa de servicios públicos de transporte de pasajeros y el fenómeno del intensísimo tránsito de las ciudades modernas, que trajeron como secuela un problema jurídico hoy frecuentísimo y por aquella época desconocido: el accidente de tránsito. Hoy la solución del artículo 43 Ver Texto ha devenido intolerable.

Si un vehículo perteneciente a una empresa de servicios públicos hiere a un transeúnte en la vía pública, ¿puede dejarse sin indemnización al que sufrió el daño? ¿No es evidente que debe cargar con la indemnización la compañía que ha creado el riesgo y que se beneficia con la explotación?

En la teoría del órgano, esta cuestión queda resuelta de manera justa y realista. Puesto que los administradores y agentes de una persona jurídica son sus órganos, los actos o hechos que ellos realizan deben considerarse como si fueran hechos por la propia persona jurídica; de ahí resulta una plena responsabilidad tanto civil como penal. En cuanto a la civil, toda divergencia ha quedado superada en el derecho moderno, y hoy es universalmente reconocida. No ocurre lo mismo respecto de la responsabilidad penal, a la cual nos referiremos en los núms. 706 y siguientes.

1117/702

702.— Como la solución del artículo 43 Ver Texto del Código Civil resultaba anacrónica e intolerable, se inició en nuestra jurisprudencia, no obstante los términos expresos del texto legal citado, una evolución hacia el reconocimiento de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos (ver nota 3). Esa evolución comenzó al amparo de una pretendida investigación de la “intención” de VÉLEZ SARSFIELD, a través de su fuente. En efecto, el artículo 43 Ver Texto es transcripto del artículo 300 del Esboço; pero las palabras sendo que del original, cuyo significado es cuando, han sido traducidas —o cambiadas— por aunque. La diferencia es importante, porque si se dice cuando, se limita la irresponsabilidad de las personas jurídicas al caso de los delitos; en cambio, si se dice aunque, la norma es comprensiva de todas las hipótesis posibles de indemnización de daños y perjuicios. Para conservar la ficción de que se interpretaba el espíritu de la ley o la intención del legislador, se sostuvo: VÉLEZ tradujo mal a FREITAS; por consiguiente, debe considerarse que la ley dice cuando y no aunque; ello significa que las personas jurídicas son responsables por los cuasidelitos y sólo están exentas de responsabilidad en caso de delito (ver nota 4).

Esta argumentación, sin duda bien inspirada y a la que hay que reconocer el mérito de que facilitó la evolución jurisprudencial operada en nuestro país, es evidentemente especiosa, y en verdad, no resiste el menor análisis crítico. Sin hacer hincapié en la consideración elemental de que no es posible oponer los textos legales a sus fuentes y darles preeminencia a éstas, es evidente que si VÉLEZ se apartó de FREITAS escribiendo aunque donde aquél decía cuando, no fue por desconocimiento del portugués, idioma que dominaba, sino que lo hizo a designio. Los juristas que atribuyen gran importancia a las fuentes como elementos de interpretación de la ley, ven siempre en la circunstancia de que el legislador se aparte momentáneamente del texto de la fuente una intención de introducir una reforma a su sistema. En este caso, esa intención de VÉLEZ SARSFIELD ha quedado corroborada con el artículo 1720 Ver Texto, que coincidiendo con el artículo 43 Ver Texto, decía así: La sociedad no responderá de los daños causados por sus administradores en el ejercicio de sus

funciones, a menos que de ellos hubiese obtenido algún provecho. La disposición comprende todos los daños posibles, sin introducir ninguna distinción entre delitos y cuasidelitos.

Está pues, fuera de toda duda que VÉLEZ, fiel a los postulados de SAVIGNY, rechazó de plano la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, fuera por delitos o por cuasidelitos. Por lo demás, esta distinción entre delitos y cuasidelitos, que autorizaría el texto de FREITAS, no puede explicar la razón por la cual se ha admitido también la responsabilidad civil en caso de delitos, como lo ha hecho nuestra jurisprudencia.

Hemos dedicado una extensión quizás excesiva a la consideración y crítica de la interpretación del artículo 43 Ver Texto de acuerdo con el Esboço, no sólo porque fue aceptada por casi todos los autores argentinos que se han ocupado del tema después de RIVAROLA (ver nota 5), sino también porque es una demostración clara de cuánto hay de falso y estéril en el método de interpretar la ley según sus fuentes, aun en contra de lo dispuesto en el texto. Las razones por las cuales nuestra jurisprudencia se apartó del artículo 43 Ver Texto son muy distintas: en primer lugar, esta norma establecía una solución que la experiencia jurídica ha demostrado ser injustísima e intolerable; en segundo lugar, resultaba incompatible con otras disposiciones del propio Código, puesto que los artículos 1113 Ver Texto y 1124 Ver Texto establecen la responsabilidad de las personas por los daños ocasionados por sus dependientes por las cosas de que se sirven o que están bajo su cuidado, o por los animales que son de su propiedad y no se ve por qué razón ha de recaer esta responsabilidad exclusivamente sobre las personas humanas y no sobre las jurídicas. Dándole una aplicación general a estas normas, los tribunales concluyeron por prescindir del artículo 43 Ver Texto, aun en lo que atañe a los delitos. Era como si no estuviese escrito; en los hechos la jurisprudencia lo derogó (ver nota 6).

1117/703

703.— Resulta de gran interés marcar las distintas etapas por las que pasó la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema hasta llegar al reconocimiento de la plena responsabilidad de las personas jurídicas como consecuencia de hechos ilícitos:

a) En la primera etapa, la Corte aplicó el artículo 43 Ver Texto tal como lo concibió y expresó el legislador: la persona jurídica únicamente es responsable de los daños y perjuicios derivados del dolo o la culpa de sus empleados en el cumplimiento de obligaciones convencionales; fuera de ellas, o sea en caso de hechos ilícitos extracontractuales, sólo responde cuando leyes especiales así lo hubieran dispuesto (ver nota 7).

b) En 1921, la Corte admite la responsabilidad cuasidelictual de las personas jurídicas de derecho privado al hacer lugar a la indemnización por daños y perjuicios contra una compañía de navegación por las averías sufridas en un muelle debidas a la culpa o negligencia de sus empleados, responsabilidad que fundó en los artículos 1109 Ver Texto y 1113 Ver Texto del Código Civil (ver nota 8).

c) En lo que atañe al Estado, el Alto Tribunal mantuvo firmemente su jurisprudencia en el sentido de la irresponsabilidad extracontractual hasta 1933. En este año, hizo lugar a una demanda por reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia del incendio de un campo originado en la negligencia de unos empleados de la Nación que se encontraban reparando una línea telegráfica (ver nota 9). Pero el Tribunal mantenía todavía la doctrina de que la indemnización no procedía si el Estado actuaba como poder público (ver nota 10).

d) Esta restricción quedó eliminada a partir de 1938, en que condenó a la provincia de Buenos Aires a pagar al Ferrocarril Oeste una indemnización por los perjuicios sufridos con motivo de un informe erróneo dado por el Registro de la Propiedad (ver nota 11). Quedó así eliminada toda distinción entre la actuación del Estado como persona jurídica y como poder público, a los efectos de la responsabilidad civil por hechos ilícitos (ver nota 12).

e) Finalmente, la evolución de la jurisprudencia de la Corte quedó completada y consumada con un fallo dictado en 1941, en que admitió la responsabilidad del Estado como consecuencia de la muerte de una persona, provocada por un agente de policía que en ejercicio de sus funciones excedió los medios racionales y legítimos para darle captura (ver nota 13). En este caso, no sólo se trataba de la actuación del Estado por intermedio de uno de sus agentes como poder público, sino que mediaba un delito de derecho criminal; no obstante la expresa disposición del artículo 43 Ver Texto , la Corte hizo lugar a la demanda.

1117/704

704. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 43 POR LA LEY 17711.— Hemos concedido un desarrollo que parecerá excesivo para examinar un problema que la reforma del artículo 43 Ver Texto por la ley 17711 ha superado. Es que nos parece muy ilustrativo de la flexibilidad de nuestra jurisprudencia y de la audacia de nuestros jueces para forzar los textos legales y aun prescindir de ellos cuando la solución legal se vuelve anacrónica, cuando no responde ya a los hechos nuevos y al concepto moderno de justicia. Precisamente ésa es la gran función social de la jurisprudencia: la permanente adaptación del derecho a los nuevos tiempos.

Lo cierto es que no obstante los artículos 43 Ver Texto y 1720 Ver Texto los jueces habían concluido por admitir una amplia responsabilidad civil de las personas jurídicas por hechos ilícitos. La modificación del artículo 43 Ver Texto , que expresamente la admite, no aporta,

por consiguiente, gran cosa a nuestro derecho positivo, pero elimina la grave anomalía que resulta de que la ley disponga una cosa y los jueces resuelvan otra.

El nuevo texto legal dispone: Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

En otras palabras, las personas jurídicas han quedado en la misma situación que las personas naturales en lo que atañe a la responsabilidad por hechos ilícitos, responsabilidad que el artículo 1113 Ver Texto consagra con gran amplitud.

Es necesario detenerse en la fórmula empleada en el primer párrafo, en el que se dice que las personas jurídicas responden de los daños ocasionados por quienes las administran o dirigen en ejercicio o con ocasión de sus funciones. En otro lugar nos referimos a la polémica suscitada en torno a si, para desencadenar la responsabilidad del principal, es necesario que el daño provocado por el dependiente haya sido hecho en ejercicio de sus funciones o si basta con que sea en ocasión de ellas (véase Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. 2, núm. 1375). La reforma se ha inclinado por la solución más amplia, que es la que cubre mejor a la víctima de un daño. Por nuestra parte, pensamos que el daño debe juzgarse hecho en ocasión de las funciones, cuando hay entre el daño y las funciones desempeñadas una razonable relación (ver nota 14).

Es ilustrativo sobre este criterio un fallo de la Corte Suprema de la Nación, que decidió que hay responsabilidad del Estado cuando el daño fue producido por un agente con una pistola de su repartición y fuera de servicio, toda vez que el daño sólo fue posible en razón de la exigencia reglamentaria, de portar armas permanentemente, sin lo cual el daño no se hubiera producido (ver nota 15).

1117/705

705.— En concordancia con la reforma del artículo 43 Ver Texto , también se ha modificado el artículo 1720 Ver Texto , relativo a las sociedades civiles. Dice el nuevo texto: En el caso de daños causados por los administradores, son aplicables a las sociedades las disposiciones del título “De las personas jurídicas”, es decir, del artículo 43 Ver Texto . El artículo 1720 Ver Texto ha omitido referirse a los daños causados por los dependientes o las cosas de la sociedad, pues basta con la remisión al título del Código en que se encuentra el artículo 43 Ver Texto , que a su vez remite al título “De las obligaciones que nacen de los hechos que no son delitos”, el cual incluye el artículo 1113 Ver Texto . De esta doble

remisión resulta una amplia responsabilidad de las sociedades por los daños causados por sus dependientes o por las cosas que son de su propiedad o están bajo su guarda.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: La bibliografía sobre este tema es copiosísima. Indicamos la más importante fuera de la de carácter general, ya señalada en la nota 939; ACUÑA ANZORENA, A., Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos de sus dependientes, J.A., t. 52, p. 428; *íd.*, La responsabilidad extracontractual del poder público, L.L., t. 24, p. 459; AGUIAR, H., Personas jurídicas. Responsabilidad civil por actos ilícitos, Rev. de Crít. de Jur., 1934, p. 409; BARCIA LÓPEZ, A., Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional sobre la responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos, L.L., t. 13, p. 602; BIELSA, R., La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia, L.L., t. 55, p. 999; *íd.*, La responsabilidad del Estado, y la responsabilidad de los funcionarios, L.L., t. 24, p. 82; BULLRICH, R., La responsabilidad del Estado, Buenos Aires, 1920; BARANDIARAN, R., Responsabilidad “sine contractu” de la administración pública en Jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual, La Plata, 1943, t. 1, ps. 143 y s.; RAYCES, A., Responsabilidad del Poder Público, Rev. Col. Abog. Buenos Aires, t. 20, mayo-junio 1942, p. 279; *íd.*, La responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, J.A., t. 1, p. 29; *íd.*, Responsabilidad de las personas jurídicas por actos de sus representantes, J.A., t. 3, p. 37; ORGAZ, A., Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, en Estudios de Derecho Civil, Buenos Aires, 1948; CERMESONI, E., La responsabilidad de las personas jurídicas, Rev. Fac. Der. de Buenos Aires, 1921, ps. 781, y s.; CUETO RÚA, La responsabilidad aquilana del Estado, en Jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual, t. 1, ps. 255 y s.; SPOTA, A., La responsabilidad del Estado por el hecho ilícito del agente administrativo ejecutado con motivo o en ocasión de la incumbencia, L.L., t. 43, t. 43, p. 891; *íd.*, Los daños causados por los bienes públicos y la responsabilidad extracontractual de la Administración, L.L., t. 15, p. 48; *íd.*, Responsabilidad extracontractual del Estado, J.A., 1943-I, p. 443; *íd.*, El fundamento jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado, J.A., 1943-III, p. 604; SÁENZ, C. M., La responsabilidad del Estado en la jurisprudencia, L.L., t. 67, p. 883; BOSCH, J. T., La responsabilidad del Estado en Inglaterra y en EE.UU. de América, L.L., t. 57, p. 895; ALESSI, D., La responsabilità della pubblica amministrazione, Milano, 1941; DUPEYROUX, Faute personnelle et faute du service public, París, 1922; BORCHAR, Theories of governmental responsibility in tort, London, 1928.

(nota 2) SAVIGNY, C. F., Sistema del derecho romano actual, trad. esp., Madrid, 1879, t. 2, ps. 109 y s.

(nota 3) Véase un estudio muy completo de nuestra doctrina y jurisprudencia en el voto del doctor LLAMBÍAS in re “La Rosario c/Ministerio de Comunicaciones”, C. Civil Cap., Sala A, 3/12/1958, L.L., t. 93, p. 655.

(nota 4) Quien primero advirtió esta diferencia entre el art. 43 y su fuente y esgrimió el argumento a que aludimos en el texto, fue RIVAROLA, R., Instituciones del derecho civil argentino, t. 1, p. 35, nº 17. Más tarde se han fundado en esta consideración casi todos los juristas argentinos que se han ocupado del tema.

(nota 5) Véase nota anterior.

(nota 6) Naturalmente, todos los juristas que se han ocupado del tema han advertido que la jurisprudencia ha derogado el art. 43 Ver Texto , pero no lo dicen. Temen que la mera enunciación de esta verdad ponga en peligro el orden jurídico fundado en el respeto de la ley. Les ocurre lo que a CRUET, quien decía con ironía: Sí, es verdad que el desuso mata las leyes..., pero es preferible no decirlo. (La vie du droit et l'impuissance des lois). Hemos desarrollado con mayor prolijidad nuestro punto de vista sobre el art. 43 Ver Texto en nuestro voto in re "La Rosario c/Ministerio de Comunicaciones" (C. Civil Cap., Sala A, 3/12/1958, L.L., t. 93, p. 656).

(nota 7) C.S.N., 12/4/1910, Fallos, t. 113, p. 104.

(nota 8) C.S.N., 7/12/1921, J.A., t. 7, p. 513.

(nota 9) C.S.N., 22/9/1933, J.A., t. 43, p. 417, con nota de R. BIELSA.

(nota 10) C.S.N., 19/4/1937, J.A., t. 58, p. 20, y L.L., t. 9, p. 177.

(nota 11) C.S.N., 3/10/1938, L.L., t. 12, p. 122; íd., 4/5/1942, J.A., 1942-II, p. 760, L.L., t. 26, p. 691. En sentido concordante: C.S.N. 24/11/1941, L.L., t. 25, p. 581; C.S.N., 22/6/1976, L.L., t. 43, p. 367 y E.D., t. 70, p. 316; C.Fed. Cap., 19/4/1976, J.A., 1976-III, p. 98; Sup. Corte Buenos Aires, 2/6/1959, J.A., 1959-IV, p. 447. Véase nota jurisprudencial sobre responsabilidad del Estado por informes o certificaciones erróneas del Registro en E.D., t. 54, p. 397.

(nota 12) Un ejemplo frecuentísimo de la aplicación de esta teoría es la responsabilidad de los municipios por cambios de niveles de pavimentos. Sobre este tema, en el que hay una jurisprudencia copiosa, véase: LLAMBÍAS, J. J., Daños y perjuicios por cambio de nivel de las calles públicas, J.A., 1943-I, sec. doct., p. 86; ALSINA ATIENZA, La alteración de los niveles de las calles urbanas, J.A., 1942-IV, sec. doct., p. 57; íd., Daños y perjuicios por cambios de nivel de las calles públicas; conclusiones finales sobre el tema. J.A., 1943-III, p. 16; SPOTA, A. G., Responsabilidad de la administración pública por

alteración de los niveles urbanos, J.A., 1942-IV, p. 332; íd., Tratado, t. 1, vol. 3.4, ps. 648 y s., nº 1473 y s.

(nota 13) C.S.N., 3/9/1941, L.L., t. 24, p. 82 Ver Texto Ver Texto , con nota de R. BIELSA, y J.A., t. 75, p. 981, con nota de SPOTA; en el mismo sentido, y en un caso muy similar, véase el fallo de la C. 2ª Apel. Córdoba, L.L., t. 24, p. 459, con nota de A. ACUÑA ANZORENA.

(nota 14) Véase sobre todo este concepto, lo que decimos en Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. 2, nº 1375.

(nota 15) C.S.N., 13/6/1978, L.L., 1978-D, p. 75.

1117/11660

§ 12.— Responsabilidad penal (ver nota 1).

1117/706

706. LA CUESTIÓN DOCTRINARIA.— Uno de los grandes debates suscitados, en torno a las personas jurídicas, es el que se refiere a su responsabilidad penal. La polémica que en el siglo pasado tuvo sus sostenedores más autorizados y brillantes en SAVIGNY y GIERKE, se mantiene viva en nuestros días.

Los argumentos fundamentales sostenidos para negar la responsabilidad criminal de los entes de existencia ideal, son los siguientes:

a) El delito implica la idea de culpabilidad; por consiguiente, los entes ideales, que carecen de voluntad humana, no pueden cometerlo.

b) Los administradores o agentes son personas individualmente diversas de la persona jurídica y ligados a ella por un mandato; de donde resulta que los delitos cometidos por aquéllos no se pueden atribuir a la entidad sin violar el principio elemental del derecho penal que exige la identidad del delincuente y del condenado (véase nota del codificador al art. 43 Ver Texto).

707.— Estos argumentos nos parecen superficiales y carentes de realismo. No es verdad que las personas jurídicas no puedan cometer delitos. Veamos algunos ejemplos. Una sociedad anónima desea obtener la concesión de un servicio público y con ese objeto decide corromper a los legisladores y funcionarios que deben otorgarla. Para hacer efectivo el cohecho, se vale, naturalmente, de alguno de sus empleados; atribuir a éste la responsabilidad exclusiva del delito, es pueril. El hecho es cometido en beneficio de la entidad; las instrucciones han partido de los accionistas, anónimos e indeterminables, pero que tienen el gobierno efectivo de la entidad. Si el empleado elegido para concretar el cohecho se negara, siempre se encontrará uno que lo haga. Descubierto el delito, no bastará condenar al instrumento ejecutor para que los intereses tutelados por el derecho penal se den por satisfechos; será necesario castigar al verdadero delincuente, que es la entidad, imponerle una multa, quitarle la personería, dejar sin efecto la concesión. No hemos elegido, por cierto, un ejemplo puramente teórico, sino uno que con dolorosa frecuencia se ha repetido en los países del mundo entero. Otro caso: una sociedad comercial decide violar las leyes de agio. ¿La responsabilidad penal recaerá exclusivamente en el empleado que ha vendido mercadería a mayor precio que el fijado por la ley y se permitirá que la sociedad siga gozando de sus pingües e ilegítimas ganancias?

Más aún: en la sociedad capitalista moderna, las sociedades anónimas —cuyas ventajas y virtudes hemos destacado anteriormente— se han convertido en “testaferros” ideales para muchos negocios que podrían comprometer la responsabilidad personal del que los intenta. Castigar al empleado que ha sido instrumento del delito y que 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.

Es necesario admitir que, en el derecho contemporáneo, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es posible, justo y, a veces, indispensable (ver nota 2). De esa responsabilidad sólo deben quedar exentos el Estado y los órganos de la Administración Pública, puesto que es inconcebible que un órgano del Estado cometa un delito contra el mismo Estado (ver nota 3).

Digamos, para concluir, que la discusión doctrinaria ha quedado ya superada por la legislación. Mientras los juristas siguen disertando sobre el tema, el legislador, acuciado por las exigencias de la realidad social, ha reconocido en todos los países, con mayor o menor extensión, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

708. DERECHO POSITIVO ARGENTINO.— El principio general en nuestro derecho positivo es que las personas jurídicas carecen de responsabilidad penal. Así lo disponía expresamente el derogado artículo 43 Ver Texto ; y la solución se mantiene vigente no obstante su derogación, porque no hay responsabilidad penal sin texto expreso que la establezca (ver nota 4).

Sin embargo, algunas leyes posteriores la han establecido para casos especiales. La ley 12830 sobre agio, hoy derogada, autorizaba a someter a proceso y condenar a las personas jurídicas que violen sus disposiciones (arts. 4º , 6º , 9º y 10). También consagran esa responsabilidad: la ley de ferrocarriles 2872 (arts. 92 y 93) y su decreto reglamentario (art. 112); la ley 817 sobre inmigración y colonización (art. 41); las Ordenanzas de Aduana (art. 1028) y artículos 876 Ver Texto y 888 Ver Texto del Código Aduanero, con relación al delito de contrabando; la ley 3708 sobre defensa agrícola, etcétera.

La Corte Suprema ha admitido en numerosos pronunciamientos la existencia de esta responsabilidad (ver nota 5).

En el Proyecto de Código Penal elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso en 1951, se reconocía ampliamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El artículo 42 establece: Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los sujetos de derecho, con excepción de las personas jurídicas de existencia necesaria (en sentido concordante, véase art. 47).

1117/709

709. LEGISLACIÓN COMPARADA (ver nota 6).— Algunos países han acogido con toda amplitud la responsabilidad penal de los entes ideales. Tal es el caso de Cuba (Código de Defensa Social, art. 15); de Inglaterra, donde la Interpretation Act de 1889 declaró que en los estatutos relativos a delitos, la palabra “persona” comprende asimismo a las corporaciones, y la Criminal Justice Act, de 1948, prevé su procesamiento; de Nueva York y Canadá, cuyos códigos penales consagran idéntico principio (ver nota 7); de México (Cód. Pen., art. 11); de España (Cód. Pen. de 1928); de Marruecos español (Cód. Pen., art. 31).

En otros países el principio no se ha adoptado con carácter general, pero día a día son más numerosas las leyes que consagran la responsabilidad penal de estos entes. Al respecto, es muy ilustrativo lo que ha ocurrido en Francia, donde estas leyes especiales son muy importantes (ver nota 8).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: AFTALIÓN, E. R., Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, L.L., t. 37, p. 281; CUETO RÚA, J., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Rev. Col. Abog. Buenos Aires, 1944, t. 22, p. 633; MARTÍNEZ, J. A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Rev. Penal de La Habana, abril-mayo 1939, p. 97; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, L.L., t. 48, p. 1041, estudio que continúa en L.L., t. 48, p. 1106; VALEUR, R., La responsabilité penale des personnes morales dans les droits français et angloaméricain, París, 1931; GEBARA, A., La responsabilité penales des personnes morales en droit positif français, París, 1945; RICHIER, G., De la responsabilité penale des personnes morales, Lyon, 1943; MESTRE, A., Las personas morales y su responsabilidad penal, trad. esp., Madrid; BENGU, C. H., La responsabilité penale des groupements des pesonnes, Ginebra, 1941.

(nota 2) En apoyo de esta tesis recomendamos especialmente la magistral exposición, enfocada del punto de vista egológico, de AFTALIÓN, E. R., Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, L.L., t. 37, p. 281. Véase asimismo, CHICHIZOLA, La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, L.L. t. 109, p. 682.

(nota 3) Así lo dijo nuestra C.S.N., 20/12/1944, L.L., t. 37, p. 281. Véase, sin embargo, en el ámbito internacional, PELLA, V., La criminalidad colectiva de los Estados y el derecho penal del porvenir, trad. esp., Madrid, 1931.

(nota 4) En la nota al art. 43 Ver Texto , VÉLEZ hace una inteligente exposición del punto de vista de la teoría de la ficción en esta materia. Es claro que sus argumentos nos resultan hoy un tanto arcaicos, cuando no ingenuos, como ocurre con el ejemplo del funcionario municipal que comete un fraude con el fin de enriquecer la caja municipal. Si ese funcionario ha existido alguna vez, merecería ser eternamente recordado: porque lo que ocurre con indeseable frecuencia es precisamente lo contrario, o sea, que el funcionario defraude a la caja municipal para enriquecerse él.

(nota 5) Véase, especialmente, fallo del 20/12/1944, L.L., t. 37, p. 280; asimismo, fallo del 1/9/1938, Fallos, t. 184, p. 417; 6/12/1939; L.L., t. 16, p. 1013; 27/4/1945, L.L., t. 40, p. 449; 20/4/1945, L.L., t. 40, p. 453; etc.

(nota 6) Para un estudio muy interesante de la legislación comparada, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, L., La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho positivo, L.L., t. 37, p. 1106; y MARTÍNEZ, J. A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Rev. Penal de La Habana, abril-mayo 1939, p. 97; para el derecho anglo-americano, véase RICHIER, G., De la responsabilité penale des personnes morales, Lyon, 1943.

(nota 7) Sobre la legislación norteamericana, véase especialmente HANNO, A. J., *Sommes significant developments in criminal law and procedure in the last century*, *The Journal of Criminal Law*, noviembre-diciembre 1951, p. 432.

(nota 8) Véase los estudios citados en la nota 1106.

1117/11670

§ 13.— Fin de las personas jurídicas (ver nota 1)

1117/11680

A.— CAUSALES DE EXTINCIÓN

1117/710

710. ENUMERACIÓN.— En los artículos 48 Ver Texto y 49, el Código Civil establece las causales de extinción de las personas jurídicas. Estas normas rigen para las que necesitan autorización estatal para funcionar; las que no la necesitan se rigen por las leyes especiales, aunque siempre estos artículos son aplicables subsidiariamente si las leyes especiales no prevén el caso (véase núm. 718).

Las causales enumeradas en los artículos mencionados son las siguientes:

1117/711

711.— a) Por deliberación de sus miembros, aprobada por la autoridad competente (art. 48 Ver Texto , inc. 1º). El texto anterior decía aprobada por el gobierno, La ley 17711 , con más propiedad, habla de la autoridad competente, que puede ser el mismo Poder Ejecutivo u otra autoridad en la cual la ley delegue esta atribución. El inciso se refiere a las asociaciones y no a las fundaciones, ya que éstas no tienen miembros, sino simples administradores. Esta han sido criticada en cuanto exige la aprobación de la resolución adoptada por los miembros; se sostiene que debería bastar una determinación legítima

tomada de acuerdo con los estatutos y comunicada a la autoridad competente, para que la disolución tuviera plena validez, pues no es posible que la entidad subsista en contra de la voluntad de quienes la integran. En la práctica, la intervención de la autoridad competente en este caso es puramente formal y no se podría desconocer la resolución de los miembros, a menos que fuera ilegal o contraria a los estatutos.

Sin embargo, la ley 17711 mantuvo el requisito de la aprobación juzgando que es conveniente someter a contralor la decisión societaria de disolverse, precisamente para poder comprobar si esa decisión se ha tomado respetando la ley y los estatutos.

1117/712

712.— b) Por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la autorización (art. 48 Ver Texto , inc. 2º); desde luego, la transgresión o abuso debe tener una gravedad suficiente como para justificar una medida de tal trascendencia.

1117/713

713.— c) Por ser imposible el cumplimiento de los estatutos (art. 48 Ver Texto , inc. 2º, Cód. Civ., y art. 370 Ver Texto , inc. 4º, Cód. Com.).

1117/714

714.— d) Porque la disolución es necesaria o conveniente a los intereses públicos (art. 48 Ver Texto , inc. 2º). Se trata de una causal importantísima de disolución de las personas jurídicas. Se ha visto ya que una de las exigencias legales para la concesión de la personería jurídica es que tengan un fin de bien público (art. 33 Ver Texto , Cód. Civ.); por consiguiente, si sus actividades resultan contrarias al bien o a los intereses públicos, el Estado debe intervenir para retirar la personería. La facultad de apreciar y resolver si las actividades de una persona jurídica son o no contrarias a los intereses públicos, corresponde al Poder Legislativo y al Ejecutivo, aun cuando normalmente es el último el que la ejerce (sobre esta delicada cuestión, nos remitimos a los núms. 719 y sigs.).

1117/715

715.— e) Por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas (art. 48 Ver Texto , inc. 3º). Puesto que uno de los requisitos de la personería jurídica es la existencia de un patrimonio (art. 33 Ver Texto , Cód. Civ.), la conclusión de los bienes debe tener como

consecuencia necesaria el retiro de la personería. No es menester que se hayan concluido absolutamente todos los bienes; basta que no sean suficientes para mantenerla.

1117/716

716.— f) Muerte de sus miembros. La muerte de los miembros de una persona jurídica no es, en principio, causal suficiente para su disolución, aunque sea en número tal que quedaren reducidos a no poder cumplir con el fin de su institución (art. 49 Ver Texto , Cód. Civ.). Si ello ocurriera, pueden presentarse dos hipótesis: a) que los estatutos hubieran previsto esta posibilidad, en cuyo caso debe cumplirse lo dispuesto en ellos; b) que nada hubieran previsto; entonces, el Poder Ejecutivo puede seguir dos caminos: o bien disolver la entidad, o bien determinar el modo cómo debe hacerse la renovación de los socios (art. 49 Ver Texto). Por lo general debe preferirse la disolución cuando la existencia de la asociación esté vinculada de una manera muy estrecha con la persona de sus miembros fallecidos; caso contrario, lo razonable es que el Poder Ejecutivo fije las normas para la renovación de los asociados, lo que permitirá la subsistencia de la entidad. Es obvio decir que la intervención del Poder Ejecutivo no procede sino cuando el fallecimiento se haya producido en número tal que la asociación quedare reducida a no poder cumplir su fin (art. 49 Ver Texto); SALVAT sostiene, con razón, que esta disposición debe entenderse en el sentido de que la intervención del Poder Ejecutivo sólo procede en caso de que el deceso sea en número tal que coloque a la asociación en condiciones de no poder deliberar válidamente (ver nota 2).

Como puede advertirse, aunque la muerte de los socios no es una causal de disolución ipso jure de la persona jurídica, puede llegar a serlo si así lo dispusieran los estatutos o, en su caso, el Poder Ejecutivo.

1117/717

717.— g) Aunque el Código Civil no lo haya dispuesto, deben considerarse asimismo causales suficientes de disolución las circunstancias de que haya dado cumplimiento total al objeto para el cual fue creada la institución, o que haya expirado el término de su duración, si en los estatutos se estableció un plazo fijo. En realidad, la disolución en estos casos sería una consecuencia de lo establecido en los propios estatutos. En materia de sociedades, estas causales de disolución han sido expresamente admitidas por el artículo 94 Ver Texto , ley 19550.

1117/718

718.— Las causales de disolución establecidas en el Código Civil ¿se aplican a las sociedades mercantiles y, particularmente, a las sociedades anónimas? La opinión negativa ha sido sostenida en nuestro derecho, sobre todo por CÁMARA (ver nota 3), basándose en que el régimen de las sociedades anónimas está previsto en el Código de Comercio (actualmente en la Ley de Sociedades) y que, por consiguiente, son estas normas y no las del Código Civil las que deben aplicarse. Pero la opinión contraria, que sostiene que las normas del Código Civil son aplicables subsidiariamente a la disolución de las sociedades anónimas, ha prevalecido francamente en la doctrina (ver nota 4) y ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia judicial (ver nota 5) y administrativa (ver nota 6). La cuestión tiene fundamental importancia sobre todo en lo que atañe a la facultad del Poder Ejecutivo de retirar la personería jurídica si ello fuere necesario o conveniente a los intereses públicos, causal que está prevista en la ley civil, pero no en la mercantil.

1117/11690

B.— PODER QUE INTERVIENE EN EL RETIRO DE LA PERSONERÍA JURÍDICA (ver nota 7)

1117/719

719. RÉGIMEN LEGAL.— El retiro de la personería jurídica es una facultad propia del Poder Ejecutivo, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 48 Ver Texto y 49 del Código Civil y 318 Ver Texto y 370 Ver Texto del Código de Comercio (en sentido concordante, véase ley 3727, art. 11 , inc. 8º, y ley 13529, art. 15 , inc. 7º, que atribuyen competencia al Ministerio de Justicia para intervenir en la concesión y retiro de la personería jurídica).

Sin duda alguna, la extinción de estas entidades podría ser dispuesta también por ley del Congreso, pero tal hipótesis es excepcional. Lo normal es que esta potestad sea ejercida por el Ejecutivo.

1117/11980

719 bis. RECURSO ANTE EL PODER JUDICIAL DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA.— El Código Civil no había previsto recurso alguno contra la decisión administrativa, pero la Corte Suprema resolvió el problema con prudencia y acierto. Decidió que cuando el Ejecutivo obra en uso de facultades que son discrecionales y que la ley ha dejado libradas a su prudente arbitrio, sus decisiones no son revisables judicialmente. Tal ocurriría si el Poder Ejecutivo considera que la disolución de la entidad

es necesaria o conveniente a los intereses públicos (art. 48 Ver Texto , inc. 2º, Cód. Civ.). En tales casos, dijo el Alto Tribunal, el juicio del Ejecutivo es de prudencia política y administrativa, eminentemente circunstancial, y no podría admitirse contra él un recurso jurisdiccional, porque ello importaría sustituir la discrecionalidad del Poder Ejecutivo por la de los jueces, desnaturalizando la función de éstos (ver nota 8).

En cambio, es necesario admitir una solución distinta si se tratara de una causal de nulidad respecto de la cual no cabe una apreciación discrecional, sino que basta una mera verificación para comprobar si se ha producido o no el supuesto legal. Así, por ejemplo, si el retiro de la personería por el Poder Ejecutivo se fundara en que se ha extinguido el patrimonio de una asociación, ésta tiene derecho a demostrar que no es así. La procedencia de un recurso ante el Poder Judicial, en tales casos, surge del mismo fallo ya citado de la Corte Suprema, en que dijo que las facultades del Ejecutivo no son arbitrarias y que cuando producen “una lesión a derechos individuales o atentan contra las garantías acordadas por la Constitución 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” (ver nota 9).

La ley 17711 ha consagrado este sistema, precisándolo. El nuevo artículo 48 Ver Texto , in fine, reconoce contra la decisión del Poder Ejecutivo los recursos de ilegitimidad y arbitrariedad. El primero se refiere al control de la legitimidad propiamente dicha, como ocurriría si la decisión administrativa se funda en la pérdida del capital y se demuestra que el capital se mantiene intacto; o bien en cantidad suficiente para permitir el funcionamiento de la entidad; el recurso de arbitrariedad alude al campo en el cual la autoridad administrativa actúa discrecionalmente y según su prudente criterio, como es apreciar si las actividades de la entidad son contrarias a los intereses públicos. En este supuesto, los jueces no pueden revocar la decisión del Poder Ejecutivo, a menos que ella sea manifiestamente arbitraria.

Es necesario notar que el artículo 48 Ver Texto , al establecer estos recursos, no sólo se refiere al retiro de la personería jurídica, sino también a la intervención de ella por la autoridad competente. Se legitima así, sujetándola al contralor judicial, una atribución del Poder Ejecutivo que la práctica ha impuesto.

Hay que agregar que el artículo 48 Ver Texto , in fine, otorga al juez ante el cual se ha planteado el recurso, la facultad de disponer la supresión provisional de los efectos de la decisión recurrida. El juez hará uso de esa facultad cuando la ilegitimidad o arbitrariedad de la decisión administrativa aparezca prima facie como notoria o cuando el retiro de la personería pueda producir daños irreparables.

Pero en principio la decisión administrativa produce efectos inmediatos, sin perjuicio de la tramitación del recurso judicial y de la ulterior reparación de los daños, si la decisión fuera revocada.

720. CRÍTICA AL RÉGIMEN LEGAL Y RÉPLICA.— La solución de nuestra ley, que pone en manos del Poder Ejecutivo la facultad de retirar la personería, ha sido objeto de vivas críticas. Se sostiene que las personas jurídicas sólo pueden ser disueltas por las causales establecidas en la ley; que los órganos naturales de interpretación de la ley son los jueces y que, por consiguiente, a ellos les compete decidir si ha llegado o no el caso previsto por aquélla; que entregar esa facultad al Ejecutivo significa poner la vida y el patrimonio de los entes morales en manos de un poder político que no ofrece ninguna garantía de ecuanimidad y justicia, lo que implica instaurar la inseguridad en su régimen legal (ver nota 10). La mayor concesión que han hecho algunos de los autores que sostienen este punto de vista es reconocer al Ejecutivo la posibilidad de proceder al retiro de la personería jurídica, pero sujeta esta decisión, en todos los casos, a un recurso de revisión ante el Poder Judicial (ver nota 11).

Si duda alguna, es plausible el propósito de asegurar a las personas jurídicas las garantías de seguridad y ecuanimidad que ofrece el juzgamiento judicial. Pero de ahí a negar al Ejecutivo la intervención que le corresponde en el contralor de las personas jurídicas y, llegado el caso, en el retiro de su personería, hay una gran distancia. Muchas veces, el retiro de la personería deber ser hecho con urgencia, para evitar daños a terceros e, incluso, a los intereses públicos; si sólo pudiera adoptar esta resolución el Poder Judicial, no podría llegar a ella sino después de un largo pleito, durante cuya tramitación la persona jurídica seguirá actuando no obstante la violación de la ley, de sus estatutos y de los perjuicios públicos que de su actuación pueden resultar. Más aún: en algunos casos, las causales de disolución no son susceptibles de ser valoradas por los jueces; es lo que ocurre con la establecida en el artículo 48 Ver Texto , inciso 2º, in fine, del Código Civil: cuando la disolución de la entidad fuera necesaria 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 complejísimos problemas económicos contemporáneos; por lo demás, es inadmisibles 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.

Esto no significa, sin embargo, que el Poder Ejecutivo pueda actuar arbitrariamente. De ahí que si la causal de disolución fuere de tal índole que no requiriese una apreciación discrecional, sino que bastara una simple comprobación de circunstancias de hecho para averiguar si se ha dado o no la hipótesis de disolución, cabe admitir un recurso ante el Poder Judicial. De ahí también que el ejercicio evidentemente abusivo de sus facultades discrecionales por el Poder Ejecutivo hará viable la revisión judicial, pues de lo contrario le bastaría invocar sus facultades discrecionales para escapar al contralor de la legitimidad de sus actos (ver nota 12).

1117/11700

C.— EFECTOS DEL RETIRO DE LA PERSONERÍA

1117/721

721. DISOLUCIÓN DE LA ENTIDAD.— El retiro de la personería jurídica produce la disolución de la entidad, que no podría subsistir ya ni como simple asociación (ver nota 13).

1117/722

722. LIQUIDACIÓN PATRIMONIAL.— Producido el retiro de la personería jurídica, puede ocurrir que sea necesario liquidar el patrimonio, pagar deudas, distribuir los bienes entre los socios o accionistas. Si los bienes son importantes, el proceso de liquidación suele ser prolongado. Durante todo el tiempo que dure ese proceso, es necesario admitir la subsistencia de la personería, al solo efecto de la liquidación de los bienes (arg. arts. 1777 Ver Texto , Cód. Civ., y 435 Ver Texto , Cód. Com.) (ver nota 14). Esta solución, que es una exigencia de las necesidades prácticas, ha sido establecida expresamente por el Código Civil alemán (art. 49).

1117/723

723. DESTINO DE LOS BIENES (ver nota 15).— Extinguida una persona jurídica, se presenta el problema del destino de los bienes que constituían su patrimonio. Es necesario distinguir dos hipótesis:

a) Si los estatutos hubieran previsto la eventualidad, los bienes tendrán el destino dispuesto en ellos (art. 50 Ver Texto , Cód. Civ.);

b) Si los estatutos nada hubieran previsto, el artículo 50 Ver Texto dispone que los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados a los objetos que disponga el Cuerpo Legislativo, salvo todo perjuicio a tercero y a los miembros existentes de la corporación. Esta disposición debe entenderse de la siguiente manera: si las asociaciones no persiguieran fines lucrativos, sus bienes deben considerarse vacantes; si, por el contrario, tuvieran fines de lucro, deben distribuirse entre los socios, en proporción a sus respectivas participaciones. Este es el sentido que cabe atribuir a la expresión salvo los derechos de los miembros, a que alude el artículo 50 Ver Texto , in fine (ver nota 16).

Es obvio que antes de distribuir los bienes entre los socios o darles el destino que corresponde a los bienes vacantes, es preciso pagar las deudas que la entidad tuviere con terceros (art. 50 Ver Texto in fine).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 939, véase BORDA, G. A., Intervención del Poder Ejecutivo en el retiro de la personería jurídica, Rev. Facultad de Derecho de Buenos Aires, septiembre-octubre 1949, ps. 1173, y s.; BARCIA LÓPEZ, A., Extinción de la personalidad jurídica de las corporaciones y de las sociedades anónimas por exclusiva voluntad del P.E., J.A., t. 43, p. 827; CÁMARA, H., Disolución de la sociedad anónima por retiro de la autorización gubernativa, Rev. Jurídica de Córdoba, enero-marzo 1949, p. 125; CALANDRELLI, A., El retiro de la personería jurídica, Rev. Arg. de Ciencias Políticas, junio de 1913.

(nota 2) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1295.

(nota 3) CÁMARA, H., Disolución de la sociedad anónima por retiro de la autorización gubernativa, Rev. Jurídica de Córdoba, enero-marzo 1949, ps. 125 y s.; SALVAT, Parte General 6ª ed., n° 1282.

(nota 4) SEGOVIA, Código de Comercio, t. 1, p. 423, n° 1366, y p. 362, n° 1156; MALAGARRIGA, Código de Comercio Comentado, t. 2, p. 302; FERNÁNDEZ, R. M., Código de Comercio Comentado, t. 1, vol. 2, p. 613; CÁRPENA, F. (h.), Facultades del Poder Ejecutivo en la constitución y disolución de las sociedades anónimas, Buenos Aires, 1938, p. 13; BUSSO, t. 1, coment. arts. 48 y 49, n° 9.

(nota 5) Sup. Corte Tucumán, 12/7/1945, L.L., t. 39, p. 242.

(nota 6) Véase, sobre todo, el decreto 9997/1948, por el que se disolvió a las sociedades anónimas que formaban el grupo Bemberg (Boletín Oficial, 9/4/1948).

(nota 7) BIBLIOGRAFÍA: Véase la citada en nota 1109; además, CÁRPENA, F. (h.), Facultades del Poder Ejecutivo en la constitución y disolución de las sociedades anónimas, Buenos Aires, 1938.

(nota 8) C.S.N., 7/12/1945, L.L., t. 42, p. 882. Advirtamos que el caso resuelto no se refería al retiro de la personería jurídica, sino a una negativa de autorización para la transformación de una sociedad anónima, negativa que el P.E. fundó en que su objeto era contrario a los intereses públicos. Es obvio que lo resuelto por la Corte es enteramente aplicable al caso en que se procede al retiro de la personería por ser necesario o conveniente a los intereses públicos. En el mismo sentido: Trib. Sup. de Córdoba, Comercio y Justicia, año IX, n° 3037 y 3067, cit. por CÁMARA, op. cit., Rev. Jurídica de Córdoba, enero-marzo 1949, p. 143, nota 43; Sup. Corte Buenos Aires, 26/9/1933, J.A., t. 43, p. 827.

(nota 9) C. S. N., 7/12/1945, L.L., t. 42, p. 888, en el que se remite al fallo publicado en Fallos, t. 185, p. 159. en que se sentó esta doctrina.

(nota 10) Véase especialmente BARCIA LÓPEZ, A., Extinción de la personalidad jurídica de las corporaciones y de las sociedades anónimas por exclusiva voluntad del Poder Ejecutivo, J.A., t. 43, p. 827; en el mismo sentido, CALANDRELLI, El retiro de la personería jurídica, Rev. Arg. de Ciencias Políticas, junio de 1913, p. 265.

(nota 11) BIELSA, R., Prólogo a El derecho de las asociaciones, de PÁEZ, p. XVI; SPOTA, t. 1, vol. 3.1, n° 196, y t. 1, vol. 3.4, p. 235 y nota 40, y n° 1544. En ésta la solución que acogió el Proyecto de 1936, art. 90, inc. 3°.

(nota 12) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, n° 1200.

(nota 13) Así lo resolvió el Poder Ejecutivo por decreto 117858, del 30/10/1937, en que se denegó el pedido de una logia masónica que resolvió por unanimidad pedir el retiro de su personería jurídica, reclamando al mismo tiempo se la restableciera en su carácter de simple asociación que tenía antes de que gestionara y obtuviera la personería jurídica. El Ejecutivo dispuso que tal pretensión no podía prosperar y consideró vacantes los bienes. En el mismo sentido: C. Civil 1ª Cap., Jur. Trib. Nac., 1911, p. 121; íd., Jur. Trib. Nac. 1914, p. 190, fallos citados por PÁEZ, El derecho de las asociaciones, 2ª ed., n° 234, nota 24; C. Civil 2ª Cap., 17/5/1935, J.A., t. 52, p. 530; L.L., t. 1, p. 604. De acuerdo con ese criterio: PÁEZ, op. y loc. cit.; BUSSO, t. 1, coment. arts. 48 y 49, n° 43.

(nota 14) De acuerdo: GOROSTIAGA, N., Consecuencia de la extinción de las personas jurídicas, Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, 1932, t. 10, ps. 20 y s.; BUSO, t. 1, coment. art. 50, n° 8 y s.; MICHOU, La théorie de la personnalité morale, 3ª ed., t. 2, n° 383; FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, n° 138; la jurisprudencia francesa es unánime en este sentido (véase MICHOU, loc. cit., nota 1). En contra: C. Civil 2ª Cap., 25/11/1935, L.L., t. 1, p. 604.

(nota 15) BIBLIOGRAFÍA: DOBRANICH, Retiro de la personería jurídica (sus efectos), Rev. del Círculo de Escribano, n° 5, 1920, ps. 40, y s.; SERBESCO, S., La devolution des biens des personnes morales disparus, París, 1920; HEBRARD, F., Du sort des biens d'une association en cas de dissolution, París, 1902.

(nota 16) De acuerdo: BUSO, t. 1, coment. art. 50; MACHADO, t. 1, p. 111, nota al art. 50; ARAUZ CASTEX, n° 887. Comp.: LLAMBÍAS, t. 2, n° 1207.

1117/11710

§ 14.— Simples, asociaciones sin personería jurídica (ver nota 1)

1117/724

724. EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL ANTES DE LA REFORMA.— El concepto de asociación es independiente de la personería jurídica. Esta le sirve, es verdad, para llenar con más eficacia sus fines; pero muchas veces le será innecesaria. De ahí que la asociación puede existir sin personería jurídica. Y las hay en cantidades muy numerosas: clubes sociales o deportivos, peñas literarias o musicales, círculos, ateneos, cooperadoras, etcétera. Sólo cuando la entidad adquiere importancia, cuando el patrimonio común es valioso, surge la necesidad de procurarse la personería.

Entretanto es preciso establecer con claridad cuál es el status jurídico de las asociaciones que no han obtenido la personería. El originario artículo 46 Ver Texto contenía una vaga referencia al problema, al decir que las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones, civiles, comerciales o religiosas, según sea el fin de su instituto.

¿Podían estas entidades considerarse como sujetos de derecho? Ninguna disposición permitía afirmarlo; por el contrario, al hablarse de asociaciones que no tienen existencia como personas jurídicas, parecía claramente implícito que no se les reconocía el carácter de sujeto de derecho; porque persona jurídica y sujeto de derecho son conceptos que se confunden. Por lo tanto, al decir la ley que no tenían personería jurídica —y decirlo sin ninguna salvedad— se estaba afirmando que no eran sujetos de derecho.

Esta lógica no ofrecía resquicios; pero muchas veces la más estricta lógica no se compagina con las exigencias de la vida jurídica. Ocurría a veces que un empleado u obrero de estas entidades era despedido; ¿debía dividir su acción entre los ciento o miles de asociados y seguir un pleito contra cada uno de ellos? ¿Los terceros de buena fe que han contratado con la asociación, también debían hacer lo mismo?

Los Tribunales se encontraron así ante situaciones que estaban pidiendo a voces una solución que permitiera resolver el problema sobre una base de justicia. Así fue como algunos fallos, cada vez más frecuentes, les reconocieron a estas entidades capacidad para contratar (ver nota 2) y para estar en juicio como actor o demandado (ver nota 3); vale decir, se les reconocía aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones (lo que lleva implícito el reconocimiento de un patrimonio propio) y para defenderse judicialmente. En otras palabras, se admitió que eran sujetos de derecho, personas jurídicas.

1117/725

725. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 46.— Como hemos visto en el párrafo anterior, éste era otro caso en el que la ley marchaba en una dirección y la jurisprudencia en otra. Era necesaria la reforma del artículo 46 Ver Texto , no sólo para consagrar la jurisprudencia en lo que ella respondía a una verdadera necesidad social, sino también para fijar con claridad qué tipo de sujeto de derecho es éste y cómo se distingue de las asociaciones con personería jurídica otorgada por el Estado.

Respondiendo a esta necesidad, la ley 17711 agregó al artículo 46 Ver Texto nuevas disposiciones que definen y clarifican aquellos problemas.

El nuevo texto legal distingue dos situaciones diferentes:

a) Asociaciones sin personería otorgada por autoridad competente, cuya constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumento privados de autenticidad certificada por escribano público. Estas asociaciones son sujetos de derecho y se les aplican las normas de la sociedad civil (art. 46 Ver Texto).

Hay pues una diferencia muy importante entre estas entidades y las asociaciones con personería jurídica otorgada por el Estado. En el primer caso, los socios responden mancomunadamente por las deudas societarias (arts. 1713 Ver Texto y 1714, aplicables al caso conforme a la remisión del art. 46 Ver Texto , in fine), en tanto que en el segundo no son responsables. Como puede apreciarse, la separación entre la entidad y los asociados es completa y tajante cuando el Estado otorga la personería, lo que no ocurre en el supuesto contrario (ver nota 4).

b) Las asociaciones sin personería, que no han cumplido con el requisito de constituir la entidad y asentar el acta de designación de autoridades en escritura pública o en instrumento privado de autenticidad certificada por escribano. En este caso, no hay sujeto de derecho. Y la responsabilidad por los actos hechos a nombre de la asociación recae solidariamente sobre todos sus fundadores y administradores (art. 46 Ver Texto).

Esa responsabilidad tiene carácter obligatorio, y pesa sobre los miembros fundadores y sobre los administradores. Se explica que así sea, porque la ley ha querido que esa responsabilidad recaiga sobre quienes debían cumplir con el recaudo de la escrituración o certificación notarial del acto de constitución de la entidad y designación de autoridades.

En cuanto a los asociados no administradores ni fundadores tienen una responsabilidad meramente mancomunada. Esta surge del apartado final de este artículo, que dispone la aplicación supletoria de las reglas de la sociedad civil, que precisamente establecen aquella responsabilidad.

De todo lo dicho surge que hay en nuestra legislación tres tipos de asociaciones: a) las del artículo 33 Ver Texto , con personería otorgada por el Estado, en las cuales la separación entre la entidad y sus miembros, sean o no administradores, es completa; b) las del artículo 46 Ver Texto , si han sido constituidas por escritura pública o por instrumento privado de autenticidad certificada por escribano; y c) las del artículo 46 Ver Texto que han cumplido estos requisitos formales.

1117/726

726.— La responsabilidad a que alude la ley no sólo se refiere a los contratos celebrados con terceros, sino también a las consecuencias de los hechos ilícitos de sus administradores y a los daños ocasionados por sus dependientes o las cosas de su propiedad o que están bajo su guardia. En efecto, el artículo 1720 Ver Texto , nueva redacción, relativo a las sociedades y aplicable por tanto a estas entidades (art. 46 Ver Texto , in fine), remite a las reglas generales de los artículos 43 Ver Texto y 1113 Ver Texto .

1117/727

727.— Cabe preguntarse por qué la ley atribuye importancia tan fundamental al requisito formal del asiento de la constitución y designación de autoridades en escritura pública o instrumento privado certificado por escribano. La idea es procurar que los estatutos de la entidad y la designación de autoridades queden asentados de modo fehaciente. Ello permitirá atribuir y deslindar responsabilidades no sólo de los asociados entre sí, sino, y muy particularmente, respecto de terceros.

1117/728

728.— La exigencia formal no es aplicable solamente al acta de constitución y a las primeras autoridades, sino también a toda modificación de los estatutos o reglamentos y a la renovación de las autoridades. Sólo así se cumple con el objetivo de la ley al que nos referimos en el párrafo anterior. Pero cabe preguntarse qué ocurre si habiéndose cumplido los primeros requisitos, se omite luego asentar en legal forma las modificaciones de los estatutos o las nuevas autoridades. Pensamos que el cumplimiento de aquellas primeras formalidades confiere a la asociación el carácter de sujeto de derecho, y ese carácter no se pierde por las ulteriores omisiones. Pero la modificación de los estatutos no podrá oponerse a terceros, ni las autoridades originarias serán liberadas de sus responsabilidades mientras no se hagan los asientos que marca la ley; ello sin perjuicio de la responsabilidad concurrente de las nuevas autoridades, que no pueden quedar liberadas por el incumplimiento de una formalidad que ellas tienen el deber de hacer cumplir.

1117/729

729. OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LOS ADMINISTRADORES A SU PROPIO NOMBRE.— Puede ocurrir que uno de los socios o administradores haya contraído la obligación a nombre propio, pero para beneficio de la asociación. Se trata de una gestión de negocios; el gestor queda personalmente obligado frente al tercero contratante (art. 2305 Ver Texto), salvo que la asociación ratifique la gestión, en cuyo caso el gestor adquiere el carácter de mandatario (art. 2304 Ver Texto) y, por lo tanto, queda eximido de responsabilidad personal. Claro está que si el tercero ignoraba que el gestor actuaba por la asociación y contrató teniendo en mira su solvencia personal o moral, el gestor será responsable solidario con la asociación.

1117/730

730-731. OBLIGACIONES INDIVISIBLES.— Si la obligación fuera indivisible, los administradores y coasociados son responsables por el todo. Por consiguiente, aunque se tratara de las asociaciones sujetos de derecho, el tercero puede demandar por el total a cualquiera de los administradores o socios. Tal es, por ejemplo, el caso de una demanda en la que se persigue la realización del sorteo de una rifa a beneficio de la institución (ver nota 5).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: PÁEZ, El derecho de las asociaciones, 2ª ed., ps. 471 y s.; íd., Derecho asociacional, L.L., t. 23, p. 526; BUSSO, Código Civil Anotado, t. 1, coment. art. 46; HERRÁN, C. M., Sociedades y asociaciones sin personalidad jurídica, J.A., t. 68, sec. doct., p. 108; MARGAT, M. R., De la condition juridique des associations non déclarées, Revue Trimestrielle, 1905; RUBINO, D., Las asociaciones no reconocidas, trad. esp., Madrid.

(nota 2) 1ª Inst. Cap., 11/4/1939, L.L., t. 15, p. 434; C. Civil 2ª Cap., 28/11/1930, J.A., t. 34, p. 875; Sup. Corte Buenos Aires, 17/7/1954, L.L., t. 75, p. 769; Just. Paz Mendoza, 29/9/1941, Rep. L.L., t. 5, Asociaciones, sum. 3; C. Apel. 1ª Mercedes, 18/4/1963, J.A., 1963-IV, p. 57. En el mismo sentido: SPOTA, t. 1, vol. 3.1, p. 790, n° 1524, y t. 1, vol. 3.4, p. 94, n° 614; LLAMBÍAS, t. 2, n° 1254.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 6/12/1957, L.L., t. 91, p. 611; C. Civil 1ª Cap., 29/3/1933, J.A., t. 41, p. 370; C. Civil 2ª Cap., 23/7/1924, J.A., t. 13, p. 500; 1ª Inst. Cap., 11/4/1939, L.L., t. 15, p. 434; Sup. Corte Buenos Aires, 17/7/1954, L.L., t. 75, p. 769; Trib. Trab. n° 2, La Plata, 16/10/1950, L.L., t. 63, p. 455; J.A., 1951-IV, p. 274; Trib. Trab. n° 4, Avellaneda, 27/8/1952, L.L., t. 68, p. 503; C. Nac. Bahía Blanca, 4/9/1953, L.L., t. 73, p. 452; C. Nac. Apel. Paraná, 30/12/1953, J.A., 1954-II, p. 98 (en este caso era actora).

(nota 4) No es justa por lo tanto la crítica de LEZANA, quien dice que no hay diferencias entre las asociaciones del art. 46 Ver Texto y las que gozan de personería jurídica otorgada por el Estado (Las simples asociaciones después de la reforma del art. 46 del Código Civil, L.L., t. 131, p. 1290).

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 5/8/1937, L.L., t. 7, p. 1031.