

María del Carmen González Piano
Walter Howard · Karina Vidal · Carlo Bellin

Manual de Derecho Civil



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY

María del Carmen González Piano · Walter Howard
Karina Vidal · Carlo Bellin

Manual de Derecho Civil

La publicación de este libro fue realizada con el apoyo de la Comisión Sectorial de Enseñanza (CSE) de la Universidad de la República.

© M^a del Carmen González Piano, Walter Howard, Karina Vidal, Carlo Bellin. Facultad de Ciencias Económicas y Administración

© Departamento de Publicaciones, Unidad de Comunicación de la Universidad de la República (UCUR)

José Enrique Rodó 1827 - Montevideo CP: 11200

Tels.: (+598) 2408 5714 - (+598) 2408 2906

Telefax: (+598) 2409 77 20

www.universidadur.edu.uy/bibliotecas/dpto_publicaciones.htm

infoed@edic.edu.uy

ISBN: 978-9974-0-0774-1

Contenido

| | |
|--------------|---|
| Prólogo..... | 9 |
|--------------|---|

Parte I Introducción

| | |
|---|----|
| Capítulo 1. Concepto de Derecho..... | 15 |
| Capítulo 2. Norma jurídica..... | 21 |
| Capítulo 3. Fuentes del Derecho..... | 23 |
| Capítulo 4. Interpretación, integración y aplicación del Derecho..... | 29 |
| Capítulo 5. Concepto y contenido del Derecho privado en general y del Derecho civil en particular..... | 41 |
| Capítulo 6. Sujeto y objeto de los derechos..... | 45 |
| Capítulo 7. Hechos constitutivos y extintivos de las relaciones jurídicas..... | 47 |
| Capítulo 8. Forma y prueba de los actos jurídicos..... | 51 |
| Capítulo 9. Representación en los actos jurídicos..... | 53 |
| Capítulo 10. Influencia del tiempo en el Derecho..... | 55 |
| Capítulo 11. Irregularidad de los actos jurídicos..... | 59 |
| Preguntas referidas a la «Introducción»..... | 61 |
| Bibliografía de la parte I..... | 62 |

Parte II Personas

| | |
|--|-----|
| Capítulo 1. Concepto de persona..... | 65 |
| Capítulo 2. Comienzo de la personalidad de las personas físicas..... | 71 |
| Capítulo 3. Fin de la personalidad de las personas físicas..... | 79 |
| Capítulo 4. Nombre..... | 83 |
| Capítulo 5. Domicilio..... | 101 |
| Capítulo 6. Estado civil..... | 121 |
| Capítulo 7. Capacidad e incapacidad..... | 137 |
| Capítulo 8. Institutos de protección de los incapaces..... | 141 |
| Capítulo 9. Personas jurídicas..... | 169 |
| Preguntas referidas a «Personas»..... | 172 |
| Bibliografía de la parte II..... | 174 |

Parte III

Bienes y modos de adquirir

| | |
|--|-----|
| Capítulo 1. Patrimonio | 179 |
| Capítulo 2. Los bienes considerados en sí mismos..... | 191 |
| Capítulo 3. Los bienes en relación con sus titulares | 197 |
| Capítulo 4. El derecho de propiedad en general | 201 |
| Capítulo 5. Derecho de usufructo, uso y habitación | 211 |
| Capítulo 6. Servidumbre..... | 223 |
| Capítulo 7. Posesión | 227 |
| Capítulo 8. Reivindicación..... | 237 |
| Capítulo 9. Modos de adquirir..... | 247 |
| Preguntas referidas a «Bienes» | 301 |
| Preguntas referidas a «Modos de adquirir»..... | 302 |
| Bibliografía de la parte III | 303 |

Parte IV

Obligaciones

| | |
|---|-----|
| Capítulo 1. Concepto de obligación..... | 307 |
| Capítulo 2. Elementos de la obligación..... | 309 |
| Capítulo 3. Fuentes de las obligaciones..... | 313 |
| Capítulo 4. El contrato..... | 315 |
| Capítulo 5. Formación de los contratos..... | 325 |
| Capítulo 6. Requisitos esenciales para la validez de los contratos..... | 331 |
| Capítulo 7. Efectos jurídicos de los contratos..... | 349 |
| Capítulo 8. Interpretación de los contratos..... | 357 |
| Capítulo 9. Cuasicontratos..... | 361 |
| Capítulo 10. Delitos y cuasidelitos | 367 |
| Capítulo 11. Clases y modalidades de las obligaciones..... | 379 |
| Capítulo 12. Protección legal a los acreedores..... | 393 |
| Capítulo 13. Incumplimiento de las obligaciones | 403 |
| Capítulo 14. Transmisión de las obligaciones | 421 |
| Capítulo 15. Extinción de las obligaciones | 425 |
| Capítulo 16. Prueba de las obligaciones..... | 447 |
| Preguntas referidas a «Obligaciones» | 456 |
| Bibliografía de la parte IV | 460 |

Parte V
Contratos

| | |
|--|-----|
| Capítulo 1. Compraventa..... | 463 |
| Capítulo 2. Permuta..... | 473 |
| Capítulo 3. Arrendamientos..... | 477 |
| Capítulo 4. Sociedad civil..... | 485 |
| Capítulo 5. Mandato..... | 489 |
| Capítulo 6. Préstamo..... | 493 |
| Capítulo 7. Contratos de garantía..... | 501 |
| Preguntas referidas a «Contratos»..... | 517 |
| Bibliografía de la parte V..... | 518 |

Prólogo

La obra que a continuación se desarrolla viene a llenar una laguna bibliográfica de entidad para los estudiantes de la asignatura Derecho civil, incorporada en el Plan de Estudios de la Facultad de Ciencias Económicas y Administración en el primer año de la carrera universitaria.

Se trata, de acuerdo a lo que se habrá de ver, de un *Manual* que los va a dotar de un instrumento que facilitará los estudios de la materia, que fue realizada por algunos de los docentes encargados de impartirla y que cubre con la adecuada profundidad los diversos tópicos que se contienen en ella.

Como es sabido, la asignatura a la cual está destinada esta obra es la primera de contenido jurídico a la que se ven enfrentados los alumnos en la carrera universitaria y la que les posibilita obtener los conceptos jurídicos básicos, así como familiarizarse con el lenguaje técnico-jurídico. De modo que, la obra que se prologa les va a conferir las herramientas necesarias para su más adecuado desenvolvimiento en el terreno jurídico-civil, permitirá en lo inmediato el abordaje de asignaturas más específicas dentro del área del Derecho y en lo mediato un más apropiado desenvolvimiento profesional tanto a nivel individual, como en la integración de equipos multidisciplinarios de actuación.

En lo referido a la fundamentación inmediata, además de lo ya dicho, se procura que el estudiante pueda iniciarse en el conocimiento de los temas jurídicos, que va a desarrollar y profundizar en materias que debe cursar en años posteriores de la carrera. Precisamente con la obra se persigue que el estudiante alcance un conocimiento —aun cuando más no sea básico— de los conceptos del Derecho civil, y pueda efectuar un adecuado análisis técnico-normativo, de forma de abordar con mayores facilidades y provecho asignaturas con una especialización mayor, tanto dentro del área jurídica (Derecho comercial, Derecho tributario, Derecho público, Derecho laboral, etcétera) como las que también se encuentran vinculadas al área social (Sociología, entre otras).

En lo que dice relación con la fundamentación mediata, cabe señalar que se aspira a que con sus conocimientos de Derecho civil, el estudiante, luego de superada la instancia universitaria y al ingresar en el mundo laboral, adquiera un desempeño fluido, no sólo en el ejercicio libre de la profesión para la cual se ha capacitado, sino además que su actividad pueda orientarse hacia otras áreas, como por ejemplo, efectuando tareas de asesoramiento técnico como perito, tanto en el ámbito extrajudicial como judicial, en procesos concursales y pericias contables, desarrollando su actividad individualmente o como integrante de equipos multidisciplinarios asistiendo a la labor jurisdiccional.

Como se verá, se trata de una obra destinada de forma exclusiva para los estudiantes que cursan las aludidas carreras, y ello es evidente en tanto procurar el desarrollo profundo de los temas afrontados en aproximadamente 400 páginas aparece como del todo imposible. Adviértase, en este rumbo, que mientras la materia en la Facultad de Ciencias Económicas cubre un semestre, en la Facultad de Derecho dichos temas ocupan tres años de las carreras de Abogacía y Notariado.

Por lo demás, la denominación de *Manual* y la extensión de la obra se justifican en la medida en que lo que se procura es que los estudiantes de Ciencias Económicas obtengan un conocimiento general de las principales instituciones que se disciplinan en el ordenamiento civil uruguayo, a fin de que una vez culminados sus estudios de grado puedan entrar

en contacto con operadores jurídicos sin mayores dificultades, ni desconocimientos que obstaculicen la actividad profesional. Ello por cuanto es palmario que la inclusión de la asignatura en las carreras impartidas por la Facultad de Ciencias Económicas y Administración tiene como fundamento permitir que los estudiantes ingresen en los conocimientos básicos acerca de la regulación que en el Derecho uruguayo se hace respecto a las personas, los bienes y los modos por los cuales éstos ingresan en la órbita patrimonial de aquéllas, las obligaciones y los contratos. Claro está que no puede perderse de vista que el análisis de los temas tratados debe ser llevado a cabo de modo imprescindible con el apoyo de los textos legislativos —en especial el CCU— que en él se mencionan.

La finalidad señalada se encuentra relacionada con la general del plan de estudios, cuya aspiración es formar graduados en las disciplinas administrativas-contables, pero creando capacidades y hábitos para pensar y razonar en los términos de las ciencias y técnicas jurídicas a fin de actuar en las profesiones correspondientes.

La obra cumple, asimismo, con el objetivo de la interdisciplinariedad en tanto la pertenencia de la administración, la contabilidad y la economía al ámbito de las ciencias sociales torna imprescindible el aporte que la historia, el derecho, la ciencia política y la sociología hacen a la comprensión de los procesos y a las prácticas profesionales correspondientes, requiriéndose no sólo las valiosas contribuciones que cada disciplina aporte separadamente, sino que también es necesaria su integración y cooperación alrededor de temas de estudio concretos.

En suma, el *Manual* que se prologa está íntimamente relacionado con la formación del estudiante, su desarrollo universitario así como su evolución de egresar del ámbito institucional del aula hacia la producción de conocimiento en la propia comunidad.

Los objetivos generales perseguidos con la realización de la obra pasan por la finalidad de que el estudiante logre:

- Conocer los aspectos fundamentales de las relaciones jurídicas como marco de referencia para el estudio de su regulación.
- Utilizar adecuadamente los textos legislativos, en especial, la Constitución, el Código Civil y el Código de la Niñez y la Adolescencia.
- Desarrollar una actitud crítica en el análisis de las problemáticas que se presenten.
- Comprender cómo se protege a la persona y su patrimonio en el Derecho uruguayo.
- Integrar los conocimientos teóricos y situaciones prácticas a los efectos de visualizar el funcionamiento del Derecho en el país.
- Incorporar los mecanismos necesarios para que el estudiante tome conocimiento de las acciones judiciales a instaurar en cada caso y adquirir las herramientas primordiales para solucionar los conflictos que con mayor frecuencia se presentan entre las personas respecto a los bienes, los derechos y las obligaciones.
- Aplicar modos de razonamiento jurídico, que permitan al estudiante efectuar un análisis lógico sistemático de la norma y que mediante esta interpretación luego pueda desenvolverse adecuadamente a nivel profesional tanto individual como en grupos.
- Emplear un correcto vocabulario jurídico, mediante el análisis de los términos utilizados por el legislador y las finalidades de las disposiciones dictadas en el país, de forma de evaluar su significado y alcance.
- Fomentar una participación activa en el desarrollo de las clases que implicará no verse perjudicados por la masificación, dado que con la obra se estimulará que el estudiante asuma una actitud universitaria, contribuyendo a su propia formación. Merced a ello, se incrementarán notoriamente las ventajas de la asistencia a los cursos, dado

que el Manual permitirá la preparación o lectura de los temas objeto de análisis que sean anunciados con antelación.

La plataforma fundamental en lo legislativo que se tuvo en consideración para la obra fue —como no puede ser de otra manera— el Código Civil uruguayo; sin embargo, no pueden ser ajenos a la indagación ciertos preceptos de rango constitucional, variados tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado uruguayo y diversas leyes que complementan, o directamente modifican, el sistema normativo que aglutina aquel cuerpo civil. Ahora bien, los autores no han dejado de lado el análisis y cita de diversos estudios doctrinales y de fallos judiciales, en tanto complementan y concretan los mandatos legislativos. Por esa razón, son frecuentes las citas doctrinarias y jurisprudenciales en la obra, las cuales permitirán a quienes lo deseen profundizar en aquellos terrenos que sean de su interés.

En cuanto a su contenido, *la obra se desarrolla en cinco partes, que coinciden con el programa de la asignatura, y cuya realización es obra, mérito y responsabilidad exclusiva de cada uno de los profesores que se mencionan a continuación como autores de ellas.*

La primera parte denominada «Introducción» refiere a los conceptos fundamentales del Derecho, y en ella además de estudiar el concepto de Derecho, sus especies, la noción y composición del orden jurídico, se analiza cómo se interpretan los preceptos legislativos, y de qué forma se solucionan los vacíos normativos, entre otros temas. Su realización es obra del Dr. Carlo Bellin.

La segunda parte está destinada al estudio de las «personas», analizándose dentro de ella, además del concepto de persona, sus especies, el comienzo y fin de la personalidad, el nombre, domicilio, estado civil y los institutos de protección a los incapaces. Su autor es el Dr. Esc. Walter Howard y para su realización tuvo como base fundamental su obra *Derecho de la persona*, vol. I, ed. por Universidad de Montevideo, en el año 2008.

La tercera parte trata sobre los «bienes» y «modos de adquirir». Los primeros ocho capítulos de la parte refieren al concepto de bienes, sus clasificaciones, se analizan el dominio y demás derechos reales de goce, la posesión y la reivindicación. La redacción de ellos correspondió al Dr. Carlo Bellin. Entretanto, en el capítulo IX referido a los modos de adquirir se analizan la ocupación, accesión, tradición y prescripción adquisitiva o usucapión, habiendo sido responsable de su realización el Dr. Esc. Walter Howard, que tomó como cimiento de la exposición su obra *Modos de adquirir*, 2ª ed., ed. Universidad de Montevideo, 2010.

La cuarta parte refiere a «obligaciones». En ella se desarrollan además del concepto y fuentes de las obligaciones, entre otros temas, los siguientes: el contrato, sus elementos, formación, principios que los regulan, interpretación y efectos; los cuasicontratos; los delitos y cuasidelitos; las clases de obligaciones, su transmisión, prueba e incumplimiento; y la protección de los acreedores. La realización de esta parte de la obra correspondió a la Dra. Esc. María del Carmen González Piano.

En la parte final, la 5ª, se expone sobre «contratos», analizándose —de conformidad a los requerimientos de la asignatura— los contratos de compraventa, permuta, arrendamientos, sociedad civil, préstamo, mandato y por último los contratos de garantía (prenda e hipoteca). El desarrollo de esta parte fue obra de la Dra. Karina Vidal.

Asimismo, al final de cada una de las partes se ha incluido la bibliografía empleada y un conjunto de preguntas, que sólo tienen un mero valor descriptivo y enunciativo sobre los temas tratados. Dichas interrogantes no agotan aquellas que los estudiantes deben conocer a efectos de aprobar el examen de la asignatura, pero indudablemente constituyen una base adecuada y de sumo provecho a fin de corroborar si han comprendido los tópicos estudiados.

Parte I
Introducción

Concepto de Derecho

Concepto

Lograr conceptuar el término derecho es una dificultosa labor. Si a eso le sumamos que los receptores del trabajo tienen sus primeras aproximaciones a la materia, el reto es aún mayor. Asumiré dicho riesgo, no sin antes advertir lo que ha dicho al respecto un gran pensador jurídico:

Perseguir una definición del derecho es una empresa desesperante. El inmenso mundo del derecho se abre sobre una extensión tan desmesurada y que presenta paisajes tan variados, comarcas tan múltiples que ningún hombre puede envanecerse de conocerlos todos. Hay algo más grave aún: las fronteras de ese país desconcertante no están fijadas con certeza. Ningún accidente natural las marca con seguridad, ni ríos, ni arroyos, ni líneas de división de las aguas. Se avanza insensiblemente, sin que se pueda determinar con exactitud el lugar donde se atravesó la frontera, nos encontramos entre los usos, las tradiciones, los convencionalismos, las reglas del honor o de la cortesía; hemos salido del derecho¹.

Empezando a caminar en pos de brindar aspectos relevantes del derecho, se dirá que guarda relación con actividades humanas, y sobre todo aquellas que tienden a preservar un cierto estado en la sociedad (las que evitan el caos). Lo dicho en función de destacar sobremanera el papel que desempeñan la sociedad y la familia en el desarrollo del hombre. El avance de las civilizaciones humanas fueron decantando la existencia de: clanes, tribus, ciudades, Estados, imperios, pero siempre necesitaron del Derecho como regulación de respaldo.

Podría ensayarse un modo más economicista de ver al derecho, dicha idea tiene que ver con que los conflictos entre seres humanos, se suscitan a raíz de que los bienes existentes en el mundo, son insuficientes para satisfacer las necesidades de todos los individuos. Dicha tensión es la generadora de los problemas sociales. Surge allí el papel del Derecho como un regulador de controversias, valiéndose de normas de conductas a aplicarse, con un mecanismo de imposición, que en la época moderna está confiada al Estado. (Básicamente en manos del Poder Judicial).

No faltan autores que acentúan con énfasis la característica, de que el derecho es un fenómeno cultural. Por ende, propugnan que para poder estar próximos al derecho, no hay otro camino que analizar el medio en que se desarrolla: la cultura. En la mencionada línea se encuentra la figura de Savigny, que entendía el derecho como un sistema de relaciones entre los seres humanos, y que debía tener un pilar en la convicción popular.

¹ Virally, *Temas de introducción a la ciencia jurídica*, Dirección General de Extensión Universitaria, traducción y adaptación de Michel Virally a cargo de la Dra. Elena Sarli, p. 39.

Coincido y comparto lo afirmado por quien fuera profesora de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Económicas, Dra. María Esther Nande:

Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declarados obligatorios por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica. En nuestra doctrina Vescovi lo define: conjunto de normas de conducta inspirados en un ideal de justicia e impuestas coercitivamente que al determinar deberes y obligaciones de cada uno hacen posible la coexistencia social².

Derecho objetivo

Para reordenar las ideas precedentemente expresadas, se aclara que cuando se alude a un conjunto de normas, se está haciendo referencia al derecho en el sentido objetivo. Se utiliza en este sentido, por ejemplo cuando hablo del derecho uruguayo, pretendo abarcar las normas que lo integran, o si digo que tal profesor hizo el postgrado en derecho ambiental hago alusión a las normas de dicha rama del derecho.

Derecho subjetivo

Si nos posicionamos en la persona, la autorización que le concede la norma al sujeto, estamos ante el derecho subjetivo. A modo de ejemplo, hablamos del derecho del propietario de usar la cosa. Por tanto el derecho subjetivo tiene que ver con el permiso derivado de la norma.

Derecho vigente

Consiste en el conjunto de normas imperativas, que en determinada faceta histórica la autoridad de un país declara como obligatorias. En general para los países de derecho escrito, tiene que ver con exigencias de índole formal, generalmente prescriptas en la Constitución. Para nuestro Uruguay, seguir el procedimiento de aprobación de las leyes previstos en la Carta Magna. A ello debemos sumarle, resoluciones judiciales, administrativas, contratos, testamentos, etcétera.

Derecho positivo

Un derecho es positivo, en tanto se guarde observancia por los súbditos a sus enunciados normativos estén estos vigentes o no. De allí que se considera un error bastante usual el tratar las locuciones derecho vigente y derecho positivo como sinónimos.

La costumbre no aceptada por la autoridad política es derecho positivo, pero carece de validez formal. Y a la inversa: las disposiciones que el legislador crea tienen vigencia en todo caso, mas no siempre son acatadas. La circunstancia de que una ley no sea obedecida, no quita a esta su vigencia.³

Constituye derecho positivo tanto la norma actualmente vigente como aquélla que cumplió los mecanismos de elaboración, rigió en determinado momento en una sociedad, pero la evolución jurídica determinó que actualmente no forme parte del ordenamiento jurídico aplicable.

2 Nande, *Curso de Derecho Civil*, Primera Parte, Montevideo, Apuntes CECEA, p. 4.

3 García Maynez, *Introducción al estudio del Derecho*, 39ª edición, México, Editorial Porrúa, 1988, pp. 38-39.

Derecho público

Sería para ciertas opiniones el que atañe al interés colectivo, se ocupa del voto del ciudadano, de la tarea pública, de los servicios públicos, etcétera. Se le ha criticado que es un criterio vago, ¿cuando hay un interés colectivo? Los críticos señalan que no es posible hablar de una norma con exclusivo interés individual, siempre conlleva una protección del interés colectivo, lo que invalida el criterio de distinción.

Por ejemplo, en el caso del Derecho Penal que conjuga una doble faceta de interés público: el del Estado en reprimir el delito, y el de los particulares de amedrentar la comisión del delito, o el castigo de los infractores.

Una segunda postura hace hincapié en los sujetos intervinientes en la relación, postulando que frente a la intervención del Estado como sujeto de la relación actuaría el derecho público, en tanto si la relación se conforma entre particulares, se regularía por el derecho privado.

Criterio que tampoco resulta satisfactorio como elemento de distinción ya que muchas veces el Estado no interviene en status de gobernante, sino como un particular. Verbigracia cuando arrienda un inmueble a los efectos de instalar una oficina de la Administración para el desempeño de sus funciones.

Otra concepción, intenta distinguir el derecho público del privado focalizando en el tipo de relación jurídica que la norma establece. Así, señala que se trata de derecho público cuando la relación es de subordinación, esto es que las personas a las que se aplican no están consideradas como iguales, por ejemplo si interviene el Estado como entidad soberana y un particular como súbdito, y estaríamos dentro del campo del derecho privado si las relaciones son de coordinación.

Posición tampoco exenta de críticas en tanto existen relaciones de subordinación en un ámbito esencialmente privado como es el caso del derecho laboral, y relaciones de coordinación entre Estados en supuestos de aplicación del derecho internacional público.

Derecho privado

Como reflejo de la distinción con el derecho público, derecho privado para una de las corrientes es el que involucra normas que sólo inciden en los intereses particulares, y en los extremos privatistas marcaríamos el derecho de propiedad como ejemplo paradigmático, ya que lo tiene el interesado para sí, para su poder, para su voluntad.

Estaríamos ante Derecho privado cuando la relación entre las partes es de coordinación, o las partes se encuentran en pie de igualdad, lo que sucede, a vía de ejemplo, cuando celebran un contrato de compraventa dos personas capaces.

Cabe consignar, sin embargo, que las notas distintivas no han sido acompañadas por todos los autores, y en la medida que no existe un criterio diferenciador absoluto entre ambos que permita distinguir uno como preponderante, corresponde analizar cada caso concreto para delinear los campos de acciones del Derecho Público y Privado.

Orden jurídico

El orden jurídico es el conjunto de normas de derecho organizadas de forma sistemática y coherente, de manera que no hay entre ellas previsiones contradictorias. Ejemplo: Si en materia de menores rigió el Código del Niño de 1934, al dictarse el Código de la Niñez y Adolescencia en el año 2004, comprensivo de similares contenidos, sólo el último de los nombrados será válido. (En la hipótesis que se comenta opera la derogación del más antiguo por disposición del art. 224 del CNA.)

Para mantener el Orden Jurídico como un sistema coherente, las normas se encuentran jerarquizadas, unas son superiores a otras y si hay contradicción prevalece la superior.

Rango jerárquico:

Normas generales (destinadas a un número indeterminado de personas).

- a. Constitución Nacional: Establece la forma de gobierno, la división de poderes y los derechos individuales.
- b. Tratados: Normas que rigen las relaciones del Estado uruguayo con otros Estados.
- c. Leyes nacionales y Decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción.
- d. Decretos reglamentarios del Gobierno Nacional y de las Intendencias Municipales.
- e. Normas Individualizadas o particulares. (Refieren a persona o personas determinadas).
 - Sentencias. Decisiones del Poder Judicial respectos a los conflictos sometidos a su jurisdicción.
 - Contratos. Son acuerdos de voluntades que crean derechos y obligaciones entre los celebrantes.
 - Actos administrativos. Constituyen decisiones de la Administración Pública (Vg. Poder Ejecutivo respecto a funcionarios públicos).

Principios reguladores del orden jurídico

- a. El principio de jerarquía (*lex superior*)⁴ indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior. Si se tratare de una norma constitucional, tiene prioridad sobre una ley. En nuestro país dicho problema está planteado (siendo el Órgano competente para dilucidar tal cuestión la Suprema Corte de Justicia) actualmente ante algunos artículos de la ley n.º 18.572, que se ocupa de regular el proceso del derecho laboral, básicamente art. 12, 17 y 19. Quienes entienden que coliden con la Constitución han presentado recursos de inconstitucionalidad de la ley, por entrar en contradicción con principios de la Carta Magna. Las críticas estriban en que:
 - se establecen plazos muy exigüos para presentar escrito de excepciones, tres días lo que hace ilusoria la defensa del demandado;
 - obliga al demandado que quiera apelar a depositar el 50% del monto en litigio, a la orden del Juzgado;
 - para los procesos de menor cuantía, esto es, menos de \$ 81.000, prevé instancia única, esto es, que no hay posibilidad de revisar el fallo por un órgano superior a nivel jurisdiccional.

4 Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición y 5ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 275 y ss.

- b. El principio de derogación (*lex posterior*), estipula que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. Tiene una aplicación general, excepto que prima la jerarquía, y en caso que la ley sea posterior en el tiempo a la norma constitucional, predomina el rango de norma superior por sobre el criterio cronológico⁵.
- c. El principio de especialidad (*lex specialis*) prescribe que se da preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sea más general.

Luego de este panorama se puede concluir, que resulta muy útil a los juristas el principio de jerarquía, ya que permite solucionar dichas contradicciones. El panorama no es tan claro, cuando los conflictos de normas involucran disposiciones del mismo rango. Allí no resulta tan sencillo dilucidar si corresponde aplicar el principio de derogación o de especialidad.

Me explico, en nuestro Orden Jurídico, existe legislación especial en materia de arrendamiento, concretamente si hablamos de arrendamientos urbanos, muchos de esos contratos los regula el decreto-ley 14.219 del año 1974. Concretamente el art. 36 de la norma mencionada indica que la sentencia que decreta el desalojo del precario es inapelable. (No es posible del recurso de apelación). El Código General del Proceso del año 1989, en su artículo 546.2 regula el desalojo de forma diferente, entre otras cosas permite apelar. ¿Qué criterio debe primar allí? No podemos aplicar la jerarquía ya que se trata de dos normas con rango de ley. La ley especial (decreto- ley 14.219 año 1974), o la ley 15.982 (CGP) posterior en el tiempo 1989, pero de una materia general. Los catedráticos de dicha materia sustentan criterios fundados para apoyar una u otra de las soluciones. En el caso, me pronuncio por la posibilidad de apelar en los desalojos de precarios, por tratarse de una norma más garantista, aplicando la regla de la derogación.

Puede suceder aún que quien aplica el derecho se encuentre con normas en que no sean procedentes los principios que venimos de enunciar, habida cuenta de que se trata de disposiciones de la misma jerarquía, haber sido legisladas en forma simultánea (por integrar un mismo Código), y tener el mismo grado de generalidad.

5 En Sent. n.º 14/99 dictada por la SCJ se expresó: «Es cierto que, para algunos de los miembros de la Corporación —aunque no para todos—, lo establecido en el mencionado art. 134, habría sido derogado por la aprobación de la Constitución de 1967, pero no lo es menos, en todo caso, la disposición tuvo «nueva vigencia» al hacer aplicable al edictado últimamente, lo que se estatuyera con anterioridad. La remisión aludida, da nueva vida a la norma referida y permite sostener que corresponde la acción de inconstitucionalidad, como es la opinión de parte de la doctrina y jurisprudencia, incluidos algunos integrantes del máximo órgano jurisdiccional del país.»

Norma jurídica

Planteamiento

Al hablar del concepto de derecho se pudo constatar que se trata de un conglomerado de normas. Metáfora mediante, se intentará en estos desarrollos detenernos en el átomo de la ciencia jurídica: la norma.

De contemplar el funcionamiento de las disposiciones jurídicas, se extrae que las mismas prescriben o prohíben determinados comportamientos humanos, y con ello confieren legitimación a ciertas actitudes, o definitivamente en ocasiones reprueban otras acciones que desarrollan los individuos en sociedad. Estas pautas de conducta cobran su verdadero sentido, inscriptas en el marco de las relaciones humanas.

Al efecto, la particular visión que se sustente en cuanto al concepto de derecho, determinará resaltar en mayor o menor medida determinados aspectos de la norma jurídica.

- a. En la postura de la Dra. Nande,⁶ es entendida la norma jurídica como aquella regla obligatoria, dirigida a los hombres, quienes pueden cumplirlas o no, y en caso de no acatamiento son pasibles de una sanción. Coincido con esta visión en tanto, creo que su aspecto fuerte reside en la libertad del individuo de seguir los dictados de la norma o apartarse de ella, obviamente con el resultado de asumir las consecuencias negativas que ello implique.
- b. Si el centro de atención es una visión más pragmática, de modo de acercar economía y derecho con un sentido finalístico, la norma jurídica se encaminaría a solucionar conflictos de ejercicio de poder sobre las cosas. En dicho esquema se puede articular el ejemplo de la regulación del derecho de propiedad. Para esta corriente sería la forma más apropiada de repartir los bienes entre los seres humanos, diciendo quién dispone de la cosa, quién la usa, con que limitantes, etcétera. Todo lo expresado teniendo en cuenta que los bienes son insuficientes para todas las necesidades de los individuos. Generalizando a otros campos, en esta visión el gran papel de la norma jurídica es dirimir conflictos entre seres humanos.
- c. De suscribirse la visión de que la norma no puede perder de vista la cuestión cultural, debería reivindicar y nutrirse del espíritu del pueblo, esto es ver el derecho como componente de la cultura. Salvando distancias, tomar aspectos del lenguaje reinante, religión, hábitos y costumbres para poder tener el mayor respaldo habida cuenta de la convicción de los receptores.

6 Nande, ob. cit., p. 17, parágrafo 81.

Caracteres

Bilateralidad

La norma jurídica confiere derechos al sujeto activo, y genera deudas en el sujeto pasivo. El último de los mencionados es quien está obligado por el precepto, en tanto se denomina sujeto activo la persona que está autorizada para exigir que tenga observancia la norma. Citando el ejemplo tradicional: la persona que prestó una suma de dinero —acreedor— (sujeto activo) tiene el derecho de cobrarle a su deudor (sujeto pasivo). Si el deudor no paga voluntariamente, el acreedor puede movilizar el orden normativo para lograr la satisfacción de su crédito.

Notoriamente se distingue el derecho por lo que viene de decirse, de la norma ética, ya que el mendigo puede pedir una limosna, mas no exigirla porque auxiliar al necesitado es un enunciado moral, pero no hay forma de hacer ejecutar su falta de acatamiento por las personas pudientes.

Coercibilidad

Queda siempre latente la posibilidad de hacer cumplir la norma de derecho, aún por la fuerza o contra la voluntad del obligado. Existe el camino a transitar por el sujeto activo, cuando su deudor no cumple en forma espontánea con el precepto. El mismo consiste en acudir al poder del Estado competente, para que tome cartas en el asunto. También resulta un punto de inflexión con los dictados morales, ya que éstos tienen valor siempre y cuando tengan lugar por adhesión espontánea, por parte de las personas receptoras de las conductas que se esperan (verbigracia: ayudar al prójimo).

Generalidad

Tiene que ver con que la norma jurídica no debiera ser dictada refiriéndose a una persona determinada, esto es no para situaciones particulares, sino contemplar un abanico abstracto de individuos indeterminados. Ello no quiere decir que abarque a todos los habitantes del país, sino que contemple el universo de personas que tengan que ver con la situación sobre la que se pretende regular. Me explico, la norma que dice la remuneración para tal cargo público será de X pesos uruguayos, no es para la persona que circunstancialmente lo ocupa, sino que aunque cambie el titular la norma seguirá, allí radica la generalidad.

Imperatividad

Significa que las normas jurídicas son obligatorias, son órdenes. Obligan a un comportamiento y si el destinatario no lo cumple, imponen una sanción. V. gr. la norma que sanciona el homicidio impone para el que la incumpla la ley (el homicida) determinada sanción o pena.

Heteronomía

Consiste en la sujeción a un querer ajeno, por lo tanto se dice que las normas jurídicas gozan de la característica de ser heterónomas, ya que no tienen origen en el albedrío de los particulares, sino en la voluntad del legislador. El Poder Legislativo dicta sus leyes de manera autárquica, sin tomar en cuenta la voluntad o el querer de los habitantes, y aunque los ciudadanos no reconozcan su obligatoriedad esta subsiste más allá de las convicciones personales de los individuos⁷.

7 García Maynez, ob. cit., p. 23.

Fuentes del Derecho

Planteo general

El estudio de los procesos de formación de normas jurídicas es, en general, catalogado por la literatura jurídica como el tema de las fuentes del derecho. Obviando detalles, es posible encontrar dos grandes formas de crear derecho: una deliberada y otra espontánea.

- a. La manera deliberada de dictar normas jurídicas, tiene que ver con los actos que ejecutan los Órganos del Gobierno respectivo, con el fin de regular ciertas conductas. Encuentra su bastión en la legislación de un Estado. No obstante, también a los solos efectos particulares las sentencias que dictan los jueces al resolver un conflicto, crean deliberadamente derecho. Por dicho camino, también transitan los contratos habida cuenta que los contratantes entrelazan derechos y obligaciones e incluso pautan sanciones. Cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico positivo el contrato se considera ley entre las partes (art. 1291 CC).
- b. Existen medios espontáneos que dan inicio a una regla de derecho. El caso más indiscutido lo constituye la costumbre. Procede aclarar que no toda regla consuetudinaria rige como norma obligatoria, sino que es el orden jurídico el que debe incorporar dichas costumbres al sistema.

Otra posibilidad de creación espontánea se produce en el caso de los precedentes judiciales. Se trata básicamente de criterios expresados por los jueces llamados a brindar soluciones ante un conflicto entre partes determinado. No tienen origen en la ley, ni en la costumbre. Los precedentes son el corolario de emitir una solución ante un problema planteado, y se tornan las sentencias obligatorias para casos análogos (con aspectos de similitud). Al hablar de generalidades procede indicar, que el derecho uruguayo al ser de corte continental-europeo, sólo admite la costumbre cuando la ley se remite a ella. Con respecto a los precedentes judiciales no tienen incidencia sustancial, a diferencia de lo que ocurre en los países del *common law*.

Diversos conceptos de fuentes

Fuentes históricas

Para algunos ha sido el aspecto menos trabajado de los significados diversos de fuentes. Hace alusión a los factores históricos, políticos, económicos y sociales que acompañan al Derecho. Explica estos elementos el estado actual de la ciencia jurídica. Materializando el concepto serían aquellos documentos, manuscritos, antiguos Códigos, proyectos, pautas codificadoras, legislaciones extranjeras que de una manera directa o indirecta tienen incidencia en nuestras reglas de conducta.

Fuentes materiales

Son las que tratan de indagar dónde reside la fuerza creadora del Derecho. Hay hasta una concordancia metafórica con la palabra fuente, y en este significado es donde cobra mayor fuerza comparativa. Me explico, la palabra fuente para un curso de agua significa el lugar de nacimiento del mismo. Si de fuentes materiales se trata, consiste en la búsqueda del origen del Derecho, e implica interiorizarse por conocer de donde emanan las normas.

Fuentes formales

Desde este punto de vista, se hace referencia a las formas obligatorias que deben asumir las reglas de conducta para imponerse coercitivamente. Es decir tiene por objeto propio e inmediato la revelación de una regla destinada a imprimir una dirección en la vida jurídica de los sujetos. Es la forma que se dan a conocer los preceptos, dando cuenta el camino que deben seguir los individuos, en pos de alcanzar una convivencia en armonía.

Según Jorge Hubner, fuentes formales son las formas o cauces en que el Derecho Positivo está contenido y se manifiesta en la vida social⁸.

Ley

En la sociedad primitiva la ley tiene cabida tardíamente, por razones evidentes se necesitó del desarrollo de la escritura para que fuera posible la difusión de esta fuente. Curiosamente los encargados de aplicar la ley en primera instancia fueron los órganos religiosos, que ejercían cierta hegemonía y preponderancia en los conocimientos legales.

Un gran papel ocupa la ley en el derecho Romano. De allí en más, se hace cada vez más hincapié en que un derecho que se precie de ser serio, debe revestir la forma escrita de ley o de Código. Todo este desarrollo creciente de la fuente ley, como contrapartida significó una devaluación y pasaje a segundo plano de la costumbre.

Viniendo al Uruguay de nuestros días, la ley —mejor aún la legislación— (el último término resulta más amplio), comprende no sólo normas emanadas del Poder Legislativo, sino también de las Juntas Departamentales siempre que las mismas tengan carácter general y obligatorio en el territorio que les compete. Se puede aseverar que la legislación es la única fuente formal en el ordenamiento jurídico uruguayo.

En cuanto a su proceso de formación, se debe atender a lo reglado en la Constitución de la República, artículos 133 a 146.

Iniciativa

La ley puede iniciarse en cualquiera de ambas Cámaras, impulsadas por senadores, diputados o miembros del Poder Ejecutivo, eventualmente el art. 79 inc. 2° de la Carta Magna prevé que sea al pueblo quien impulse una ley.

En cuanto a tratamiento de temas que impliquen gastos o pérdida de ingresos, está reservada en forma privativa al Poder Ejecutivo⁹.

8 Hubner, *Fuentes y formas de expresión del Derecho*, Santiago de Chile, p. 145, cit. por Aparicio en *Fuentes del Derecho*, p. 11.

9 En la sent. n.º 293/03 dictada por la SCJ se entendió que existió, en la mayoría de las disposiciones impugnadas, una vulneración del art. 86 de la Carta. Al analizar la referida disposición en Sent. n.º 271/97 destacó que la misma se inscribe en la orientación seguida por el constituyente patrio, a partir de la reforma del año 1934, en el sentido de restringir las facultades del Poder Legislativo en materia financiera y de darle al Poder Ejecutivo la conducción general de la misma, procurando la norma invocada en dicho contexto

Discusión

Se trata del estudio de la ley de forma que cada cuerpo legislativo se pronuncie, ya sea coincidiendo, modificando o desechando el proyecto de ley. En caso de divergencias existe la posibilidad de convocar a la Asamblea General, que consiste en reunir ambas Cámaras y decidir por una mayoría de $2/3$ de votos.

Sanción

Es la aprobación de la ley en la etapa parlamentaria.

Ante ello el Poder Ejecutivo puede ejercitar el derecho de veto, que significa oponerse a la sanción definitiva de la ley. La forma de dejarlo sin efecto, es mediante la reunión de la Asamblea General y por una mayoría importante que significa $3/5$ de votos de presentes pueden rechazar las observaciones.

Promulgación

Es el acto del Poder Ejecutivo que ordena cumplir la ley.

Publicación

Implica hacer conocer la ley. Para ello es un vehículo adecuado de difusión la publicación en el *Diario Oficial*.

Costumbre

Fue la primera fuente material, ya que mientras se organizaba la sociedad, paulatinamente se iban repitiendo conductas, algunas eran alentadas y otros sucesos reprobados. De allí se derivaron incipientes formas de penalidades: simple desaprobación del grupo, expulsión, exilio temporal, hasta llegar a la pena de muerte.

Quienes exaltan el papel de la costumbre, fundamentan en que toda ley debe apoyarse en las costumbres siendo el reflejo auténtico de las prácticas de una sociedad determinada.

Para definirla se acudirá al jurista suizo Du Pasquier: «La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio, es el derecho nacido consuetudinariamente».¹⁰ ¿En que momento se convierte la costumbre en regla de derecho? Siguiendo a Kelsen, puede decirse que el poder público debe reconocer la costumbre, para que esta se torne obligatoria.

La validez del derecho consuetudinario, en el seno de la comunidad jurídica, se encuentra limitado, en tanto la aplicación de las normas generales producidas consuetudinariamente se efectúa sólo a través de normas jurídicas escritas.¹¹

Precisamente el derecho uruguayo, se hizo eco de esa limitante y estableció que solo puede ser tenida en cuenta la costumbre, cuando una ley se remite a ella (ver art. 9 inc. 2° CC).

evitar que se desequilibre el presupuesto general mediante la sanción de leyes que, suponiendo gastos para el Erario, no arbitren los recursos necesarios para atender los nuevos gastos (Cfme. Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, T. III, p. 52).

10 Du Pasquier, *Introduction a la theorie generale et a la philosophie du droit*, p. 36, cit. por García Maynez, ob. cit., p. 61.

11 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Montevideo, FCU, p. 238.

Si nos preocupa el tratamiento que hace el Código Civil patrio del tema, analizaremos algunas disposiciones al respecto, con la advertencia de no considerar agotada la enumeración.

Art. 594. Respecto a la altura de la pared divisoria entre predios vecinos, prescribe que a falta de reglamentos que se ocupen del tema, puede acudirse a la costumbre constante y reconocida del lugar.

Art. 1302. En materia de interpretación de contratos, las cláusulas con redacción oscura, pueden clarificarse teniendo en cuenta los usos y costumbres del lugar de su celebración, por el expreso mandato legal.

Art. 1812. En sede de contrato de arrendamiento, cuando se estipula un destino determinado al uso de la cosa por el arrendatario debe cumplirse lo pactado, pero si nada se dijo, el uso quedará bajo la égida de la costumbre del país.

Por último, y advirtiendo que no se han agotado todos los casos de remisión cabe referir al art. 1834, que se ocupa de la temática del arrendamiento de obra. Si por un trabajo o servicio, no hubiera forma de probar a cuánto ascendería el precio de la tarea, la ley presume que se estipuló entre los contratantes el precio de costumbre. Por ejemplo en el caso de un abogado que no pactó por escrito el precio de su trabajo, (hipótesis frecuente ya que la relación abogado-cliente se basa en la confianza) en caso de incumpliendo acude al juez para el cobro, y una de las pautas que debe tener en cuenta el juzgador, es cuál sería el precio de costumbre por dicho trabajo.

De esta reseña cabe concluir, que la costumbre no es fuente formal de derecho en Uruguay, ya que solo adquiere relevancia cuando una ley la hace suya.

Existe una conocida clasificación de la costumbre basada en la relación de la fuente que se viene comentando con la ley.

- a. Costumbre *praeter legem*: regula situaciones en las que la ley guarda silencio.
- b. Costumbre *contra legem*: trata situaciones de forma contrapuesta a la ley.
- c. Costumbre *secundum legem*: costumbre que adquieren eficacia por cuanto la ley se remite a ellas.

El último ítem es el que cobra relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la costumbre tiene cabida, cuando la ley la convoca.

Jurisprudencia

La aplicación del derecho positivo, en los casos que se someten a la autoridad de los tribunales judiciales, va generando criterios con determinado grado de uniformidad, o si se quiere con ciertas tendencias. Este fenómeno no es exclusivo patrimonio de los países en los que rige el derecho consuetudinario, y que los fallos obligatoriamente concuerdan en tanto rige el sistema de precedente judicial. Lo cierto es que en los estados que optaron por un sistema predominantemente de derecho escrito, como Uruguay tiene importancia la fuente jurisprudencia, claro que en nuestro caso como fuente material.

La jurisprudencia se caracteriza por ser obra de los magistrados. Comprende un conjunto de decisiones judiciales. De esos fallos existe la posibilidad de extraer una tesis general, la que puede aplicarse en casos con aspectos similares en el futuro.

A estar al texto del artículo 12 del CC, se deduce que la jurisprudencia no es fuente formal en nuestro sistema. «Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley, de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.»

Claramente se afilia Uruguay, a un sistema de jurisprudencia libre. Ello comporta que cualquier juez puede apartarse de lo fallado anteriormente por sus colegas, o más aún, no lo atan ni sus mismos pronunciamientos anteriores sobre un caso concreto similar. Le basta fundamentar el cambio de postura, ya que no hay precedente vinculante.

Para ilustrar los conceptos delineados, propongo detenernos en el tema del resarcimiento del daño moral que provoca el adulterio.

La justicia uruguaya, no había sido llamada a pronunciarse en un juicio de esa índole hasta el año 1989 (resarcimiento de daño moral a raíz de un adulterio), siendo que la ley de divorcio data del año 1907. Las reacciones de los magistrados fueron dispares. Algunos argumentaron que la mujer que en ese caso reclama contra el hombre adúltero, pretendía lucrar con la deshonra, y que dicho petitorio contrariaba la moral y las buenas costumbres que imperan en nuestra sociedad.

Otros jueces situaron el caso dentro del deber genérico de reparar el daño que se causa, y concedieron una indemnización económica a la víctima de adulterio, que padecía trastornos psicológicos y de la personalidad. Hoy año 2010, se ha hecho camino al andar la última de las posiciones jurisprudenciales nombradas, y se puede afirmar que mayoritariamente se resarce la víctima de adulterio, siempre que logre probar que sus padecimientos guardan relación con la violación por parte de su consorte del deber de fidelidad.

Doctrina

Se comparte la definición de doctrina elaborada por el profesor Eduardo García Maynez:

Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de los preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.¹²

Atento a lo referido anteriormente se infiere sin dificultad que la fuente doctrina no reviste para nosotros el papel de fuente formal del derecho, más allá del prestigio y sabiduría del autor que rubrique el trabajo, sino que constituye fuente material del derecho.

12 García Maynez, ob. cit., p. 76.

Interpretación, integración y aplicación del Derecho

Planteamiento

En nuestro sistema jurídico principalmente de derecho escrito, las normas son comunicadas utilizando símbolos lingüísticos. La actividad de interpretar tales símbolos, guarda relación con atribuirles significado a dichas expresiones. Los jueces se enfrentan a normas promulgadas que son expresadas a través del lenguaje castellano en nuestro país, en el que cada vez en mayor medida se introducen giros del lenguaje corriente. A veces aisladamente u otras veces en la interacción con otras normas se generan conflictos interpretativos, y la búsqueda de aclarar esos problemas es lo que conocemos como labor interpretativa.

Dificultades o escollos en la tarea de interpretar el Derecho

Limitaciones propias del lenguaje

El uso de las palabras y la articulación de las oraciones, generan problemas a la hora de atribuir el significado a lo que quiso decir dicha ley.

Hay palabras que de por sí, plantean ambigüedad, según el Diccionario de la Real Academia Española, vigésimo segunda edición: la palabra *enervar* tiene más de una acepción, y lo curioso que dos de ellas son antagónicas, un significado es: debilitar, quitar fuerzas. El otro es: poner nervioso. ¿De usarse ese verbo en una norma, que sentido deberíamos conferirle?

El tema de la ambigüedad en las palabras tuvo previsión en el Código Civil, cuando se expide sobre normas de interpretación de los contratos en el art. 1298, pero el problema no se circunscribe a los contratos sino a toda la tarea interpretativa, por cierto más amplia. Lo que si queda claro es que la solución del art. 1298 rige solo en materia de los contratos, y es buscar la intención común de las partes (contratantes), antes que lo literal, apartándose del art. 17 CC.

Para tomar una expresión usada frecuentemente por jueces y abogados, la palabra *libelo*: etimológicamente del latín quiere decir escrito breve. En otra acepción es un escrito que se denigra o infama a alguien. También significaba instrumento o escritura con que el marido antiguamente repudiaba a la mujer y dirimía el matrimonio. Sin embargo en la jerga de los operadores jurídicos de la actualidad, tendría un sentido similar a escrito de demanda, o escrito de contestación, o en su caso a veces refiere a todo el expediente judicial.

Carlos Santiago Nino¹³, da cuenta de palabras que inducen a confusión: *cabo*, puede ser un lugar geográfico, o una posición militar, y yo añadiría extremo de una cosa como sinónimo de mango; a su vez el vocablo *prenda*: puede significar vestimenta, o un contrato. Así como muchísimas otras palabras del idioma español.

13 Nino, ob. cit. p. 260 y ss.

Imperfecciones legislativas

Es erróneo pretender que las leyes sean perfectas, como son hechas por los seres humanos son perfectibles, y definitivamente no pueden contemplar todas las situaciones a regular, siempre la realidad supera la previsión legislativa. Por tanto leyes que se han dictado atento a la premura del caso a solucionar sin la debida reflexión, o sin consultar la opinión de quienes luego deben hacerlas operativas: (jueces, fiscales, abogados, defensorías, profesores de las materias involucradas, y la Universidad como institución) provocan confusión, inseguridad jurídica y grandes dilemas interpretativos, y marchas y contramarchas que no le hacen nada bien al Derecho. Un ejemplo reciente en el derecho de familia uruguayo, es la ley 18.246 de 27/12/2007 conocida como ley de unión concubinaria, —que con buenas intenciones— buscó proteger estas familias que no pasaron por el Registro de Estado Civil, cuya aplicación provoca situaciones y laberintos jurídicos que pone en jaque al más avezado especialista en la materia.

Concepto

Interpretar es desentrañar, determinar, concretar, penetrar, fijar, y descubrir el alcance de una norma jurídica¹⁴. Son pasibles de interpretación las leyes y cualquier acto legislativo emanado de un órgano estatal en general, actos administrativos, sentencias, y también los contratos (que tiene sus normas de interpretación específicas) conforme a lo dispuesto por los artículos 1297 a 1303 del Código Civil.

La interpretación procede tanto ante normas oscuras, como también ante las aparentemente claras en su contenido.

A modo de ejemplo se mencionará el artículo 191 del Código Civil que refiere: «Ejecutoriada una sentencia de divorcio, no podrá la mujer usar el apellido de su marido».

De la mencionada disposición se desprende: que una vez divorciada no podrá la mujer usar el apellido de su marido (Tenor literal o gramatical).

Siguiendo con la tarea de intérprete puedo inferir que durante el matrimonio (no lo dice el texto pero se desprende de la previsión) la mujer tiene el derecho de usar el apellido marital, añadiendo al propio la partícula «de...».

Más difícil es dilucidar, si debe usarlo (obligación). Dicha cuestión fue muy discutida y prestigiosos autores nacionales se plegaron en la opinión de que era un derecho, para otros una obligación, e incluso algunos extranjeros se inclinaban por que era un poder-deber. Cabe consignar que hubo maridos que ante la negativa de la esposa a usar su apellido, promovieron acción de divorcio por la causal de injurias graves y tuvieron éxito. Hoy en el siglo XXI, ha caído en franco desuso que la mujer adicione el apellido del marido (conforme a un matiz histórico-evolutivo).

Por último no puede verse el artículo aislado del resto de las previsiones legales, (interpretación lógico-sistemática), en dicho sendero es posible citar y compartir lo expresado por Walter Howard.¹⁵

A mi modo de ver, a pesar de la prohibición instaurada por el aludido art. 191, la mujer divorciada puede continuar con el uso del apellido de su ex marido en aquellos casos en que el cese del mismo pueda generarle perjuicios de cierta entidad o existan

14 Cestau, «Contribución al estudio del Derecho», *LJU*. T. 2, Sección doctrina, p. 48.

15 Howard, *Derecho de la Persona*, vol. 1°, Universidad de Montevideo, 2008, p. 254.

razones de trascendencia que lo justifiquen [...] v. gr. En virtud de que la mujer ha sido conocida durante largo tiempo en todas sus actividades con su apellido propio seguido por el de su cónyuge...

(Autor que compatibiliza la disposición con los derechos de la personalidad).

De la cuestión planteada se deduce la enorme importancia que revisten para la ciencia del derecho, los temas de interpretación e integración normativa. No en vano, Claude Du Pasquier afirmó:

Los profanos reprochan algunas veces a los juristas las discusiones que provoca la interpretación del derecho; se sorprenden de que los redactores de las leyes no hayan logrado elaborar textos suficientemente claros para que su manejo esté exento de incertidumbre. Es desconocer la infinita diversidad de los hechos reales: estos no se dejan reducir a fórmulas indelebiles: escapan a todas las previsiones. No es necesario mucho tiempo de práctica judicial para constatar cuán frecuentes son los casos extraordinarios e imprevisibles que surgen en las fronteras o aún fuera de las categorías comprendidas en las reglas legales¹⁶.

Tipos de interpretación

La interpretación puede ser:

Oficial

En dicho caso la realiza el Poder Legislativo, en función de lo previsto en el artículo 12 inciso 1°: «Sólo toca a legislador explicar o interpretar la ley, de un modo generalmente obligatorio»; y art. 13 del Código Civil que reza: «La interpretación auténtica o hecha por el legislador»; así como art. 85 n.° 2 de la Constitución. El acto de autoridad en este caso es la ley.

Nuestro Código Civil confunde la legislativa, con la interpretación auténtica, siendo que la auténtica es efectuada por parte de quien dictó la norma y puede ser otro órgano y no el Poder Legislativo, verbigracia resoluciones de las Juntas Departamentales.

Judicial

Es descripta por el art. 12 inciso 2°: «Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren». Por ende, es la que emana de los jueces por el imperativo legal, a través de un acto de autoridad, con forma de sentencia y tiene efectos en el caso concreto que debe resolver.

Doctrinaria

Es la que realizan estudiosos del derecho, juristas y operadores jurídicos en general, no tiene fuerza vinculante. Como ya se dijo no tiene carácter obligatorio, pero si los autores son de relevancia, lo cierto es que tendrá la atención del mundo jurídico.

Efectos de los tipos de interpretación

Art. 13 CC: «La interpretación auténtica o hecha por el legislador, tendrá efecto desde la fecha de la ley interpretada, pero no podrá aplicarse a los casos ya definitivamente concluidos». La interpretación legislativa tiene efectos desde la fecha de la ley interpretada,

16 Du Pasquier, citado por Franco de la Cuba, UNMSM. Lima. Perú, en <monografíasjurídicas.com>.

rige en forma imperativa para los casos futuros, y retroactivamente siempre que no entre en contradicción con la cosa juzgada, (existe cosa juzgada en un asunto judicial cuando lo que se discute ante los jueces, no admite recurso alguno en el fallo, y entonces la sentencia queda firme). La textualidad del art. 13 CC, confiere el efecto hacia el pasado: «tendrá efecto desde la ley interpretada».

Para ilustrar lo que se viene de destacar, se acudirá al polémico tema de la prescripción del vale, asunto que impulsó posiciones diametralmente opuestas dentro de la doctrina comercialista nacional, diferencias que se intentaron zanjar por vía de la legislación interpretativa. En primer término conviene aclarar que se estaba en época de quiebre institucional, y las normas que referiremos tiene la naturaleza de decretos-leyes, ya que no emanaron de un parlamento elegido democráticamente. La segunda cuestión a advertir es que, el vale es un título-valor, esto es un documento que contiene la promesa de pagar una suma de dinero, por quien suscribe a favor de una determinada persona. En tercer orden que las normas involucradas son: el decreto-ley 14.701 de 12/XII/1977, (conocida como ley de títulos-valores) y la norma de carácter interpretativo fue el decreto ley 15.631 de fecha 10/IX/1984, en lo que a este comentario respecta art. 4^a. El problema interpretativo radicaba en que en el capítulo dedicado a los vales, pagarés o conformes del decreto-ley 14.701, no contenía previsiones expresas en materia de prescripción de dichos documentos. Existiendo una norma de remisión (art. 125 de la última disposición mencionada) debe aplicarse lo previsto para la letra de cambio que si tiene solución expresa en materia de prescripción. Eso que en principio parece fácil, derivó en tres tesis que arrojan diferente resultado, a saber: 1^a) Pérez Fontana entendió que los vales prescriben al año desde el vencimiento del documento por el juego de los artículos 125 y 116 decreto-ley 14.701; 2^o) Nuri Rodríguez, recurriendo a la misma normativa apoyó la prescripción de tres años, habida cuenta que aplicó por analogía la posición del aceptante de la letra de cambio; 3^o) Mientras que Ferro Astray se inclinó porque los vales prescribían a los cuatro años, argumentando en que se encontraba vigente el Código de Comercio art. 1019 inc. 1^o numeral 1. Como acaba de verse había tres soluciones diferentes en materia de prescripción de vales, y según entendiera en el caso un juez u otro la resolución variaba, ya que las mismas discrepancias formuladas en doctrina se planteaba a nivel jurisprudencial.

Por tanto entró en la discusión el Estado, por el camino de una ley interpretativa, (*rectius*: decreto-ley 15.631), que tomó como válido el plazo más largo de prescripción esto es cuatro años por razones de política legislativa. Puede concluirse que al existir una interpretación legislativa a cargo del decreto-ley 15.631, dicha postura se retrotrae a la fecha del decreto-ley 14.701, eso es al 12/XII/1977. Dicha interpretación legal debe aplicarse a todos los litigios pendientes a la creación del decreto-ley 15.631 (año 1984). Por último no se podía aplicar la norma interpretativa a los casos concretos en los que recayó sentencia ejecutoriada.

De lo expresado se infiere que la interpretación de las normas puede tener repercusión en el ámbito privado o público. Una interpretación privada o doctrinaria puede tener una finalidad de simple conocimiento o educativa.

Sólo cuando se oficializa, esto es llevar una controversia a las autoridades competentes del Poder Judicial, en dicho caso la aplicación de la interpretación judicial (resolviendo el caso en litigio) es el que la hace obligatoria entre las partes. Frente a la verdad legal, o aplicación oficial definitiva, la interpretación doctrinaria ofrece el valor de una opinión no obligatoria.

Escuelas de interpretación

Escuela clásica o tradicional (Método exegético)

Esta escuela para interpretar busca la voluntad del legislador; ello se logra poniendo el énfasis en elementos literales o gramaticales, es decir, exclusivamente haciendo exégesis de los textos. Si la ley es clara debe aplicarse sin eludir su letra, si es oscura puede recurrirse a medios auxiliares: verbigracia, trabajos preparatorios de la ley, exposición de motivos, discusiones parlamentarias, etcétera.

El punto de partida del método gramatical, también designado literal debe entenderse dentro del marco del posible exceso en la labor jurisdiccional, es decir sus propulsores temían su ejercicio arbitrario y desmedido. Por tanto la meta de estos autores era acotar el trabajo del juez, a quien no le dejaba posibilidad de innovar. Por tanto los autores partidarios de esta escuela trataban de deducir el sentido exacto, interpretando el texto artículo por artículo aislado.

Las principales críticas a esta escuela pasan por lo siguiente.

El método exegético pretendía reducir la ciencia a una mera técnica de análisis de la letra de la ley. El enciclopedismo francés del siglo XVIII, en el aspecto jurídico significó sinónimo de codificación: es decir reunir en una ley (denominada Código), todo lo referido a una materia jurídica. Los Códigos —especialmente el de Napoleón, C. Civil francés de 1804— entendían que la función del juez, no era otra que aplicar la ley, para lo cual lo que debían hacer era simplemente entender la letra de la disposición. Llevada a extremos, esta posición que se comenta para muchos fue frustrando el desarrollo de la ciencia jurídica, ya que la minimizó a una tarea de pura interpretación gramatical, y básicamente coartó la independencia del Juez (interpretación judicial) en aras de preservar la voluntad del legislador. Además se dice que las palabras aisladas (en alusión a los más extremistas), no generan un sentido preciso; sino que para comprender coherentemente se necesita analizar el contexto y la interrelación de los textos.

Escuela histórico-evolutiva

Propende la desvinculación e independencia de la voluntad del legislador con la propia norma, adquiriendo la última una vida independiente.

Desde sus huestes, propiciaron muchos embates contra la exégesis, dejando al descubierto sus falencias, y poniendo en tela de juicio la ideología liberalista en materia económica de la escuela precedentemente mencionada. Como consecuencia ya no se tuvo una confianza ciega en la voluntad del legislador, pero justo es decir que no logró quitar del sitio principal de fuentes de derecho a la ley, sobre todo en el derecho continental europeo y el derecho uruguayo por influencia.

Se ha señalado como crítica que tenía una óptica de realismo ingenuo, y dejaba al derecho embretado en una suerte de consideraciones sociológicas. Genéricamente se hablaba del derecho como el producto espontáneo del «genio» de un pueblo. Someramente esa idea se le conoció como la escuela histórica de interpretación. Concepción que hoy día la doctrina entiende superada.

Método lógico- sistemático

El punto de partida de esta doctrina reposa en la concepción de que la ley se independiza de la voluntad del legislador que la creó. Metafóricamente podríamos decir que cobra vida propia. Predomina el análisis lógico de los textos, y podría y sería válido para el intérprete

explorar otras rutas que quizás ni siquiera fueron tenidas en cuenta por los creadores de la norma. Eso sí, con el límite de que guarde relación con el sistema, esto es no puede conducir a resultados contradictorios con el resto de las disposiciones del cuerpo normativo, y del instituto jurídico de que se trate. Un autor de la valía de Ihering, consideró valedera la búsqueda de una interpretación no aislada, sino comprensiva de las motivaciones, y en consonancia con la amplitud del resto del universo de las normas que guardan relación con una determinada materia.

Otros autores ponen el énfasis, en la razón de ser, la finalidad que persigue la norma (*ratio legis*). Parten del supuesto que el legislador al dictar la norma persigue un fin consciente, y ello quedaría plasmado en el precepto.

Conclusiones

Justo es decir que en la tarea interpretativa, se combinan y aplican los métodos que por razones educativas, vemos en forma compartimentada, ya que todas las escuelas de interpretación tienen puntos valiosos y por supuesto aspectos criticables. Cabe concluir que en la práctica jurídica, los métodos no se aplican aisladamente por sí solos, sino que se produce una amalgama de los mismos a la hora de realizar la labor interpretativa, siempre y cuando se pretenda arribar a «buen puerto».

Integración del Derecho

Profundizando en el estudio de la casuística que le toca resolver a un operador jurídico, no queda dudas que la ley tiene lagunas como obra del ser humano que la crea, no es perfecta. Para evitar la justicia por mano propia y el caos, el juez debe fallar, tiene para dicha misión que se le encomienda, que asumir un papel más parecido al de legislador, que al de intérprete.

Los mecanismos o herramientas que se ponen a disposición del Juez, en la tarea de integrar el derecho, vienen dados por disposición de la ley. Como el Código no lo releva al juzgador de la obligación de fallar (art. 15 CC), le proporciona las vías hábiles para encontrar solución al caso que se ventila. Dichos caminos los describe el artículo 16 CC.:

Quando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

No obstante lo indicado, hubo prestigiosos juristas extranjeros que extremaron sus esfuerzos, para negar la existencia de las denominadas «lagunas» del derecho. Hans Kelsen, criticó duramente básicamente desde su obra¹⁷. Aludiendo a quienes admitieron vacíos legales: «Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido.»

Similar posicionamiento presenta Zitelmann, que propugna un orden jurídico hermético, no tolerando posibilidad de omisiones, razonando que las conductas no prohibidas están permitidas.

17 Kelsen, ob. cit., p. 255.

Papel de la analogía

Si bien es visto como un procedimiento netamente lógico, sin duda intervienen elementos valorativos, cuando el juez resuelve en función de aplicar fundamentos de leyes análogas.

Básicamente consiste en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas indicadas para el caso que el legislador tuvo en cuenta. Evidentemente hay un juicio de valor en esa operación que hace el juez, de entender que hay iguales razones para resolver del mismo modo (similar *ratio legis*). La similitud de razón (*ratio legis*) es el punto neurálgico de la aplicación de normas por fundamentos análogos.

Para ilustrar sobre casos concretos de aplicación analógica, se recurrirá al tema del concubinato, que fue ignorado por la legislación —al menos en forma orgánica hasta el año 2008— vale la aclaración porque la sentencia que se pondrá en consideración, es de la década de los 90. Se trataba de un retiro del hogar concubinario de uno de los integrantes de la pareja, por una seria desavenencia entre ellos, y con el dato de que convivían con hijos de la relación. La situación regulada tiene que ver con la familia legítima, esto es, los de estado civil casados, pueden por decisión del juez de familia ser retirados del hogar común, como medida en el juicio de divorcio, atento al art. 154 del CC.

El caso no previsto, es la familia de hecho conformada por los concubinos, y estando a lo declarado por el artículo 40 de la Constitución debe el estado velar por dicha familia. Por ello los jueces llamados a intervenir, se deciden por la aplicación de los fundamentos de dicha ley análoga, (art. 154 CC) y como forma de evitar situaciones violentas entre la pareja, la necesidad de salvaguardar la salud física y mental de los hijos, y protección del integrante de la pareja que más lo necesite. Por tanto conceden los juzgadores, a la mujer que planteaba el reclamo, la exclusión del concubino del hogar ya que entendieron debidamente acreditada la situación de violencia que se invocaba, y valoraron que correspondía la integración por analogía. Hoy en día el problema está recogido a texto expreso por el art. 9 literal C de la ley 18.246 de unión concubinaria.

Los principios generales del Derecho

La determinación de que deba entenderse por principios generales del derecho, enciende variadas polémicas.

Algunos autores entienden que se extraen del derecho romano, otros que guardan relación con el derecho natural. En dicha tesitura se encuentra el profesor Giorgio Del Vecchio, quien indica que los principios generales que le sirvan de base para llenar lagunas de la ley, no deben nunca oponerse a los preceptos contenidos en esta, manteniéndose la lógica y evitando la contradicción. Los clásicos entendieron por derecho natural, aquellas normas inmutables, válidas para todos los pueblos, en cuanto se funda la esencia misma del hombre.

Otra corriente del pensamiento jurídico, se encamina a entender que los principios generales del derecho, se deben «extraer» del ordenamiento jurídico de una nación. Ha tenido mucha divulgación una metáfora del profesor italiano Francesco Carnelutti que decía que los principios generales del derecho están en el derecho como el alcohol en el vino. En nuestro Uruguay el profesor Cestau claramente era de este parecer, fundamentando en que el codificador no le exigía que en su búsqueda integradora el juez fallara de acuerdo a normas

justas —para nosotros en clara alusión a desestimar la posición del derecho natural—; el derecho romano estaba vedada su admisión por el artículo 2390 CC; y los principios reguladores de la ciencia jurídica son temática de la doctrina. Como es de esperar que el codificador no haya sido tautológico, la única opción posible para Cestau es que los principios se revelen a través del propio ordenamiento.

A vía de ejemplo, mencionaremos algunos principios en que mayoritariamente no hay discrepancia:

- a. principio de igualdad ante las normas;
- b. aquel que causa un daño a otro tiene el deber de repararlo;
- c. nadie puede transmitir más derechos de los que tiene;
- d. no puede producirse enriquecimiento sin causa;
- e. lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Doctrinas más recibidas

Son las opiniones de los especialistas de una determinada rama del derecho, y que ante determinados problemas sobre los que teorizan, proponen diversas soluciones. En definitiva será tarea de la prudencia del juez, detectar qué doctrina se amolda o es más conveniente para el caso que se le presenta. Si se tratara de autores extranjeros deben guardar relación o conexión con el derecho patrio.

Proscripción de la analogía en materia penal

Así como los investigadores de otras ciencias, cuando experimentan, de antemano deben seguir pautas y principios que le vienen dados, en el análisis jurídico deben respetarse principios que son anteriores al método empleado. El derecho civil parte de la premisa de que debe evitarse a toda costa que los ciudadanos hagan justicia por mano propia, ello subyace en toda sociedad como forma de evitar el caos, por tanto los casos no previstos por la ley no pueden dejar de resolverse, y de allí el imperativo para el juez, que debe encontrarle solución.

Esto no ocurre con el derecho penal, ya que no se puede extender un delito por analogía, no es delito lo que no está previsto como ilícito por la ley penal, de lo que se concluye que las reglas del título preliminar del Código Civil, no se aplican a la materia penal.

Similares conclusiones pueden extenderse para el derecho tributario, ya que tampoco es admisible en dicha rama del derecho, crear un tributo, tasa o impuesto por la vía analógica.

Posición de Juan Andrés Ramírez¹⁸

Para este autor, no hay diferencia de esencia entre interpretar e integrar, ya que en toda ocasión la tarea del jurista es a través de la analogía, poder aplicar o descartar la norma del caso concreto que se presenta.

Indica que nunca el intérprete del derecho cuenta con textos jurídicos (o costumbres en otros sistemas) que sean claros y unívocos, siempre son imperfectos y ambiguos. Para encontrar la norma aplicable al caso, se debe desarrollar un proceso de análisis racional.

Aún en el ejemplo más sencillo: se necesita de razonamientos aclaratorios. En la terminal de ómnibus de Maldonado existe un cartel que dice: «Prohibido entrar sin remera». Sin dificultad los ciudadanos interpretamos que no está prohibido entrar si llevo camisa, buzo o traje (aunque carezca de remera), siendo que la prohibición refiere a entrar con el torso desnudo.

18 Ramírez, «La analogía como método único de interpretación. Inconsistencia lógica de la distinción entre interpretación e integración», *ADCU*, T. XXXVI, Montevideo, FCU, 2006, p. 675-684.

Pasando a la interpretación judicial, (la que está a cargo del Poder Judicial) tiene por característica que en el desenvolvimiento del proceso, las partes exponen a través de sus abogados las distintas posiciones interpretativas acerca de la norma que entienden aplicable, frente a lo cual el magistrado desarrolla su tarea de investigación a fin de dictar sentencia para resolver el litigio, habida cuenta que no puede dejar de fallar (art. 15 CC).

La interpretación del Juez debería ser global, conforme al artículo 20 del CC, esto permite evitar normas contradictorias, excluir normas derogadas, o aplicación de las de menor rango, y evidentemente hacer un uso de criterios de inferencias lógicas que se integran con elementos valorativos o axiológicos.¹⁹

Principio de irretroactividad de la ley.

Conflictos de las leyes en el tiempo

- a. El Código Civil que nos rige, contiene en el Título Preliminar (art. 7) el principio de que las leyes no deben ser retroactivas.

En otros ordenamientos jurídicos dicha prohibición se establece a nivel constitucional, no ocurre lo expresado en Uruguay, por tanto el legislador puede conferir un efecto retroactivo a una ley —aunque ello no sea lo deseable—, permaneciendo prohibido para el juez que decide un caso concreto planteado en tribunales, dar una aplicación retroactiva a una norma.

- b. En nuestro derecho positivo a la fecha de hoy (año 2010) la mayoría de edad se obtiene cumpliendo 18 años de edad, según art. 280 CC, en la redacción dada por la ley n.º 16.719 (de 11/X/1995). Ahora bien, plantearemos una hipotética norma a dictarse que elevara la edad de los mayores a 21 años, analicemos qué acontece con la población en general:

- los menores de 18 años cuando sea aplicable la nueva ley no son parte del problema, ya que los rige la nueva ley y deberán alcanzar los 21 años para ser mayores;
- los que tengan más de 21 años a la fecha de la nueva ley también son mayores, por los que no se suscita ninguna dificultad;
- respecto del grupo de personas que ya alcanzó 18 años, pero no tiene 21 años cumplidos, pueden generarse controversias respecto a la aplicación de la norma.

En esta hipótesis nada impide que el legislador, hubiera resuelto de antemano está contingencia, a través del dictado de una norma transitoria. En el ejemplo propuesto podría haber dicho: aquellos habitantes que ya cumplieron 18 años a tal fecha serán considerados mayores de edad; o a la inversa: que se considerará revocada dicha mayoría y deberán esperar cumplir los 21 años.

El profesor Cestau²⁰, era de la opinión que toda norma innovadora, máxime cuando reviste cierta importancia, debiera estar acompañada de su correspondiente disposición transitoria.

Siguiendo con la hipótesis de trabajo, para descubrir cuál debería ser el criterio orientador para el legislador, para definir si se aplica la ley nueva a raja tabla, o en algunos casos es conveniente una ultra actividad de la vieja, puede ser ilustrativo el pensamiento del civilista

19 Ramírez, ob. cit., p. 684 *in fine*.

20 Cestau, ob. cit., p. 90.

argentino Borda²¹, quien explica la dicotomía que se viene de señalar en forma magistral: entendiendo que la aplicación retroactiva de la ley es inadmisibles ya que afecta, sin duda, la seguridad individual, por otro lado 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.

Posibles respuestas:

La teoría de los derechos adquiridos

Postula que lo que entró en nuestro dominio, lo que ya es un derecho consumado, no puede ser birlado por el legislador, no puede ir en perjuicio de las personas. Sí pueden cambiarse las reglas de juego en el orden de llamamiento sucesorio, porque al no haber fallecimiento del futuro causante, el que estaría llamado a heredarlo, tiene una mera expectativa, y no un derecho a heredarlo. No siempre resulta claro cuándo existe derecho consolidado, y cuando estamos ante una mera expectativa, al respecto el profesor Del Campo ejemplifica con una ley que aboliera la esclavitud, señalando que si se hicieran valer los derechos adquiridos posiblemente demorarían mucho tiempo las libertades respectivas.²²

Tesis de Paul Roubier

Este autor divide las leyes en: retroactivas, y de efecto inmediato.

Son retroactivas cuando se aplican a hechos consumados cuando estaba vigente la anterior. También cuando se trata de situaciones que están en curso, y efectos que se realizaron antes de la vigencia de la nueva ley.

Son de efecto inmediato cuando regulan hechos no realizados, o consecuencias derivadas de hechos anteriores, y deben aplicarse a la fecha de entrada en vigor.

Ejemplos que dirimieron jueces uruguayos.

- a. Vamos a retrotraernos bastante en el tiempo, y en un asunto que recoge La Justicia Uruguaya²³, se discute sobre la aplicación del decreto-ley 14.766 del año 1978, el que incorporaba en lo que a este juicio interesa, una nueva causal de divorcio conocida como separación trienal (art. 148 n.º 9). El marido peticiona el divorcio esgrimiendo dicha causal, en el año 1979, la causal requiere tres años de separación, por lo tanto sin duda daba por sentado que podía incluir tiempo de separación anterior al decreto-ley 14.766 año 1978. La esposa demandada replicó que no podía valerse de ese lapso anterior, ya que era violatorio del principio de la irretroactividad de la ley. (En dicha interpretación recién podría tener cabida luego del año 1981 dicha causal de divorcio, en el mejor de los casos). El Tribunal llamado a fallar, entiende que es una norma de efecto inmediato (tesis de Roubier), y puede tenerse en cuenta el tiempo de separación anterior. La nueva causal de divorcio no causa perjuicio a persona alguna, sino que es una facultad en beneficio de ambos cónyuges, y se inscribe en la corriente denominada del divorcio-remedio, que facilita la disolución del vínculo matrimonial cuando este ha perdido razón de ser.

21 Borda, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte general I, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, p. 136.

22 Del Campo, *Introducción al estudio del Derecho*, Montevideo, FCU, 1974, p. 128.

23 *LJU*, caso 9214.

- b. Más cercana a la actualidad resulta la situación que describe *La Justicia Uruguaya*²⁴. En un juicio que versaba sobre investigación de paternidad. La madre de un menor nacido en el año 1988, planteó demanda de investigación de paternidad al demandado que había sido su concubino, y que había tratado al menor como hijo por el lapso de dos años de vida del mismo. Dicho accionamiento llegó a conocimiento del Poder Judicial en el año 2003, encontrándose regulado por el art. 241 del Código Civil, —norma bastante restrictiva— que sólo admitía la investigación de paternidad en las hipótesis excluyentes, y con un sinnúmero de condicionantes. Todo ello enmarcado en una protección de la familia legítima, propio de las ideas del siglo XIX.

Significó un cambio radical la regulación establecida por el Código de la Niñez y de la Adolescencia (CNA) que se ocupó en los art. 197 a 205 de la acción de investigación de la paternidad de conformidad con los principios que lo inspiran. Pero en lo que a los conflictos temporales importa, el CNA, es del 7/9/2004, por tanto la jueza de primera instancia falló el 30/7/2004 desestimando la demanda aplicando un plazo de caducidad del art. 241 (numeral 6° letra B), en tanto cuando existe concubinato (n.° 4), y trato como hijo (n.° 5) hay dos años de plazo para instaurar la demanda desde el alumbramiento. Por tanto en el caso que se comenta, el niño había nacido en 1988, y la madre promovió la acción respectiva en el año 2003, por lo que claramente caducó el plazo de dos años previsto en el art. 241 CC. Se deduce recurso de apelación, y el tribunal superior confirma la sentencia reconociendo que si bien el CNA, deroga el Código Civil, no es menos cierto que el juicio se diligenció durante la vigencia del Código Civil, y por ello el asunto estaba bien resuelto. Sin embargo uno de los magistrados, en este caso la Dra. Maggi plantea una discordia. Esto implica que cuando el Tribunal de Apelaciones (compuesto por tres miembros), no es unánime en la decisión se falla por mayoría, y el que está en minoría plantea su posición en discordia: El CNA, en el art. 197, deroga el art. 241 CC, y la primer norma es de aplicación inmediata, por lo que para la Ministra Maggi se aplica a los procesos en trámite. Además la nueva normativa tiende a proteger prioritariamente que se determine la filiación de niños y adolescentes, acorde con los Tratados internacionales que suscribió Uruguay.

Extraterritorialidad de las leyes. Conflictos de las leyes en el espacio

El conflicto de las leyes en el espacio tiene lugar cuando dos personas que se relacionan jurídicamente, están sometidas a gobiernos de distintos países, y por ello en primera instancia podría resultar dudoso qué norma aplicar.

La pluralidad de ordenamientos jurídicos en el mundo, es lo que desencadena estas complejas contraposiciones de leyes.

Eduardo Jiménez de Aréchaga ejemplifica con maestría: una persona que tiene bienes en Uruguay y también en Francia, realiza testamento en papel común disponiendo de dichos bienes, luego fallece y para la normativa uruguaya no es válido porque no cumple las formalidades que nuestra ley prevé para los actos de última voluntad. El derecho francés sí admite esa especie de testamento. Simplemente esto es una muestra de la relevancia que puede llegar a tener dilucidar estas interrogantes.

El operador jurídico deberá dirigir su búsqueda básicamente en los siguientes instrumentos normativos:

24 *LJU*, caso 15484.

- a. Analizar si Uruguay suscribió y ratificó tratados internacionales que vinculen los países en cuestión y que tengan por objeto la temática jurídica que se esté analizando.²⁵ El derecho internacional privado más cercano en el tiempo, difunde con ahínco la necesidad de suscribir y ratificar tratados internacionales que resuelvan intrincadas relaciones de derechos entre estados.

Los tratados internacionales de acuerdo a su contenido, para algunos autores lo que hacen es trasuntar opiniones personales de los delegados de los países acordantes, y por ende son normas convencionales sin verdadero arraigo social²⁶. Sin embargo otros autores, fundamentan que los tratados son con frecuencia expresión de un derecho consuetudinario preexistente.

Una pequeña muestra meramente ilustrativa, en la materia civil no pueden dejar de mencionarse los tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Abordan tema de personas, domicilio, ausencia, institutos de protección de incapaces, filiación, sucesiones, etcétera. Conglomeró a diversos países sudamericanos, (con la ausencia relevante de Brasil).

- b. Apéndice del Título Final del Código Civil, esto es artículos 2393 a 2405 (conocido en la jerga forense como ley Vargas). Se comentarán seguidamente algunas soluciones que tomó a nivel legislativo, el Uruguay cuando se presenta un conflicto de normas en razón de territorio que guardan directa relación con aspectos objeto de tratamiento en esta asignatura:

El Estado y la capacidad de las personas, se rigen por la ley de su domicilio (2393 CC). La existencia y capacidad de la persona jurídica se rige por la ley del Estado en el cual ha sido reconocido como tal (art. 2394)

La ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo y la forma, existencia y validez del acto matrimonial (art. 2395).

La ley del domicilio matrimonial rige las relaciones personales de los cónyuges, la separación de cuerpos y el divorcio, y las de los padres con sus hijos (art. 2396).

Las relaciones de bienes entre los esposos se determina por la ley del Estado del primer domicilio matrimonial (2397 CC).

Los bienes, cualquiera sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar en que se encuentran, en cuanto a su calidad, a su posesión a su enajenabilidad absoluta o relativa, y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles (art. 2398).

Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento (art. 2399) disposición que remite a las reglas de interpretación contenidas en el *Tratado de Derecho Civil* de 1889, mencionada *ut supra*.

Cabe señalar por su relevancia el art. 2404 que reza: «No se aplicarán en nuestro país, en ningún caso, las leyes extranjeras que contraríen manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica».

25 Jiménez De Aréchaga, *Introducción al Derecho*, 2ª edición, Montevideo, FCU, 1996, p. 45.

26 Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Editorial Idea, 1982, p. 39.

Concepto y contenido del Derecho privado en general y del Derecho civil en particular

Aclaración

Como ya se esbozó en los apartados finales del tema 1, (concepto de derecho), no existe consenso de opiniones en cuanto a que criterio utilizar para distinguir dos grandes ramas de la ciencia jurídica, como son el derecho público y el privado. Uno de los juristas más importantes del siglo XX, Hans Kelsen declara que todo derecho constituye una formulación de la voluntad del Estado y es, por ende, derecho público.²⁷

Con esa dificultad presente podríamos decir que el *derecho privado* se conforma: por el derecho civil, por el derecho comercial o mercantil, y como expresión comprensiva de las nuevas ramas que se van desgajando del tronco común, diremos ramas especiales del derecho privado: derecho agrario, derecho aeronáutico, derecho del trabajo o laboral. Todo lo hasta aquí expresado en el ámbito interno del Estado uruguayo. En el relacionamiento de particulares residentes o con intereses en Uruguay y otros Estados tiene cabida el derecho internacional privado.

Derecho civil

Es el que determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana, como ser: nacimiento, obtención de la mayoría de edad, matrimonio, defunción, etcétera. Además se ocupa de la relación de los individuos con sus semejantes, como en materia de créditos y deudas, así como de la regulación de los derechos sobre las cosas, a saber: propiedad, usufructo, servidumbres, etcétera.

En un panorama breve de descripción puede decirse que los temas que aborda son:

- a. Todo lo relacionado a las personas, capacidad, estado civil, domicilio, nombre;
- b. lo vinculado al derecho familiar: matrimonio, divorcio, adopción, tutela, patria potestad, curatela, visitas, etcétera;
- c. lo atinente a los bienes, como su clasificación, posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, etcétera;
- d. la materia de sucesiones por causa de muerte;
- e. y el enorme campo de las obligaciones y su disciplina;
- f. los contratos.

27 Kelsen, *Teoría General del Estado*, p. 108.

Derecho comercial

Es el conjunto de normas relativas a los comerciantes y los actos de comercio. Esta rama del derecho estudia los preceptos del comercio, y actividades conexas o que se derivan de esas normas. Comparándolo con el civil, este derecho es excepcional o especial, en tanto las relaciones de cambio entre los sujetos comerciantes, demandan un enfoque más concreto, mayor certeza, y porque no decirlo más agilidad, la que no siempre se logra en la actividad judicial. También se ocupa de todo lo relacionado a las sociedades comerciales, lo referido al concurso y quiebra del comerciante, etcétera.

Derecho agrario

Este derecho también suele denominársele derecho rural, puede describirse como la rama del Derecho que contiene las normas reguladoras de las relaciones jurídicas concernientes a la agricultura y ganadería. Entenderá entonces en temas como aprovechamiento de la propiedad rural, lo relativo a las plantaciones y los productos ganaderos, el crédito rural en su amplia gama, uso de aguas, bosques, colonización de los territorios, seguros en la especialidad, etcétera.

Derecho del trabajo o laboral

Regula las relaciones y conflictos individuales entre trabajador y patrono. Esta rama surge como un derecho de la clase obrera, y ello la impregna de un carácter protector o tuitivo, en busca de una mejora en la calidad de vida de los trabajadores.

Derecho internacional privado

Es el conjunto de normas que indican en qué forma deben resolverse, en materia privada, los problemas de aplicación que derivan de la pluralidad de legislaciones. En principio, el ámbito espacial de la vigencia de un ordenamiento jurídico se halla limitado al territorio de la organización estatal a que pertenece. Por ello existen los diversos Estados, y el derecho que se describe es el coordinador o regulador de las relaciones que se desarrollan entre los particulares cuyo ámbito de actuación se extiende fuera de fronteras.

Relaciones con la sociología

Ocupándose la sociología de las distintas maneras que el hombre se agrupa o relaciona, es innegable la cercanía o parentesco con el objeto de estudio del derecho, máxime cuando nos referimos a una de las especialidades: como lo es la sociología del derecho, cuyo objeto de estudio es cómo explicar los fenómenos jurídicos en su calidad de hechos sociales. A modo de ejemplo, la ley que pretendía «descomprimir» la superpoblación carcelaria otorgando libertades a los reclusos, es un precioso campo de investigación para el sociólogo jurídico, a efectos de indagar cuántos de los beneficiados con la libertad volvieron a delinquir, que efectos tuvo en la sociedad, si se tornó más insegura, en suma, si se cumplieron los objetivos propuestos al dictarla.

Relaciones con la economía

La medida de las relaciones variará sensiblemente según la posición ideológica que se adopte, para Marx y Engels la incidencia de la economía en el derecho era preponderante, ya que desde su visión era el aspecto económico el que determinaba las otras variables sociales, por supuesto incluido allí el derecho.

Ubicándonos en otras posiciones, es indudable la influencia que imprimen los aspectos económicos en el derecho. Así, cabe mencionar la ley de reajuste de las obligaciones, la limitación de intereses por la ley de usura, la regulación del mercado de arrendamientos, entre otras.

También es claro que hay aspectos del derecho más intimistas o vinculados a la personalidad, que no siempre ronda o está influido de un provecho o ventaja económica, y es donde se aparta o se hace el mayor distingo entre las ciencias jurídicas y económicas.

Sujeto y objeto de los derechos

La vida social jurídicamente relevante consiste en un entramado de relaciones jurídicas en la que interactúan las personas en tanto sujetos de derecho. En la medida que el derecho es una forma de vida social, no sólo regula relaciones, sino que él mismo constituye un complejo de relaciones jurídicas.

Para la filosofía jurídica neokantiana el concepto de relación jurídica adquiere una importancia central, en lugar de ser considerado el derecho en sustancia como dotado de un contenido inmutable, se le define como una relación: forma de entrelazarse unos hombres con otros. Así Stammler habla de un «querer entrelazante», Del Vecchio de una «coordinación entre diversos sujetos», y Kelsen de un «orden coactivo y soberano de la conducta humana.»

Legaz y Lacambra²⁸ define la relación jurídica como

Un vínculo entre sujetos de derecho nacido de un determinado hecho definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción.

Analizando tal definición de la misma surge, en primer lugar que la relación jurídica se establece entre personas, no en cuanto hombres en general, sino entre hombres en cuanto sujetos de derecho o personas en sentido jurídico que se relacionen como tales.

Los diferentes ordenamientos tienen diversas maneras de aludir a los sujetos de derecho, entendiendo por éstos los destinatarios de la normativa. El individuo no siempre en el desarrollo histórico de la humanidad, fue considerado sujeto de derecho. Basta ejemplificar con el fenómeno de la esclavitud, los desterrados; en muchos países el extranjero, el proveniente de un país con el que se está en guerra, por ejemplo, quedaban fuera de la categoría de sujeto de derecho. Discriminación jurídica que aún hoy en día en los países donde existen castas, o segregación racial, quizás en menor número, se les continúa excluyendo de la categoría de sujeto de derecho.

La relación jurídica se origina en un hecho condicionante o supuesto de hecho, que surge en ocasión de un acaecimiento natural o de un acto de la voluntad, siendo relevante que el hecho condicionante, el presupuesto de hecho, tenga consecuencias, es decir, genere un cambio en las situaciones jurídicas.²⁹

Desde el momento que dos personas se relacionen jurídicamente existe una correlatividad de situaciones jurídicas de facultad y deber entre ambas. Es decir, sobre una pesa una obligación cuyo cumplimiento es un derecho subjetivo de la otra. Es una situación que consiste en ese peculiar vínculo que procede de un hecho y que es la condición de las concretas situaciones de derecho y deber entre ambas.

Debe destacarse que las relaciones jurídicas existen no sólo entre el facultado y el obligado en sentido técnico jurídico, o sea, en el ámbito del derecho subjetivo, sino también

28 Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1953, p. 555.

29 Aspecto que se analizará en el capítulo «Hechos y Actos Jurídicos» de este manual.

entre las personas integradas en una organización, como son, por ejemplo, las partes del proceso con el tribunal, los miembros de una corporación, o los individuos de una familia.

Se puede hablar de «relación», en cuanto que la situación de un sujeto de derecho le impone deberes que se corresponden con la situación de otra persona que a su vez, puede reclamar dicho cumplimiento, susceptible de ser impuesto por el aplicador de la norma en la comunidad.

La relación jurídica tiene lugar entre sujetos de derecho y versa sobre una determinada prestación que por su valor de utilidad constituye el objeto de la misma.

Este objeto pueden ser determinadas cosas o prestaciones humanas. El objeto de la relación puede consistir en una acción (consistente en dar, hacer o no hacer) que constituye para el sujeto pasivo el contenido del deber y para el sujeto activo el de su facultad o derecho subjetivo correlativo.

Finalmente la garantía de esta prestación radica en una sanción cuya aplicación por los órganos estatales al sujeto pasivo puede promover la parte contraria mediante una determinada manifestación de voluntad, reconocida como acto condicionante por el orden jurídico como garantía de su cumplimiento.

Hechos constitutivos y extintivos de las relaciones jurídicas

Noción

Tradicionalmente se nos imparte la noción de que los hechos jurídicos son los sucesos de la vida, que tienen la particularidad de acarrear determinados efectos en la órbita del derecho. Ejemplificándose generalmente con hechos como el nacimiento y la muerte de las personas.

Como aspecto diferencial, se suele indicar que los actos jurídicos tienen la peculiaridad que son llevados a cabo, por una voluntad que se exterioriza en forma consciente. V. gr. acto del matrimonio, contrato de compraventa, otorgamiento de un testamento.

Personalmente creo que es el Derecho el que debe precaver cual hecho comporta determinadas consecuencias jurídicas. Para esto necesariamente el orden jurídico recurre a las palabras, a definiciones de las que seguramente se generarán las discrepancias entre los distintos autores que las interpretan.

De lo que viene de decirse se deduce que muchos hechos cotidianos son intrascendentes para el Derecho. (No los regula). En dicha línea el desencadenamiento de un hecho histórico por sí solo no produce efectos jurídicos. Debe el Derecho tomar partido, y ante tales o cuales comportamientos: autorizarlos, sancionarlos, abstenerse de regularlos, etcétera.

Para ilustrar los conceptos reseñados se proponen tres casos:

- a. Un automovilista imprudente circula a 100 km por hora en una zona densamente poblada. Si en esa eventualidad se produce un accidente atropellando a un peatón, será responsable civilmente (dejando de lado las repercusiones penales que pudiera tener), ya que infringió lo previsto en el art. 1319 CC, que legisla en lo que nos importa: que quien causa un daño a otro tiene la obligación de repararlo, cuando media un hecho ilícito que ha sucedido por dolo, culpa o negligencia (Manejo imprudente, negligente e irreflexivo).
- b. El hecho de un nacimiento de un bebé, tiene la implicancia de que las normas le confieran derechos filiales. Para el caso de que nazca de padres que contrajeron matrimonio, estará comprendido en las disposiciones para los hijos habidos dentro de un matrimonio. La normativa aplicable es el Código de la Niñez y de la Adolescencia (CNA), Ley 17.823 de 7/9/2004, art. 23 y siguientes.
- c. Si nos internamos en regulaciones conexas con el derecho de propiedad, que según la mayoría de los autores cumple una función de orden social, es tenido en cuenta un fenómeno natural como por ejemplo los aluviones de un río (acrecimientos por arrastre y erosión de los predios ribereños). La ley dispone que dichos aumentos de superficie

de la tierra pertenecen al propietario del suelo que los recibe de conformidad con lo dispuesto por el art. 62 del Código de Aguas, decreto-ley 14.859 de 15/XII/1978.

El Derecho reacciona de la misma forma, ante hechos de la más diversa índole. En los supuestos planteados se nos ha presentado:

- a. un hecho infortunado como un accidente de tránsito, en que la normativa pretende que el conductor se abstenga de realizar conductas que puedan implicar un riesgo y generar perjuicios. Si no se comporta con los parámetros establecidos legalmente «conducta del buen padre de familia», debe afrontar y reparar todo el mal que causa su accionar ilícito;
- b. la llegada de un bebé al seno de un hogar mayormente es un acontecimiento de regocijo y felicidad. Nuevamente es la norma la que le atribuye la significación que se indicara, con el fundamento que a la sociedad toda le interesa la protección del niño y de la infancia, y por tanto lo hace receptor al nacido de un *status filial*, en pos de su desarrollo;
- c. un hecho de la naturaleza como son las lluvias poderosas, o en su defecto el arrastre de tierras por los cursos de agua a lo largo del tiempo, llevan al legislador a considerar que aprovechan al dueño del predio, en aras de evitar dudosas contiendas sobre derechos de propiedad.

Distinción

La importancia de la distinción entre hecho y acto jurídico radica, en que la manifestación de la voluntad en los últimos debe ser apta. Con esto quiero decir que no vale la que hacen los dementes o incapaces en razón de edad.

Clasificación de los actos jurídicos

- a. Si ponemos el foco en el *número de voluntades* llamadas a participar en el perfeccionamiento del acto encontramos:
 - *Actos unilaterales*. En esta categoría el pronunciamiento de una sola parte es suficiente para que el acto jurídico en cuestión quede formado.
Unilateral en que la voluntad la emite una sola persona es el caso del testamento, repudio o aceptación de una herencia³⁰.
 - *Actos bilaterales o plurilaterales*. Suponen la intervención de dos o más personas. Puede traerse a colación las convenciones entre partes, más concretamente los contratos tales como: la compraventa, arrendamiento, etcétera.
- b. Si la causa de distinción apunta a los *efectos del acto*, se encuentran negocios jurídicos que producen efectos desde el día de su celebración. Ej. Contratos *inter vivos*. Separándose radicalmente de aquellos actos que tendrán lugar una vez que fallece el autor —por ejemplo el testamento que es un típico negocio *mortis causa*—.
- c. Si se toma en cuenta la *materia jurídica* en que el acto tendrá incidencia, visualizamos:
 - *actos de derecho familiar* como el matrimonio, adopción, reconocimiento de un hijo, etcétera.

30 Cfme.: Sarli y Silva Coronel, «Actos y hechos», ficha n.º 3 de *Evolución de las Instituciones Jurídicas*, Montevideo, FCU, p. 12 y ss.

- *actos de derecho patrimonial*. Puede ser un contrato, testamento todo aquello que implique un trasiego o disposición económica.

La importancia de la clasificación estriba en que el derecho familiar está impregnado de normas de orden público, entonces a vía de ejemplo: los cónyuges no pueden pactar dejar sin aplicar el deber de fidelidad que implica el matrimonio.

Distintas conclusiones obtenemos en materia de pactos o convenciones contractuales, en las que la autonomía de la voluntad permite autorregularse y limitarse derechos no atacando las buenas costumbres.

- d. En atención a los efectos que surgen en el patrimonio existen actos:
- *de administración*, persiguen como norte preservar un patrimonio y hacerlo producir, sin que ello implique un riesgo sustantivo.
 - *de disposición*. Son los actos que alteran en forma radical los elementos de un patrimonio. Esta clasificación está íntimamente relacionada con la función económica del negocio realizado.

La voluntad

La sola voluntad del sujeto no crea el acto jurídico, la misma debe exteriorizarse, por tanto debe existir una manifestación. Puede formularse por escrito, en forma verbal, etcétera; siempre que hablemos de la expresa.

Hay veces que a determinados comportamientos se los considera como una manifestación tácita de voluntad, ya que la ley le atribuye determinados efectos a las actitudes adoptadas por parte de los sujetos. Puede verse como ejemplo la aceptación tácita de una herencia (art. 1062 CC).

Vicios de la voluntad

Son supuestos en que se atenta contra una manifestación libre y espontánea de la voluntad, es el caso de los vicios del consentimiento, regulados por el art. 1269 del CC cuando expresa que «El consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo».³¹

31 Su tratamiento se desarrollará en la parte de obligaciones, capítulo de requisitos esenciales para la validez de los contratos.

Forma y prueba de los actos jurídicos

Solemidades

El principio general es que los contratos (actos jurídicos) se perfeccionan con el acuerdo de voluntades libremente expresado, y sin sujeción a formas especiales (véase artículos 1247 y 1261 CC), o dicho de otra forma: la regla entre los actos jurídicos es la consensualidad o la no solemnidad³². Lo precedentemente referido tiene que ver con que toda relación contractual está impregnada de valores universales: como el respeto por la palabra empeñada, y la buena fe en materia contractual.

Por contraposición la solemnidad es una excepción, pues es la voluntad la que obliga al individuo, y no el molde o forma en que lo hace. Esto último es lo que se entiende por solemnidad las formas o formalidades que el legislador inviste a determinado acto jurídico, para que el mismo sea considerado válido. ¿Qué lleva al legislador a estatuir solemnidades? Los motivos que las explican según prestigiosos autores de otras tierras, es hacer posible que los contratantes reflexionen acerca de la notable importancia económica del acto que van a realizar, y que ello los haga realizar un pormenorizado análisis de ventajas y desventajas que el mismo conlleva. Resulta entonces en esa concepción, un mecanismo de alerta para posibles contratantes «desprevenidos».

Existe concierto entre los escritores jurídicos, que por ser la solemnidad una excepción a la regla de la consensualidad, tal requerimiento debe manifestarse en forma indubitable en la ley.

A manera de ejemplo se citan los siguientes casos:

- a. art. 1619 CC, que al regular el contrato de donación, señala que la misma cuando se trate de bienes inmuebles deberá hacerse en escritura pública;
- b. art. 1664 n.º 1, en sede de compraventa de inmuebles, indica el codificador que no se consideran perfectas si no se otorgan en escritura pública;
- c. art. 1770 CC, en el contrato de permuta con algún matiz de redacción contiene la misma invocación que para compraventa;
- d. art. 2323 contrato de hipoteca, demanda escritura pública como solemnidad —entre otros—.

El no acatamiento de las solemnidades exigidas por la ley por parte de los celebrantes del negocio, trae aparejada la nulidad absoluta del acto jurídico. Dicha conclusión se desprende de la lectura del art. 1560 CC.

32 Acosta Pitteta, «Naturaleza del contrato de arrendamiento urbano: consensual», *ADCU*, T. VIII, p. 248.

Requisitos de prueba

En ocasiones el legislador impone ciertas formalidades para la realización de los actos jurídicos, para que se consolide a través de la misma una función probatoria (formas *ad probationem*). En esos casos, la forma está más bien dirigida al juez que al contratante. Se busca sin lugar a dudas un mecanismo que auxilie a la autoridad judicial en un posible juicio a futuro.

Puede señalarse el caso del art. 109 del decreto- ley 14.219, que propugna la forma escrita para la documentación del contrato de arrendamiento urbano. La doctrina entiende que ello es para facilitar la prueba.

En el contrato de fianza el art. 2107 CC, requiere que el mismo tenga lugar por escrito, aún cuando garantice obligaciones inferiores al valor de 100 UR.

Requisitos de publicidad

En estos casos las formas tienden a proteger el interés de terceros; cuando el sistema jurídico entiende relevante que los actos jurídicos llevados a cabo se publiciten (formas *ad publicitatem*).

La inscripción en los Registros Públicos, confiere la oponibilidad a los terceros.

Ejemplo: Las capitulaciones matrimoniales, que son convenciones que realizan los futuros contrayentes de un matrimonio optando por un régimen matrimonial regente de su futuro casamiento (son facultativas, no obligatorias, ya que de no otorgarlas se aplica el régimen del CC, en forma supletoria); deben inscribirse en el correspondiente Registro para su validez frente a terceros (art. 1943 inc. 3°).

El acto si se hace sin registrar es igualmente válido entre los firmantes, pero no puede oponerse a terceros. La justificación tiene que ver que si se tratara de acreedores de los novios, sería crucial saber que bienes garantizan sus créditos, ya que ello varía según sea la opción de quienes realizaron la capitulación matrimonial.

Régimen de los Registros Públicos. La inscripción documental en el Registro es la forma más apta en la actualidad, para permitir que cualquier sujeto tome conocimiento acerca de la adquisición, constitución, modificación y extinción de ciertos derechos ³³. *Formas de publicidad:*

- a. *Publicidad declarativa*, es la más frecuente y su efecto es hacer oponible a terceros el acto inscripto. Ej.: art. 54 de la ley n.° 16.871 referente a vehículos automotores.
- b. *Publicidad constitutiva*, es la que hace nacer el derecho, y además hace oponible a terceros. Ej.: Derecho real de hipoteca, el mismo no surge hasta que no se inscribe el contrato (art. 2323 del CC).
- c. *Publicidad noticia*, sirve para informar sobre el acto registrado; pero carece de trascendencia en el plano de la oponibilidad a terceros, así como también en lo que tiene que ver con el nacimiento del derecho.

33 Howard, ob. cit. p. 34.

Representación en los actos jurídicos

Representación voluntaria

En ocasiones la persona que reside en otro país, pero guarda intereses económicos en el Uruguay —hipótesis bastante frecuente para este siglo XXI que nos toca vivir— le resulta valioso contar con una persona que vele por sus derechos. Se hace referencia a la figura de un representante.

En otros casos la razón de la no presencia del titular del derecho en persona en el negocio reside, en que el que designa como representante posee una habilidad especial, la que posiblemente pueda «aprovechar» en una negociación. Por ejemplo:

- a. Un contratista de pases en materia de futbolistas, mayoritariamente dichos negocios se concretan bajo la intervención de un tercero, que representa al jugador, y que hace su modo de vivir en ese oficio³⁴.
- b. Para un complejo negocio de inversiones, designar un contador o un corredor de bolsa por estar más familiarizados con cuestiones de complejidad numérica —entre otros—.

He descrito casos que los autores jurídicos denominan representación voluntaria. Toma dicho nombre porque el origen de la misma tiene lugar en la voluntad del representado, y reposa en razones de conveniencia (si me encuentro lejos del país de celebración del acto jurídico en cuestión); o en razón de facilitar y poner al alcance de todos, negocios que a primera vista pueden resultar «complejos». En esta clase de representación la característica saliente, es que los límites de la actuación del representante, los fija precisamente la persona que expresó la voluntad de crearla (representado o sujeto de la voluntad).

Representación legal

Diferente es el caso cuando la representación deviene necesaria e indispensable porque los representados —incapaces— están impedidos de actuar. Se trata de las personas físicas que no llegaron a la mayoría de edad (18 años), y que la ley indica como representantes a los padres en ejercicio de la patria potestad, o falta o impedimento de estos a los tutores. En el caso de mayores de edad si padecen una enfermedad mental que determina que «no puede dirigirse a sí mismo, o administrar sus negocios» (art. 431 CC), el mecanismo de protección a emplear se denomina curatela, así como en el caso de sordomudos que no puedan darse a entender por el sistema de señas uruguayo, y el representante legal recibe el nombre de curador.

Este tipo de representación la cataloga la doctrina como necesaria, ya que es la forma que los incapaces no queden excluidos de los actos previstos por el Derecho. La misma se impone por mandato legal, ya que es la forma de remediar la incapacidad de obrar. Dicho

34 Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, versión para estudiantes, T. II, Montevideo, FCU, 2010, p. 193.

de otra manera, posibilita que los incapaces por razón de edad, o por causa de demencia, o sordomudez en el supuesto ya analizado puedan actuar en el mundo jurídico.

Los límites de los poderes

Están estatuidos y delineados por la ley con rigurosidad, mediante normas concretas ubicadas en las respectivas sedes de institutos de protección de los incapaces: patria potestad, tutela y curatela. Principalmente deben considerarse los artículos: 271, 394, 395, 396, 401, 412, 431 CC.

Sustitución

La idea primordial en el instituto de la representación, es la sustitución. Entendiendo el concepto, como el reemplazo de un sujeto por otro en el acto jurídico de que se trate.

Obrar a nombre ajeno

También cobra destaque la noción de obrar a nombre ajeno. El representante debe advertir al tercero con quien contrata, que lo hace por Fulano de tal. La incidencia de este actuar es fundamental, ya que al darse este atributo, los efectos jurídicos del negocio recaerán y desencadenarán consecuencias en el patrimonio del representado, mas no en la esfera de quien manifiesta la voluntad.

Actos excluidos del instituto

Ya se describió en qué situaciones es procedente este instituto de la representación, se dirá ahora en que circunstancias no es de recibo el actuar a través de un representante. Suele agruparse dicho concepto, diciendo que está fuera del alcance de la representación la realización de los actos personalísimos. A modo de ejemplo se entiende que no es posible otorgar un testamento por intermedio de un representante, la norma que lo expresa es el artículo 728 CC, siendo una disposición de última voluntad y que regirá para después del fallecimiento del testador, situación en la cual existe imposibilidad de que sea otro el celebrante.

Influencia del tiempo en el Derecho

Planteamiento

En muchos institutos jurídicos, el tiempo y el transcurso del mismo influyen sobremanera y son campos que debe explorar el estudioso del derecho. El fundamento radica en que la sociedad está interesada en dar certeza al momento en que puedo ejercitar el derecho, o cuando lo pierdo o se extingue. Por tanto, infinidad de disposiciones del Código Civil, y ni que hablar de las reglas procesales hacen alusión al tiempo en el derecho.

Prescripción adquisitiva o usucapión

Es un modo de adquisición del dominio o ciertos derechos reales a través de la posesión durante el tiempo y con los requisitos estatuidos legalmente.³⁵ En esta faceta y visto desde la persona que adquiere, la usucapión es generadora de derechos.

El instituto cumple una función primordial a favor de la seguridad jurídica en la circulación de los bienes. Esto es, no es conveniente que se susciten disputas jurídicas por la propiedad de las cosas eternamente, debe existir un momento en que ya no pueda dudarse de quien es el dueño.

Prescripción extintiva³⁶

La prescripción extintiva es un modo de extinguir derechos ajenos art. 1188 inc. 1° CC; o la acción para su reclamación (inc. 3°). Dicho instituto se basa en la inacción del acreedor de la relación jurídica. La falta de ejercicio del derecho cuando transcurre el tiempo que ordena la ley, acarrea la consecuencia que la pretensión se pierde para el titular.

Jorge Rodríguez Russo la conceptúa como: un modo de extinción no automático de un derecho o de una acción de contenido patrimonial, resultante de una prolongada inercia, al haber permanecido inactivos o irreconocidos durante el plazo fijado por la ley para su ejercicio.³⁷

Cabe distinguir el tipo de derechos sobre los que estamos tratando, para saber qué consecuencias devienen por la aplicación de la prescripción extintiva. Si se analizan los derechos reales, el instituto estudiado produce la extinción del derecho, así la prevé el art. 537 ordinal 4° en materia de usufructo, y el art. 643 5° en servidumbres.

Diverso es el caso de los derechos personales, si mantengo una deuda por un determinado plazo, la falta de ejercicio por el acreedor le acarrearán la extinción de su acción, que

35 Howard, ob. cit., p. 349.

36 Aspecto que se analizará con profundidad en el Capítulo 15° de la cuarta parte de este manual, «Extinción de las obligaciones».

37 Rodríguez Russo, *Prescripción extintiva y caducidad en el Derecho Civil*, FCU, 2010, p. 33.

quiere decir que existe imposibilidad de exigirlo judicialmente. No obstante dicha obligación se transforma en natural (art. 1442 n.º 3).

Como características distintivas: la prescripción extintiva pone fin a la acción o el ejercicio del derecho según el caso; debe invocarla necesariamente el propio interesado (le está vedado oponerla al juez de oficio si no es solicitada por la parte).

Existe posibilidad de que la prescripción se suspenda o interrumpa cuando se dan ciertas condicionantes que prevé la ley.

Prescripción presuntiva

Se trata de presunciones relativas (*iuris tantum*), establecidas a favor del deudor que por el desarrollo de un corto lapso (4 años, 2 años, 1 año y seis meses), se considera extinguida la obligación. Nuestro CC, las estatuye en los artículos 1222 a 1227 inclusive. La presunción es tanto más veraz cuanto se aplica a créditos que suelen abonarse con prontitud, por ser el modo de subsistencia del acreedor. Ej.: Honorarios profesionales de abogados o médicos.

La ley prevé que el acreedor puede exigir al deudor que oponga la prescripción presuntiva como excepción, que declare bajo juramento³⁸ que la deuda fue pagada.

El fundamento de esta especie prescripcional debe buscarse, en atención a conceder una mayor oportunidad de cobro al acreedor, en función de lo exiguo del plazo prescriptivo establecido por el legislador.

Caducidad

Es un concepto que implica la pérdida de un derecho por producirse una situación objetiva determinada: la falta de ejercicio por el interesado en un plazo de tiempo perentorio.

Siguiendo a Rodríguez Russo, la caducidad comporta la extinción automática de un derecho, dispuesta por su falta de ejercicio dentro de un término dado, a fin de que el mismo tenga lugar en el tiempo prefijado.³⁹

Los caracteres a destacar de la caducidad básicamente refieren a que extingue el derecho; el juez puede oponer la caducidad de oficio aunque no medie una petición de parte interesada; el plazo de tiempo de caducidad no admite ser interrumpido ni suspendido; y en la caducidad existe la tutela de un interés público.

Genéricamente puede mencionarse como nota característica, que cuando el legislador quiere establecer un plazo de caducidad, use expresiones enérgicas, que incluyen giros comprensivos de que el plazo es perentorio. Se trata aquí de plazos muy breves, oscilan entre un año y seis meses. Como ejemplo se cita lo previsto por el art. 1726 CC, referente a la acción de saneamiento por vicios ocultos en el contrato de compraventa.

38 Temática que se analizará en el capítulo 16 de la cuarta parte de este manual, «Prueba de las Obligaciones»

39 Rodríguez Russo, ob. cit., p. 37.

Tiempo inmemorial

Este concepto conserva escaso valor en las legislaciones contemporáneas. Sin duda tuvo valor por ejemplo en el derecho romano, el producirse una circunstancia de hecho por una larga cantidad de tiempo, confería entre los antiguos efectos jurídicos. Este fenómeno sobre todo tenía incidencia en un derecho real, llamado servidumbre. Precisamente la referencia concreta que encontramos en nuestro Código Civil es el artículo 633, que está en sede de servidumbres, y que el codificador: Narvaja, le resta valor a la posesión inmemorial.

Perención

Básicamente es un fenómeno procesal. Se pone en funcionamiento cuando las partes de un litigio no son diligentes, y no confieren el necesario impulso procesal al trámite. Transcurrido el tiempo que las normas procesales establecen (ver arts. 233 y siguientes del Código General del Proceso), torna ineficaces las actuaciones cumplidas en el proceso. Con la perención se busca no mantener en forma indefinida el resultado de un pleito.

Irregularidad de los actos jurídicos

Concepto

La irregularidad resulta del cotejo que hace el legislador, de si un acto o negocio jurídico concreto se ajusta —o no— al modelo creado de antemano por la ley. Si adolece de irregularidades puede devenir las diversas consecuencias jurídicas que a continuación se describen:

Noción de inexistencia

Es la categoría en que no todos los autores confluyen en sus opiniones. Se produciría ante la carencia de uno de los elementos esenciales del acto. En dicho sentido puede consultarse lo expresado en esta obra acerca de los requisitos esenciales para la validez de los contratos.⁴⁰

Concepto de nulidad

El otro punto a dilucidar es el de: la nulidad que es considerada la falta de apego por el contratante, de lo que la ley le ordena en esta materia. Tiene lugar la *nulidad absoluta* cuando existe carencia o inadecuación a los elementos requeridos por el art. 1261 CC, esto es: capacidad (en grado absoluto), consentimiento, objeto y causa lícitos, y solemnidades. El razonamiento que se pretende sería: si se cumplen los lineamientos establecidos por el legislador, del contrato celebrado nacerán obligaciones válidas. Al contrario si no se cumple lo establecido, seguramente se producirá la nulidad del negocio.⁴¹ Eduardo J. Couture define la nulidad como: «Vicio de que adolece un acto jurídico, cuando se ha verificado con violación o apartamiento de ciertas formas, o con la omisión de los requisitos indispensables para la validez del mismo».⁴²

El acto reúne las condiciones esenciales de los actos jurídicos, pero se encuentra privado de efectos por la ley. Se produce la nulidad absoluta cuando hay contravención a una prohibición o mandato legal. Un caso que ilustra lo reseñado consiste en la celebración de un contrato que tenga por objeto sustancias estupefacientes, habida cuenta que su objeto es ilícito. Otro ejemplo de prohibición del Código Civil es el art. 188, que declara nula toda cláusula establecida en una capitulación matrimonial, que restrinja la posibilidad de los cónyuges de pedir el divorcio.

40 Cuarta parte referida a obligaciones, capítulo 6.

41 Cfme.: Gamarra, ob. cit., p. 87 y siguientes.

42 Couture, *Vocabulario Jurídico*, Ed. Depalma, 1991, p. 423.

Nulidad relativa

Tiene que ver con normas tuitivas, para ser concretos las medidas que protegen a los incapaces relativos. Verbigracia: Si los padres en ejercicio de la patria potestad venden los bienes de sus hijos sin obtener la venia habilitante (art. 271 n.º 1), dicha omisión conlleva como consecuencia que el negocio esté afectado de nulidad relativa.

Asimismo cabe consignar que el art. 1560 inc. 3º del CC establece que: «Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la anulación del acto o contrato».

Esta especie de nulidad sólo puede ser declarada por el Juez a instancia de parte.

Puede subsanarse el defecto por el paso del tiempo, art. 1568 CC.

Ineficacia

Si el acto jurídico pendía de una condición o un plazo, y dicho evento no acaece, no obstante la validez del acto jurídico, puede tornarse ineficaz por no producir los efectos jurídicos esperados.

Inoponibilidad

El acto realizado no resulta posible hacerlo valer contra terceras personas porque las mismas no tuvieron la posibilidad de conocerlo. Es el caso que se haya omitido cumplir con los requisitos de publicidad que la ley mandata. En definitiva el acto es válido entre los celebrantes, pero sus efectos no pueden oponerse a los terceros que no intervinieron en el acto jurídico de que se trate.

Preguntas referidas a la «Introducción»

1. Comente las diferentes acepciones que de la palabra derecho conoce.
2. Similitudes y diferencias entre derecho y moral.
3. Concepto y diferencias entre Derecho Positivo y Derecho Vigente.
4. Principales criterios de distinción entre Derecho Público y Derecho Privado y críticas.
5. Analice los caracteres de las normas jurídicas, ejemplificando.
6. Enuncie las fuentes del derecho distinguiendo formales y materiales.
7. Valor de la costumbre en nuestro Derecho Civil.
8. Concepto e importancia de la jurisprudencia en nuestro Derecho.
9. Diferentes escuelas en materia de interpretación del Derecho.
10. Analice los mecanismos legales para solucionar el problema de las lagunas del derecho.
11. ¿Qué dificultades presenta la aplicación retroactiva de la ley?
12. Concepto y contenido del Derecho Civil
13. Definición de relación jurídica y elementos que la componen.
14. Clasificaciones en materia de actos jurídicos.
15. Describa los vicios en la expresión de voluntad en los actos jurídicos.
16. Concepto de negocio solemne. Importancia de las solemnidades. Citar casos en que se requiere.
17. Clases de publicidad en materia de registros públicos.
18. Explícite las diferencias entre la representación legal y la representación voluntaria.
19. Concepto de usucapión.
20. Diferencie la prescripción extintiva de la caducidad.
21. Consecuencias que acarrea la nulidad de los actos jurídicos.
22. Qué alcance tiene el concepto de inoponibilidad.

Bibliografía de la parte I

- Acosta Pitteta, Luis, «Naturaleza del contrato de arrendamiento urbano: consensual». *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. T. VIII, pp. 248-249.
- Aparicio, Carlos, *Fuentes del Derecho*, Montevideo, FCU.
- Cestau, Saúl, «Contribución al estudio del Derecho Civil uruguayo», *LJU*. T. 2, Sección doctrina.
- Couture, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, Editorial Depalma. 1991.
- Del Campo, Francisco, *Introducción al estudio del Derecho*, Montevideo, FCU, 1974
- Du Pasquier, Claude, *Introduction a la theorie generale et la philosophie du droit*.
- Franco de la Cuba, Carlos, <Monografías.com>, Lima, UNMSM.
- Gamarra, Jorge y Gamarra, Jorge Luis, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Versión para estudiantes. T. II, Montevideo, FCU, 2010.
- García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 39° edición, 1988.
- Howard, Walter, *Derecho de la Persona*, Volumen I, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008.
- *Modos de Adquirir*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2002.
- Jiménez De Aréchaga, Eduardo, *Introducción al Derecho*, Montevideo, FCU, 2° edición, 4ª reimpresión, 1996.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción Roberto J. Vernengo, Montevideo, FCU, 1960.
- Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1953.
- Nande, María Esther, *Curso de Derecho Civil*, Primera parte, Montevideo, Oficina de Apuntes del CECEA.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Editorial Astrea, 2ª edición, 5 reimpresión, 1992.
- Ramírez, Juan Andrés, «La analogía como método único de interpretación. Inconsistencia lógica de la distinción entre interpretación e integración», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. T. XXXVI, pp. 675-684.
- Rodríguez Russo, Jorge, *Prescripción extintiva y caducidad en el Derecho Civil*, Montevideo, FCU, 2010.
- Sarli, Elena y Silva Coronel, Juan, *Ficha n. ° 3 de Evolución de las Instituciones Jurídicas*, Montevideo, FCU.
- Virally, Michel, *Temas de introducción a la ciencia jurídica*, Traducción y adaptación parcial por Elena Sarli, Dirección General de Extensión Universitaria.

Parte II
Personas

Concepto de persona

Las relaciones jurídicas

Mediante la denominación de «relaciones jurídicas» se conocen aquellas vinculaciones que existen o se desarrollan entre los miembros componentes de la sociedad y que originan derechos y obligaciones para los sujetos que intervienen en ellas. Dado que los individuos de la especie humana (sea por sí solos o unidos en agrupaciones que se denominan personas jurídicas) son los únicos que tienen aptitud para recibir los efectos jurídicos que prevé el ordenamiento, es que esas relaciones siempre son intersubjetivas.

Ciertamente, las relaciones jurídicas suponen el surgimiento de derechos y deberes, y puesto que éstos sólo pueden beneficiar o afectar a quienes tienen atribuida la calidad de sujetos de derecho es conceptualmente imposible el nacimiento de una relación de este tipo entre una persona y una cosa. La razón de lo dicho radica en que las cosas carecen de derechos y obligaciones frente a las personas y viceversa; a lo más, todo se traduce en un poder de dominación o en un aprovechamiento de tipo económico. Por ende, cuando se analiza el derecho de propiedad es posible afirmar que el derecho no se tiene, en realidad, frente a la cosa de la que se es dueño, sino más precisamente frente al resto del mundo, que está obligado a no perturbar el derecho de aquél.

En las relaciones jurídicas cierta persona o grupo de personas se colocan en una situación jurídica activa y otra u otras en una situación jurídica pasiva; de forma que quienes se ubican en la primera posición normalmente pueden exigir un comportamiento o proceder preordenado a quien se coloca en la segunda (por ejemplo, es lo que ocurre con el derecho del hijo a exigir a sus padres una pensión alimenticia). Sin embargo, nada obsta a que las mismas partes, a la vez, tengan derechos y deberes surgidos de una sola relación (*v. gr.* es lo que acontece en el contrato de compraventa, conceptualizado por el art. 1661 del CCU, en el cual el vendedor, junto a su derecho a cobrar el precio, tiene la obligación de entregar la cosa al comprador).

Es ostensible, pues, que la calidad de persona, sea física o jurídica, asume una condición de suma trascendencia para el Derecho, desde que sólo en la medida en que se disfrute de esa calidad es factible participar en las múltiples relaciones jurídicas que se plasman por consecuencia de la vida en sociedad. La persona o sujeto de derecho es el pilar en el cual se cimientan las secuelas que se derivan de esas relaciones jurídicas. Sin esa calidad es conceptualmente imposible ser destinatario de efectos jurídicos, es decir, de derechos y obligaciones.

Concepto de persona

El concepto jurídico de persona difiere de la noción vulgar. Por cierto, en la sociedad es frecuente que se individualice el concepto de persona con el de ser humano, pero esta idea se separa de lo que ocurre en el ámbito de las ramas jurídicas.

La voz «persona» tiene su origen en la conjunción de los términos latinos *per* y *sonare*, que pueden traducirse como *sonar fuerte* o *resonar*. En el antiguo Imperio Romano se llamaba *faciae personae* a la máscara con que los actores se cubrían el rostro y servía para que redoblaran su voz. La máscara caracterizaba siempre el mismo papel, aun cuando cambiara el actor, por lo que, se utilizó la palabra *personaje*. Del teatro, el término *persona* se trasladó al lenguaje jurídico, donde se designa el papel, la función del individuo en la vida social.⁴³

Ser *persona* implica disfrutar de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, ingresando dentro de la noción no sólo las personas físicas, sino también los grupos de seres humanos que son considerados por el ordenamiento como una unidad y que se conocen con el nombre de *personas jurídicas*.

Desde el punto de vista jurídico, los conceptos de persona y sujeto de derecho son coincidentes; y en cierto modo también es próximo a ellos el de personalidad, en cuanto es una secuela ineludible de tener asignadas aquellas calidades. Pero esas nociones que provocan que quien tiene atribuida esa aptitud pueda ser destinatario de efectos jurídicos, no implican en modo alguno que esas repercusiones en todo caso las pueda engendrar la persona con su propio accionar.

Justamente, el concepto de persona no supone, en modo necesario, que las repercusiones jurídicas se desencadenen por la propia conducta de quien con ellas se ha de beneficiar o las ha de soportar, sino que a ciertas personas el ordenamiento les veda actuar válidamente en los negocios jurídicos, puesto que si lo hacen el negocio celebrado es nulo. Tal lo que acontece con los incapaces de obrar: menores de edad, dementes y sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito o por el Lenguaje de Señas Uruguayo (LSU).

De lo dicho se intuye que el rasgo distintivo de quien tiene asignada la condición de persona es la posibilidad, aptitud o viabilidad para ser destinatario de efectos jurídicos. Empero, es menester realizar dos precisiones.

En primer lugar, en el momento actual, todo ser humano por el solo hecho de ser tal tiene adjudicada una serie de derechos que le son inherentes: los llamados derechos de la personalidad o personalísimos (*v. gr.* derechos a la vida, integridad física, intimidad, honor, imagen), lo cual conduce a que ineluctablemente tenga conquistada la calidad de persona.

En segundo término, para el surgimiento de efectos jurídicos no se requiere de manera forzosa la intervención de la propia persona a la que ellos van destinados; aún más, en incontables ocasiones, el ordenamiento prevé que la actuación de algunos sujetos carece de relevancia para suscitar efectos (incapaces absolutos) o si los provoca, ellos son claudicantes o eventualmente provisorios, de suerte que pueden cesar (incapaces relativos). Ciertamente, la calidad de persona y la aptitud para ser parte en las relaciones jurídicas no se vincula de forma necesaria con la aptitud para generar efectos jurídicos actuando por sí mismo, ni con participar de modo personal en los negocios jurídicos.

El término «persona» es más amplio que el de individuo de la especie humana, pues la categoría incluye asimismo a las agrupaciones de personas que son consideradas por el

43 Gatti, *Personas*, vol. I, Montevideo, Acalí Editorial, 1977, p. 6. En idéntico rumbo, Cestau, *Personas*, vol. I, Montevideo, FCU, 1978, p. 11.

ordenamiento como unidad, es decir, las personas jurídicas, colectivas o morales (*v. gr.* una asociación civil o una sociedad comercial).

Pero el sustento de cada especie de persona es diferente y diversa, siendo también diversa la atribución que el orden jurídico realiza de su personalidad. El ser humano, hoy, es persona por el hecho de ser un individuo de la especie humana. En cambio, una agrupación de personas para ser considerada un sujeto de derecho diferente a quienes la integran, requiere de la actuación del Estado, reconociendo o declarando su existencia y por ende, la posibilidad de que sea considerada un nuevo centro de imputación de normas jurídicas.

La diferencia es diáfana: en los primeros, la calidad de persona es inherente a la condición de ser humano, en las segundas, depende del cumplimiento de requisitos estatuidos legalmente para su existencia y de un pronunciamiento estatal que origine la apreciación de una comunidad como un nuevo sujeto de derechos.

Consecuentemente con lo dicho, la condición de sujeto de derecho sólo pertenece a los individuos de la especie humana y por equiparación a agrupamientos de éstos a los cuales se los reputa como una sola persona; sin embargo, carecen de esa calidad tanto las cosas inanimadas, como los animales, puesto que no es posible reconocerles derechos u obligaciones.

Naturaleza jurídica del concepto de persona

La personalidad no constituye un don innato o congénito del ser humano, sino que es una atribución que confiere, con diversa amplitud el ordenamiento jurídico según las diferentes etapas históricas. Y esta postura ya hace años la sustentó Del Campo en la doctrina uruguaya al expresar que «lo que determina la existencia de una persona para el Derecho es el reconocimiento por el orden jurídico de la capacidad de goce, o sea de la posibilidad de ser sujeto de una relación jurídica».⁴⁴

A pesar de todo, en opinión de cierta parte de la doctrina esta idea no es correcta, sino que se sostiene que la condición de persona es inherente a la condición de ser humano. Pero las posturas de esta especie colisionan con la consideración histórica del concepto de persona, en cuanto es palmario que, en múltiples períodos, diversos seres humanos carecieron de la atribución de personalidad por los ordenamientos jurídicos (como fue el caso de los esclavos), o al menos, tuvieron una personalidad ceñida a aptitudes sumamente concretas.

De forma que, el concepto de persona es jurídico, es una atribución del ordenamiento jurídico que permite a quienes alcanzan esa condición ser destinatarios de efectos jurídicos. Consecuentemente, cuando se le asigna naturaleza jurídica a la noción de persona, se quiere significar que no se trata de una atribución de la que se disfruta, al menos históricamente, por el solo hecho de ser de la especie humana, sino que, por el contrario, los diversos ordenamientos, contemplando variadas razones, han asignado o no esa calidad. Efectivamente, son numerosas las coyunturas en que no se les reconoció por el ordenamiento jurídico la calidad antedicha a diversos integrantes de la especie humana.

La doctrina más autorizada enseña que hoy en los países civilizados todo hombre es sujeto de derecho: «suprimidas la esclavitud y la muerte civil, la calidad de ser humano asume inmediatamente la de persona, y en consecuencia la de sujeto». Como exige la

44 Del Campo, *Personas*, vol. I, Montevideo, FCU, 1987, p. 9. Y tanto Del Campo (ob. cit., pp. 10-11), como Gatti (ob. cit., p. 12 y ss.), insisten en que para que existan personas o sujetos de derechos son precisos dos elementos: a) el individuo o el conjunto de individuos asociados y b) el reconocimiento de su personalidad por el ordenamiento jurídico.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948, art. 6°), «todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica».⁴⁵

Como mencionamos anteriormente, la atribución de la personalidad es dependiente de cada ordenamiento jurídico. Y si bien actualmente, por una nueva consideración de la dignidad del hombre y en virtud de diversos preceptos provenientes del Derecho Internacional, todo ser humano es persona, no siempre ha sido así.

En efecto, en variadas épocas históricas, incluso no muy lejanas, se les negó a determinados individuos la calidad de personas y por ende, la aptitud para ser poseedores de derechos y deberes.

Al respecto es conocida la condición de los esclavos (*servi*) en el Derecho romano, a los cuales se les segregó de la comunidad de personas y se les incluyó en el elenco de los objetos de derecho. El esclavo era cosa y consiguientemente, incapaz de goce; sin embargo, se le reconoció la capacidad para celebrar negocios jurídicos, pero lo que adquiría, ingresaba en el patrimonio de su dueño. Por otra parte, si bien en las primeras épocas estaba sometido a un poder arbitrario de su Señor, durante el período imperial se previeron limitaciones. Como resultado, el dar muerte sin causa a un esclavo fue un hecho punible y si el dueño le dispensaba malos tratamientos graves, era obligado a enajenarlo.⁴⁶

La República Oriental del Uruguay, al menos en su textualidad normativa, nació libre de esclavitud. Por ley de 7 de setiembre de 1825 se proclamó la libertad de vientre y se vedó el tráfico de esclavos. En el art. 131 de la Constitución de 1830 se disponía que «en el territorio del Estado nadie nacerá ya esclavo; queda prohibido para siempre su tráfico e introducción en la República».

La *muerte civil* fue otra figura destructora de la personalidad de los seres humanos. Consistió en una ficción por la cual a una persona en virtud de determinados sucesos ocurridos en su vida, se le extirpaba la calidad de sujeto de derecho o al menos se restringía gravemente su personalidad. A través de la historia es dable comprobar que los motivos que condujeron a ella fueron dos: la condena por la comisión de determinados ilícitos penales de suma gravedad o la incorporación a ciertas órdenes religiosas.

En el proyecto de CC para la República Oriental del Uruguay, realizado por Eduardo Acevedo en 1852, se instauraba dicha figura. Sin embargo, en el texto definitivamente aprobado la institución fue repudiada, en razón de que como se expresó en el informe de la Comisión de Codificación de 1967 «la odiosa ficción llamada *muerte civil*, no mancha las páginas del proyecto de Código Oriental».

Con todo, si bien el término persona es de naturaleza jurídica, en los tiempos que corren todo ser humano, por el hecho de ser tal, es persona. Y ese corolario se deriva no sólo de los Tratados Internacionales (v. gr. el art. 6 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* ya referido), sino del propio ordenamiento interno (art. 21 del CCU). Por cierto, con la sola condición de ser humano, el orden jurídico uruguayo reconoce constitucional y legalmente a quien la tiene un amplio acervo de derechos, como por ejemplo a la vida, a la integridad física y al honor (art. 7 de la Carta). Consisten en atribuciones que se ostentan por el solo hecho de ser humano y que por tenerlos atribuidos se es persona, sujeto de derecho.

Esta idea está inmersa en el art. 21 del CCU cuando indica, en el inc. 1°, que «son personas todos los individuos de la especie humana» y en el inc. 2° que «se consideran personas

45 Delgado Echeverría, en Lacruz Berdejo et al., *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, Personas, Parte general del Derecho Civil, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990, p. 9.

46 Cfr. Jörs y Kunkel, *Derecho Privado romano*, España, Editorial Labor, 1937, p. 95.

jurídicas». La evolución del conocimiento jurídico condujo a que todo humano goce de ciertos derechos que impiden que se le niegue la condición de sujeto de derecho. Diferente, en cambio, es lo que acontece con las personas jurídicas, dado que la unificación normativa de un grupo de personas, su consideración como un único sujeto de derecho diferente a los miembros que lo componen, requiere de la intervención estatal, aun cuando se discute si ésta tiene carácter declarativo o constitutivo.

De todos modos, la determinación de si la personalidad jurídica es intrínseca al ser humano, o si se trata de un atributo brindado por el ordenamiento, carece en la actualidad de la importancia que tuvo en otros momentos históricos, dado que, si bien en el pasado era inexistente la identidad entre las nociones de ser humano y de sujeto de derecho, la evolución jurídica se ha producido en la dirección de hacerlas coincidir. Actualmente, «la personalidad no es una mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria, (sino que) es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer».⁴⁷

Características de la personalidad

Las características esenciales de la personalidad son las siguientes:

- a. se trata de una cualidad abstracta, dado que no se fija en actos o hechos concretos, sino que se predica de la persona como tal;
- b. es una condición previa para la adquisición de cualquier derecho u obligación;
- c. no es graduable, pues existe o no existe, pero no hay una personalidad civil restringida;
- d. está sustraída de la autonomía de la voluntad, por lo que no se puede negociar sobre la cualidad de persona, ni renunciar a ella;
- e. es permanente, dado que sólo se extingue con la muerte de la persona.⁴⁸

47 Diez Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1994, p. 223.

48 Roca Trías, «Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la persona», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Barcelona, José María Bosch Editor, 1993, p. 1898.

Comienzo de la personalidad de las personas físicas

Nociones previas

La determinación del momento en que se verifica el comienzo de la personalidad de las personas físicas ha sido una cuestión de debate por parte de la doctrina uruguaya. Al respecto se han sostenido tres posturas diversas, que sitúan dicho comienzo en la concepción, en el nacimiento o cuando se ha nacido viable y/o vivido veinticuatro horas.

La decisión que sobre dicho tópico se asuma se vincula en lo primordial con la protección que el ordenamiento otorga al concebido, en particular en lo que tiene que ver en el ámbito personal, dado que en el terreno patrimonial el CCU ha dado solución a los problemas más trascendentes que pueden plantearse, esto es, su aptitud para heredar y ser donatario.

Por otro lado, el tema se relaciona normalmente con la admisibilidad o no del aborto por parte del legislador uruguayo, y con la protección del embrión ante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida —en lo fundamental con el desecho de embriones que se produce cuando se asiste a la denominada fecundación *in vitro* o extracorpórea—. Claro está que, en cuanto a la recepción de las prácticas abortivas, el problema ha sido resuelto en forma expresa por la ley, habiendo tipificado dichas conductas como delito (arts. 325 a 328 del Código Penal).

Estudiaremos a continuación las tres posiciones que al respecto se han sostenido.

Postura compleja

Esta postura ha sido sustentada en la doctrina uruguaya por parte de Gatti⁴⁹ y de Cestau⁵⁰. El primero de ellos señalaba que si bien en el CCU no existe una disposición que expresamente indique cuándo comienza la personalidad, determinados preceptos refieren incidentalmente a ello. De modo que, de la conjunción de los arts. 835, ord. 1° y 216, ord. 3° (hoy este último sin existencia), era dable concluir que para el comienzo de la personalidad eran necesarios los siguientes requisitos: 1°) nacimiento; 2°) viabilidad; y 3°) vida por 24 horas naturales.

La expresión *viabilidad* se deriva de *vitae habilis*, lo cual significa que es viable aquel ser humano que es capaz de vivir fuera del claustro o útero materno.

49 Gatti, ob. cit., pp. 36-42.

50 Cestau, ob. cit., pp. 22-24.

Hay dos clases de viabilidad:

- a. la propia, que tiene que ver con la madurez del feto y la vida intrauterina por un tiempo mínimo que la legislación uruguaya, basada en datos biológicos, fija en 180 días; y
- b. la impropia, que dice relación con la inexistencia de defectos o vicios congénitos u orgánicos que impidan el desarrollo normal de los órganos y que lo inhabiliten para una vida extrauterina.

La viabilidad es una determinación médica que se supedita a la evolución de las ciencias biológicas, por lo que si bien para decidirla en la época de sanción del CCU podía ser pertinente recurrir a los conceptos de viabilidad propia e impropia que señala Gatti, parece razonable admitir que en la actualidad el concepto al cual debe atenderse es el de viabilidad impropia, en virtud de que los adelantos científicos actuales permiten conservar la vida de quien tuvo un período de gestación menor a los 180 días.

Los sustentadores de esta posición consideran, asimismo, que desde el punto de vista práctico existen grandes dificultades para determinar en qué consiste la viabilidad y acerca de si una criatura falleció por falta de viabilidad o por otra circunstancia, es que se exige que haya vivido 24 horas naturales. Este plazo es confirmatorio de la viabilidad y tiene carácter automático, por lo que si se viven 24 horas naturales se adquiere personalidad.

Para Gatti la exigencia de que para ser persona es menester nacer viable y haber vivido 24 horas naturales no se contradice con el art. 21, que no se ocupa de determinar cuando comienza la personalidad, sino que sólo tiene por finalidad determinar que hay dos especies de sujetos de derecho, pero no se pronuncia acerca de los requisitos necesarios para ser persona individual o jurídica.⁵¹

El nacimiento como suceso que determina el comienzo de la personalidad

En la doctrina uruguaya adhirió a esta posición Del Campo⁵², basándose en que:

- a. el art. 21 del CCU señala que «el hecho de nacer con vida, de haber vivido separado del seno materno, nos pone frente a un nuevo ser humano y, por lo tanto, a una nueva persona de derecho».
- b. De admitirse las exigencias de la viabilidad y las 24 horas con carácter general, la personalidad jurídica no es adquirida hasta cumplido ese plazo, por lo que el ya separado del seno materno sería individuo de la especie humana, pero no existiría para el Derecho.
- c. Los arts. 835, ord. 1°, y 1617 relativos a capacidad para adquirir por herencia y por donación rigen pura y exclusivamente para la determinación de la capacidad para heredar y recibir por donación. A través de esos preceptos, se trató de extender el reconocimiento de personalidad a favor de los concebidos no nacidos en el momento en que el derecho exige su existencia para adquirir la calidad de heredero o donatario.

51 Gatti, ob. cit., p. 42.

52 Del Campo, ob. cit., pp. 14-15.

La concepción es el elemento determinante del comienzo de la personalidad del ser humano

En el CCU existe un solo artículo que permite concretar el momento en que se adquiere la calidad de persona por parte de los seres humanos. Ese precepto es el art. 21 que dispone concisamente en su inc. 1°: «son personas todos los individuos de la especie humana». La cuestión se traslada, por ende, a determinar quiénes son individuos de la especie humana. Y a nuestro juicio, no puede dudarse que esa condición se alcanza en el mismo momento de la concepción, en razón de que desde ese instante se es individuo de la aludida especie.

Para dicha conclusión existe un elemento que no puede ser dejado de lado: desde la concepción, con independencia de que sea intra o extrauterina, existe vida humana, aun cuando esta consideración no supone necesariamente que nos encontremos ante un sujeto de derecho, en la medida en que ello va a depender de los dictados de cada ordenamiento. Y así como en ciertos sistemas jurídicos explícitamente se ha recogido la postura de que el nacimiento determina el comienzo de la personalidad (es el caso de los arts. 1° del CC italiano y 29 del español), en otros el legislador se ha pronunciado por situar ese momento cuando se produce la concepción (art. 70 del CC argentino).

En la doctrina uruguaya, han sido mayoritarios los pronunciamientos que en los últimos años han adoptado la postura de que la personalidad comienza con la concepción.

En este rumbo, Ordoqui apoya su posición en diversas disposiciones del ordenamiento vernáculo⁵³:

- a. el art. 21 del CCU. El autor considera que para entender el término «individuo» se debe recurrir a las ciencias naturales, que enseñan que «una vez fecundado el óvulo por un espermatozoide estamos en todo caso, en presencia de un nuevo ser humano, con vida actual y no potencial que se caracteriza por su 'individualidad', dado que está probado que cuando se unen los 23 cromosomas del espermatozoide con los 23 del óvulo surge lo que se denomina 'cigoto', o sea, un ser único original, con un código genético totalmente propio e irrepetible que se mueve a partir de aquí hacia su destino»;
- b. el art. 23 del Código del Niño —hoy derogado—, según el cual, «la protección prenatal comprende la protección del niño antes de su nacimiento entendida en la forma más amplia moderna y científica». El autor recuerda que en la exposición de motivos del Código del Niño de 1934 se sostuvo que «el niño comienza a existir desde el día en que se engendró. Para que lo pueda hacer en las mejores condiciones y para que su gestación se produzca normalmente, la preocupación por él debe de existir desde antes de su nacimiento»⁵⁴;
- c. la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada por el Estado uruguayo por la ley n.° 15.737, de 8 de marzo de 1985, en sus arts. 4 y 5, que disciplinan los derechos a la vida y a la integridad física;
- d. la ley n.° 15.977, de 6 de setiembre de 1988, creadora del Instituto Nacional del Menor, que estableció en el art. 2°, literal A), como uno de sus cometidos: «asistir y proteger a los menores moral y materialmente abandonados, desde la concepción hasta la mayoría de edad»;

53 Ordoqui, «Protección de los derechos del concebido. Prevalencia sobre los derechos de la madre», en *RUDF*, n.° 5, sec. Doct., pp. 137-140.

54 Ordoqui, «Derechos del concebido no nacido», *Derecho de Familia y Genética*, Montevideo, FCU, 1990, pp. 97-98.

e. el decreto-ley n.º 15.084, de 28 de noviembre de 1980, en materia de asignación familiar, que establece este beneficio desde la comprobación del embarazo y dispone que su beneficiario es el hijo menor.⁵⁵

A ello cabe agregar que el decreto 258/92, de 9 de junio de 1992, que prevé reglas sobre conducta médica, de aplicación tanto a las instituciones médicas públicas como privadas, en virtud del decreto 204/01, de 21 de mayo de 2001, dispone en su art. 2º que «el médico debe defender los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional, y especialmente el derecho a la vida a partir del momento de la concepción» y que

en salvaguardia de los derechos y dignidad de la persona humana debe negarse terminantemente a participar directa o indirectamente, a favorecer o siquiera admitir con su sola presencia toda violación de tales derechos, cualquiera fuera su modalidad o circunstancia.

Arezo Píriz transita una senda análoga y estima que el problema del comienzo de la personalidad fue objeto de un reformulamiento radical a partir de la sanción de la ley n.º 15.737, de 8 de marzo de 1985, que incorporó en su texto la ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida comúnmente como «Pacto de San José de Costa Rica». El autor se apoya en el art. 4º que tiene por *nomen* «Derecho a la vida» y en su inc. 1º expresa que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente».⁵⁶ Entiende que, según el Pacto, la vida humana está protegida desde el momento de la concepción.

A partir de la concepción, en que comienza el derecho a la protección a la vida, tenemos como sujeto de derecho activo de esa relación tuitiva al «concebido». A su vez, si el «concebido» (el *nasciturus* del derecho romano), es sujeto de derecho es, a la vez, persona, ya que ambos son conceptos inescindibles. Este desarrollo nos lleva a la ineluctable conclusión (de) que el concebido es persona y por consiguiente, en nuestro actual sistema, la personalidad comienza con la concepción del ser humano.⁵⁷

El autor añade a su postura el art. 1º de la Convención Universal de los Derechos del Niño, que fue ratificada por la ley n.º 16.137, de 28 de setiembre de 1990 —en buena medida recogido por el art. 1º del CNA—, y que dispone: «para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad». Apunta que el concepto temporal de niño se extiende desde que hay ser humano y termina cuando ese ser humano llega a los 18 años, o antes, si la legislación aplicable así lo dispone.

El «ser humano» comienza a existir como vida autónoma desde que el material genético procedente del padre y de la madre, en el momento de la concepción —que es el instante cuando el óvulo materno y el espermatozoide paterno constituyen una sola célula— se unen para convertirse en embrión, huevo o cigoto. Este ser vivo, enteramente independiente, lleva el material genético propio no sólo de la especie humana sino, también, el de ese ser individual durante el resto de su vida. Es decir, no hay un momento en que un no nacido exista como individuo pero aún no pertenezca a la especie humana.⁵⁸

55 El fundamento mencionado en último lugar lo cita Lanziano, *Derechos humanos*, Montevideo, 1998, p. 180.

56 Arezo Píriz, *El comienzo de la personalidad en el Derecho positivo uruguayo*, Montevideo, Revista Jurídica Estudiantil, 1993, p. 85. Y esta postura es seguida por Lanziano, ob. cit., p. 182

57 Arezo Píriz, ob. cit., p. 87.

58 Arezo Píriz, ob. cit., pp. 102 y 104

Como se ha expuesto, en el CCU sólo hay un precepto destinado a precisar el momento en que se adquiere la calidad de persona por parte de los seres humanos: el art. 21 que dispone que «son personas todos los individuos de la especie humana», de modo que esa calidad se adquiere cuando el ser humano es concebido, puesto que desde ese instante se tiene la condición de individuo de la especie humana. Esta conclusión, incluso, se encuentra robustecida, por otras disposiciones como las antes mencionadas que se encuentran incorporadas al ordenamiento uruguayo, de las cuales aun cuando no surge expresamente que la personalidad es atribuida desde la concepción, resulta que al concebido se le otorgan una pluralidad de derechos, lo cual torna ineludible que se lo considere sujeto de derecho y por ende, persona. De manera que, el concebido al tener diversos derechos reconocidos (como el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral) por el ordenamiento jurídico es sujeto de derechos.

Es que como ha señalado Arezo Piriz,

el nacimiento, no es la humanización del ser humano en gestación («feto»); no es el pasaje de la animalidad a la humanidad, sino una transformación de los mecanismos vitales, el comienzo de una vida autónoma, con respiración propia, en un medio abierto [...] el nacimiento es la continuación en el ciclo integral de una misma existencia, iniciada en la concepción y que concluye con la muerte.⁵⁹

En otro orden, lo dicho conduce a admitir que el concebido debe ser reputado persona, en tanto si ello no se admitiera, se caería en alguna de las siguientes conclusiones:

- a. el concebido es una entraña de la madre, con lo cual se retrocede hasta las épocas del Derecho romano antiguo; o bien,
- b. el concebido es una cosa. Estas derivaciones deben reputarse inadmisibles en el estado actual de las ciencias jurídicas, en razón de la dignidad de que el ser humano se ha hecho merecedor.

Y esta perspectiva ha sido recibida por los tribunales en la sent. del TAF 1° T., de 28 de julio de 1999, en la cual se estima respecto a la interpretación de la palabra «individuo», que el sentido natural y obvio de ella, que surge de la acepción que le confiere el Diccionario de la Real Academia Española, significa, en primer lugar, que no puede ser dividido, y, en segundo lugar, cada ser organizado, animal o vegetal, respecto de la especie a que pertenece. La nota fundamental o distinta que se desprende de tales acepciones, no resulta ser la de ser autónomo o independiente, sino la de ser indivisible con características propias dentro de los de su especie. Es esta última acepción de la palabra individuo la única correcta a juicio del Tribunal. Por ende, en el fallo se expone que «parece claro que desde la concepción existe un ser humano organizado, con características propias dentro de los de su especie y, por ende, un individuo de la especie humana al que el art. 21 del CC le otorga la calidad de persona».⁶⁰

59 Arezo Piriz, *ibíd.*

60 *LJU*, caso 13.821. En el caso se confirma sent. de primera instancia, en la cual se había estimado que la pérdida de la patria potestad por la causal prevista en el ord. 6° del art. 285 del CCU es procedente por el intento de aborto de la madre, dado que los malos tratamientos y abandono de deberes que comprometen la salud del hijo, son conductas que pueden ser llevadas a cabo tanto cuando éste ha nacido, como durante la gestación.

Protección jurídica del concebido

De conformidad con lo dicho, el concebido o *nasciturus* es sujeto de derecho, por lo que goza de todas las atribuciones de que disfruta un individuo de la especie humana ya nacido. Sin embargo, ello no es obstáculo para tomar en consideración que se trata de un sujeto que en buen grado está colocado en una situación de hecho especial, lo cual conduce a que el legislador deba adoptar las medidas necesarias para atender a su condición. Pero es ostensible que la necesidad de esas reglas no puede conducir a situar al concebido fuera del ordenamiento general.

Como consecuencia de la situación en que se encuentra el concebido, el CCU ha previsto diversas reglas que tienden a su propia conservación y al amparo de los terceros que pueden verse afectados en sus intereses.

En este sentido, el art. 274, en sede de patria potestad, prevé que ante el fallecimiento del padre durante la gestación de la criatura, la madre va a administrar los bienes que van a corresponder a éste, para el caso de que nazca viable. Se trata de una función tutelar de los intereses del concebido que en el Derecho uruguayo se concede a la madre.

El art. 223 preceptúa una medida de protección para los terceros a los cuales puede perjudicar hereditariamente el concebido: la mujer que muerto el marido se creyese embarazada debe denunciarlo a quienes serían herederos de aquél en caso de que no existiera el hijo póstumo. Y en tal caso, los interesados pueden solicitar todas las medidas que fuesen necesarias para asegurarse que el parto es efectivo y tiene lugar dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Pero esa salvaguardia es imperfecta, en razón de que la ley no impone plazos para la denuncia del embarazo. Por otro lado, el precepto se sitúa en la órbita de la filiación legítima y de su redacción se infiere que sólo es aplicable al caso en que el fallecido es el padre legítimo del concebido; por ende, se trata de un supuesto inextensible, por su especificidad, para la filiación natural. A pesar de la inaplicabilidad del texto a la filiación extramatrimonial, ello no significa que los parientes o herederos del fallecido queden desprotegidos ante la conducta fraudulenta de la madre de la criatura, dado que cuentan en su arsenal con la posibilidad de defenderse, mediante la solicitud de realización de las oportunas pruebas biológicas-genéticas, ante el intento de aquella de promover un juicio de investigación de paternidad al amparo de los arts. 197 y siguientes del CNA.

Además, por obra del ord. 2° del art. 198 se admite que la acción de investigación de filiación pueda ser promovida por el padre o la madre desde que se constata la gravidez hasta que el hijo cumpla dieciocho años.

Incluso en la doctrina uruguaya se admite que, cuando durante el embarazo se comprueba que la gestante es drogadicta o alcohólica y con ello puede causar daños al concebido, se le prive de la libertad a efectos de proteger la vida de éste⁶¹.

En materia de capacidad para adquirir por testamento (y también para adquirir por sucesión *ab intestato*, según el art. 1012 y por donación, conforme el art. 1617), el ord. 1° del art. 835 dispone que son incapaces: «1° El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión, o, aunque concebido, no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 216».

61 Cfr. Lanziano, ob. cit., pp. 184-185.

Empero, como suele ocurrir en diversas oportunidades, el legislador vernáculo al sancionar el CNA incurre en esta ocasión en otro de sus errores infantiles, dado que cuando abrogó el ord. 3° del art. 216 del CCU, mantuvo inexplicablemente la redacción del ord. 1° del art. 835, con lo cual éste efectúa una remisión al vacío.

En la actualidad sólo cabe requerir la presencia del nacimiento con viabilidad en el concebido llamado a heredar, entendiéndose por tal la aptitud para seguir viviendo por estar dotado de los órganos indispensables para ello y por haber tenido el desarrollo intrauterino que según la evolución científica le permita un desenvolvimiento dotado de cierta normalidad fuera del seno materno. Adviértase, en este sentido, que ya ni siquiera es dable requerir la presencia de la viabilidad propia, que los autores antiguos situaban en un mínimo de ciento ochenta días de gestación, puesto que los adelantos en materia médica permiten la sobrevivencia de criaturas nacidas con plazos de preñez de la madre sustancialmente menores.

Asimismo los daños que puede sufrir una persona durante su gestación pueden ser de la más variada índole y tener infinidad de causas. A vía de ejemplo, cuando la madre es víctima de un accidente en virtud del ilícito perpetrado por otra persona, que le ocasiona daños al concebido, éstos son indemnizables, sea en el plano patrimonial (*v. gr.* imposibilidad futura de desarrollar determinadas actividades laborales o mayores gastos en el cuidado de la salud), sea en el terreno moral. Del mismo modo, el error médico que provoca la transmisión o contagio de una enfermedad en el no nacido conduce a que los perjuicios que se le ocasionan a éste sean reparables.

De forma que, frente a la existencia de daños y perjuicios causados al concebido, éste puede una vez nacido incoar una acción para ser indemnizado por los daños que se le ocasionaron en el seno materno (naturalmente que mediante la representación de sus padres o de su tutor). E igual derecho tienen los padres en caso de muerte de la criatura en gestación. Y no me quedan dudas de que ello es así, pero estimo que nada impide que una reclamación en tal sentido igualmente sea susceptible de que se produzca antes del nacimiento.

Claro está, que como se afirma en la sent. del TAC 6° T., de 19 de setiembre de 2001, para que sea admisible el daño sufrido por el simplemente concebido, es necesario probar un daño diferenciado al que sufrió la madre cuando se produjo el hecho ilícito; por lo que, si no se comprueban daños al no nacido en el momento del accidente, ni luego de acaecido, no debe ser recibida la reclamación en ese sentido, pues esos daños no tienen carácter *in re ipsa*.⁶²

Ante los tribunales uruguayos se presentó un caso en que la madre natural de un menor de edad accionó en ejercicio de la patria potestad y en su representación, reclamando daños y perjuicios contra una compañía de ómnibus en virtud de que, en un accidente ocurrido en la ruta, una de las unidades embistió un vehículo en el cual, junto con otras personas, se transportaba el padre extramatrimonial del actor, cuando éste se hallaba concebido, habiendo aquél fallecido como consecuencia de ese hecho.

En el fallo de primera instancia, si bien el juez interviniente admite la culpabilidad del conductor del ómnibus y que se le debe pagar al menor una pensión de aproximadamente medio salario mínimo nacional hasta que cumpla veintiún años de edad, no recibe la reclamación por daño moral. Entre las razones aducidas en el fallo se estima por parte del juzgador que el hijo no nacido a la fecha del accidente fatal de su padre no pudo padecer daño moral alguno, dado que no era capaz para ello. Asimismo se expone que «si en el futuro ese sujeto de personalidad condicionada ha de sufrir o no por la falta de un padre que

62 Sent. pub. en *LJU*, T. 124, 2001, suma 124079.

no conoció, es un hecho jurídicamente indiferente y que no puede ser objeto de estimación reparatoria, pues lo real es que el niño no nacido no padeció daño moral como consecuencia inmediata y directa de la muerte de su padre biológico». Empero, el Tribunal de Apelaciones revocó en este aspecto el fallo de primera instancia y admitió la procedencia de la reparación del daño moral a favor del hijo, en virtud principalmente de que se estima que «el concebido siempre que nazca viable, es sujeto de derecho».⁶³

63 Sents. del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Tercer Turno, de 20 de febrero de 1981, y del TAC 3° T, de 8 de marzo de 1982, pub. en *LJU*, T. XCV, 1982, caso 9.815. También pub. en Ordoqui, *Daños y perjuicios causados al concebido aun no nacido (en la jurisprudencia)*, Montevideo, Acalí Editorial, 1984.

Fin de la personalidad de las personas físicas

Planteamiento

El legislador uruguayo no ha consagrado ninguna disposición que indique cuándo tiene lugar el fin de la personalidad de las personas físicas; no obstante, de diversos preceptos es dable concluir que aquella se extingue cuando se produce la muerte del ser humano. Para corroborar lo dicho, del ord. 1° del art. 186 se deriva que la muerte de uno de los cónyuges ocasiona la disolución del vínculo matrimonial y del art. 1037 que ese suceso, junto con la declaración de ausencia, produce la apertura legal de la sucesión.

Sin embargo, más allá de lo dicho, un examen racional de la cuestión conduce inexorablemente a esa conclusión: la personalidad atribuida a las personas físicas por el ordenamiento toma como soporte de esa prerrogativa al ser humano, por lo que, desaparecido éste, cae también esa atribución.

En el ordenamiento jurídico uruguayo, el único y exclusivo acontecimiento que provoca la extinción de la personalidad es la muerte del ser humano.

Ciertamente, por un lado, no se admiten aquellas figuras que no reconocían el *status* de personas a ciertos seres humanos como consecuencia de sanciones penales o por realizar votos solemnes en una orden religiosa; es decir, la denominada *muerte civil*. Incluso, con el propósito de excluir esta causal extintiva de la personalidad es que el art. 1037 se refiere a la *muerte natural* como hecho causante de la apertura legal de la sucesión. Consecuentemente, se debe restar importancia a la forma en que ella se produjo, esto es, si ocurrió por causas naturales, por la acción de otra persona, etcétera. Este corolario, como antes se indicó, ya aparecía recogido en la Exposición de Motivos del CCU de 1867.

Pero, por otro lado, a diferencia de lo que acontece con otros regímenes, la ausencia (arts. 50 y ss. del CCU), aun cuando se prolongue por largo tiempo o de manera perpetua, jamás permite declarar la muerte de quien la sufre. En efecto, el ausente es un sujeto eterno, que nunca es considerado fallecido, a cuyo respecto el codificador asume diferentes medidas con la finalidad de que sus bienes no queden en forma permanente excluidos del comercio.

La noción de muerte

El legislador uruguayo tampoco definió a la muerte, ni especificó el momento concreto en que se produce. Lo más cercano a una conceptualización se encuentra en el art. 7° de la ley n.° 14.005, de 17 de agosto de 1971, que regula los trasplantes de órganos y tejidos. El precepto indicado dispone que «no se podrá efectuar la autopsia ni emplear el cadáver o piezas anatómicas del mismo para fines científicos o terapéuticos, sino después de comprobada la muerte. Dicha comprobación deberá efectuarse por dos médicos del establecimiento

respectivo, que no serán los que realicen las operaciones previstas en el inciso anterior y la conclusión deberá basarse en la existencia de cambios patológicos irreversibles, incompatibles con la vida».

Sin embargo, la comprobación de esos cambios patológicos irreversibles incompatibles con la vida no constituye un elemento siempre suficiente para determinar en todos los casos cuándo acaece el fallecimiento. La razón de ello estriba en que esa comprobación se vincula con la evolución científica en el momento en que se cerciora la muerte; *v. gr.* las técnicas de reanimación de que se dispongan.

Los avances en el campo de la tanatología, que es la disciplina que estudia las modificaciones del organismo a partir de haberse producido la muerte, permiten establecer que

biológicamente, el pasaje de la vida a la muerte del cuerpo humano no constituye un fenómeno instantáneo o de un momento, sino algo gradual: se trata de un fenómeno que reconoce fases sucesivas; las células, en efecto, cesan de vivir singularmente en un orden gradual que depende de la resistencia de cada grupo a la falta de oxígeno.⁶⁴

Con todo, desde ya es posible adelantar que la idea de que la muerte tiene lugar exclusivamente con el cese de las actividades cerebral, cardiorrespiratoria y nerviosa no encaja con los conocimientos médicos actuales.

Por el contrario, en el ámbito médico ha ido adquiriendo cada vez mayor vigencia la opinión de identificar el concepto de muerte con el de muerte cerebral o encefálica, el cual ha sido recibido por diversos documentos internacionales y en los textos legislativos de algunos países. En la doctrina se señala que

con la muerte cerebral o encefálica aparece, no sólo la imposibilidad de la vida de relación, sino también la prosecución autónoma de la vida vegetativa (actividad respiratoria y cardiocirculatoria) que, sin embargo, puede ser artificialmente mantenida con el empleo permanente de medios mecánicos.⁶⁵

Y de igual tenor es la solución patrocinada por Bertoldi, al expresar que

en el estado actual de la medicina un daño al encéfalo que determina la abolición «total y permanente» de las funciones cerebrales es irreversible. El sujeto podrá en ciertos casos, sin embargo, ser mantenido en un estado de sobrevida artificial en virtud de la asistencia de mecanismos externos que suplan sus funciones vitales.⁶⁶

Por todo ello es dable afirmar que en el presente la muerte opera con la muerte cerebral o encefálica,

Consecuentemente, el Derecho positivo uruguayo no ingresa en una definición precisa de la noción de muerte, ni se involucra en determinar cuándo ella se produce, dado que se trata de una concepción variable conforme a los adelantos que se desencadenan en las ciencias biológicas. En la actualidad, atento a la evolución de las disciplinas médicas, el concepto de muerte coincide con la idea de muerte encefálica o cerebral, dado que al verificarse ésta se produce el cese irreversible de las funciones corporales y se torna imposible la resucitación del sujeto. No obstante ello, puede obtenerse la continuación en el funcionamiento de algunos órganos, mediante intervenciones mecánicas, a efectos de allanar las posibilidades de efectuar un trasplante.

64 Tobías, *Fin de la existencia de las personas físicas*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988, p. 7.

65 Tobías, *ob. cit.*, pp. 17, 18 y 20 y nota 60 de la p. 21.

66 Bertoldi, *ob. cit.*, pp. 301 y 303.

En el ordenamiento patrio, se ha tomado en consideración lo que venimos exponiendo, y el inc. 3° del art. 7 de la ley n.° 14.005, en la redacción dada por la 17.668, de 2 de julio de 2003, dispone que

cuando el diagnóstico de muerte establezca muerte encefálica u otra mejor evidencia científica, la hora del fallecimiento del individuo es la hora en que el médico firme dicho diagnóstico en la historia clínica, más allá de que los apoyos ventilatorios continúen hasta la ablación de los órganos en aquellos casos que revistan la condición de donantes.

Consecuencias del deceso en el plano jurídico

La defunción de la persona física, y consecuentemente la extinción de la personalidad, provoca innumerables consecuencias, en tanto se vuelve imprescindible determinar no sólo qué derechos, deberes y acciones se transmiten a los herederos, sino también cuáles se extinguen.

En la doctrina patria se señala, y es dable recibir la idea como regla de principio, que se extinguen por la muerte todos los derechos y obligaciones que emanan de una calidad inherente a la persona del causante y no se extinguen los derechos y obligaciones de contenido exclusiva y fundamentalmente patrimonial⁶⁷.

El tema será desarrollado con mayor profundidad en el capítulo 9 de la tercera parte, cuando se analicen los modos de adquirir.

67 Cestau, ob. cit., pp. 30-31.

Nombre

Planteamiento

El nombre, incluyendo dentro del concepto al nombre o nombres de pila y a los apellidos, constituye uno de los medios de identificación de las personas. En la actualidad es considerado uno de los derechos de la personalidad, por lo que atribuye a su titular una serie de derechos que son oponibles *erga omnes*, pero también le genera determinados deberes frente a la sociedad de la cual forma parte.⁶⁸

En lo primordial, todo sujeto tiene:

- a. el derecho a usar «su» nombre; y
- b. el derecho a exigir al resto de la comunidad que el mismo no sea menoscabado de forma alguna⁶⁹.

Sin embargo, no puede perderse de vista que el nombre también tiene carácter de «deber», el que se traduce en la obligatoriedad de que cada persona utilice su nombre, sólo ese y no otro, salvo que sea admisible la utilización de un seudónimo. El sujeto activo de dicho deber no es otro que la comunidad en la que el individuo se halla inmerso, la cual cuenta con determinados instrumentos jurídicos (normas penales, civiles y administrativas) que la protegen del uso inapropiado del instituto que hagan sus miembros. Dicho deber, de modo parecido a como ocurría con los derechos anexos al nombre, no resulta explícitamente del orden jurídico, debido a la escasez normativa al respecto, pero la falta de preceptos no es óbice para el reconocimiento de su existencia.⁷⁰

La agresión a un nombre, en realidad, no incluye únicamente la ofensa al conjunto de vocablos que lo componen, sino más específicamente a la persona física que lo tiene atribuido. Como ha señalado la doctrina, «la protección jurídica del nombre no puede encararse como la mera defensa de un signo exterior [...] [sino que] es un ataque a la personalidad, y la defensa del nombre es la defensa del hombre en su más alta jerarquía: la dignidad humana».⁷¹

68 Así también: Parga Lista, «El nombre. Derecho de la personalidad», *RUDF*, n.º 5, Montevideo, FCU, 1990, p. 133.

69 Vid. por todos: Odriozola, *Nombre. Domicilio. Estado civil*, Montevideo, FCU, 1992, p. 11. En este derrotero, en una sent. del TAF 1.º T, de 3 de febrero de 1995, se lee que «los esenciales caracteres del nombre son la necesidad que toda persona debe tener para su uso en vida de relación, en la unidad, ya que nadie tiene otro que el que le corresponde, la exclusividad, ya que no puede pertenecer a otra persona, y como corolario, su indisponibilidad e inmutabilidad, ya que puede cambiarse solamente en circunstancias especiales» (*ADCU*, T. XXVI, f. 73, p. 37).

70 Como advierte la doctrina uruguaya en el Código Penal se castiga, como falta contra el orden público, rehusarse a dar el nombre o darlo falso cuando es requerido por funcionario policial con fines informativos (art. 360, ord. 6º); y como delito de falsificación ideológica, el prestar una declaración falsa sobre la identidad con motivo del otorgamiento o formalización de un documento público (art. 239). Pero además de ello, la utilización de un nombre falso puede conducir a que se cometan otros ilícitos, como usurpación de funciones, falso testimonio, estafa, etcétera (cfr. Odriozola, ob. cit., p. 12).

71 Pliner, *El nombre de las personas*, Buenos Aires, 1966, p. 96. Y más adelante, el autor indica que el nombre es inseparable de la persona «se confunde con ella en la función individualizadora del sujeto, como instituto

Pero el nombre no sólo se puede analizar desde la perspectiva de medio de identificación de las personas, en donde se incluye dentro de los derechos de la personalidad de quien lo porta, sino que también es posible hacerlo desde una faceta patrimonial, que permite su explotación, particularmente para aquellas personas que han adquirido notoriedad en algún ámbito de sus actividades. En este cauce, ya desde el prólogo de su profunda como recomendable obra, Lamas expresa que

el nombre es a la vez un atributo de la personalidad, tanto como un bien jurídico sobre el cual se realizan operaciones de contenido netamente económico, o sea que se usa como marca de productos, se utiliza en la publicidad o se lo emplea para identificar establecimientos comerciales o sociedades con fines de lucro.⁷²

En el orden supranacional, el art. 18 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), bajo el título «Derecho al Nombre» dispone que «toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario».

Por su lado, la *Convención Universal de los Derechos del Niño* en el apdo. 1° del art. 7 prescribe que «el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos». Entretanto, el art. 8, por un lado, dispone que «los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas» y por otro, que «cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».

En el ordenamiento patrio, el art. 26 del CNA previene bajo el rótulo «Derecho al nombre y apellidos familiares» que «todo niño tiene derecho, desde su nacimiento, a ser inscripto con nombre y apellido».

El Derecho positivo uruguayo carecía con respecto a la identificación de las personas y a la determinación del nombre de pila o del apellido de un estatuto sistemático y orgánico. Fuera de lo dispuesto por el decreto-ley n.° 15.462, de 16 de setiembre de 1983, en que se regulaba con cierta organicidad lo relativo a la designación de las personas de filiación extramatrimonial, en lo que decía relación con los demás aspectos que se vinculaban al instituto, existía una diversidad de fuentes a las cuales era menester recurrir para intentar construir una estructura organizada del tema. Empero, la situación ha variado con la aprobación del CNA, de 7 de setiembre de 2004, que regula, al menos, ciertos aspectos del tema, como por ejemplo y primordialmente, la determinación del apellido de los niños y adolescentes.

en que confluyen el interés privado de cada persona en conservar y hacer valer su singularidad individual, y el interés colectivo de los miembros de la comunidad de ser fácilmente distinguibles los unos de los otros» (ibíd., p. 445).

72 Lamas, *Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana. Estudio sobre el nombre, la imagen, la intimidad, la identidad el honor y la reputación como derechos personales y como derechos patrimoniales*, Montevideo, Ed. Cikato Abogados, 2004, p. 9.

Elementos de individualización

En el Derecho positivo uruguayo es posible observar la presencia de elementos esenciales y contingentes para la designación de las personas. Los primeros son el nombre de pila, que puede estar conformado por uno o varios vocablos, y los apellidos. Dentro de los segundos, se ubican el apodo y el seudónimo.

Nombre de pila

En cuanto al nombre de pila, en principio, existe amplia libertad en cuanto al vocablo o vocablos a elegir y al número de nombres que se atribuyen a la persona, ya que se trata de un elemento que no se vincula con la pertenencia a una familia determinada.⁷³ La oportunidad en que este elemento es atribuido a la persona es el momento en que se inscribe su nacimiento ante la Oficina competente del Registro de Estado Civil, de conformidad con el ord. 3° del art. 39 del decreto-ley n.° 1.430, de 11 de febrero de 1879.

Las únicas limitaciones para la elección del nombre de pila están previstas en el art. 5° del decreto-ley n.° 15.462, según el cual «los Oficiales de la Dirección General del Registro del Estado Civil no inscribirán nombres de pila que sean extravagantes, ridículos, inmorales o que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se les imponen».

Siguiendo el *Diccionario de la Real Academia Española*, *extravagante* significa raro, extraño, desacostumbrado, excesivamente peculiar u original. *Ridículo*, por su lado, señala aquello que por su rareza o extravagancia mueve o puede mover a risa; se trata de una denominación extraña, irregular y de poco aprecio y consideración. Mientras que «inmoral» implica que se opone a la moral o a las buenas costumbres. Entretanto, «equívoco» denota que el nombre asignado puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o dar ocasión a juicios diversos; por ejemplo, que a pesar de ser llevado por un hombre en el común de la comunidad corresponde al género femenino. Se trata, pues, de restricciones que en buen grado quedan sujetas a la valoración de quien interviene en la redacción de la partida de nacimiento de la criatura y de los propios padres (u otros sujetos) que realizan la inscripción.

Como es fácil de ver, la ley incluye limitaciones formuladas con una gran apertura, pero que en todo caso tienen una finalidad común, consistente en que el nombre que se atribuya no incida negativamente en la identidad de quien lo porta. Pero fuera de esas limitaciones genéricas, no existen en el Uruguay otras restricciones, a diferencia de lo que acontece en otros países, en que sólo se admite elegir nombres propios de ciertas listas, se prohíbe utilizar nombres en idiomas diferentes al oficial o utilizar apellidos como nombres.⁷⁴

A vía de ejemplo, en la legislación española quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, así como los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo; tampoco puede imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiera fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua. En Italia está prohibido imponer al niño que se inscribe el mismo nombre del padre o madre vivos, de un hermano o de una hermana vivos, un apellido como nombre o nombres ridículos o vergonzantes. Asimismo, también está limitada la cantidad de nombres de pila a tres. Mientras tanto, en la República Argentina no podrán inscribirse:

73 Es un elemento «libre de toda vinculación preestablecida» (Pliner, ob. cit., p. 76).

74 Cfr. Lamas, ob. cit., p. 58.

- a. los nombres que sean extravagantes, ridículos, contrarios a las costumbres del país, que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas, o que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impone;
- b. los nombres extranjeros, salvo los castellanizados por el uso o cuando se tratare de los nombres de los padres del inscripto, si fuesen de fácil pronunciación y no tuvieran traducción en el idioma nacional (queda exceptuado de esta prohibición el nombre que se quisiera imponer a los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulares acreditadas, y de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en el territorio de la República Argentina);
- c. los apellidos como nombre;
- d. primeros nombres idénticos a los de hermanos vivos;
- e. más de tres nombres.

Sin embargo, podrán inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas, que no contraríen la prohibición de llevar más de tres nombres.

Apellidos

Los apellidos son también elementos esenciales de individualización, que se determinan en general, aun cuando no exclusivamente, en atención a la filiación de la persona que los lleva. Mientras en la filiación matrimonial se transmite o comunica de padres a hijos, en la extramatrimonial, esa comunicación no siempre tiene lugar.

El apellido es aquella parte del nombre que normalmente es idónea para demostrar la situación familiar de la persona, su pertenencia a una familia. Mientras la persona se distingue por medio del nombre de pila de los otros componentes de su grupo familiar, se distingue a través del apellido de los sujetos que pertenecen a otros grupos familiares y que pueden tener su mismo nombre. Por lo que juntos, nombre y apellido, actúan para la identificación de la persona.⁷⁵

La posibilidad de que a ciertas personas se les atribuyan apellidos de uso común o corriente, con absoluta independencia de la familia en que están inmersas, determina que no siempre en el Derecho positivo uruguayo, la asignación del apellido demuestre la pertenencia a una familia.

Elementos no esenciales de identificación

Dentro de aquellos elementos catalogados como no esenciales o contingentes para la identificación de las personas se encuentran el apodo, también llamado alias o sobrenombre, y el seudónimo.⁷⁶

Se trata de elementos que carecen de obligatoriedad y que si bien la ley no prohíbe su uso, tampoco los regula, ni los protege, salvo en alguna hipótesis concreta en que puede de manera indirecta referirse a ellos. Por ejemplo, es lo que acontece con el inc. 1° del art. 787 del CCU, del cual se infiere que es válida y eficaz la designación de un heredero o legatario en un testamento por medio de su apodo o su seudónimo.

75 Cfr. Schwarzenberg, «Il nome della famiglia ed il principio de certezza», *Revista DFP*, 1988.2, sec. Giurisprudenza di legittimità, p. 675.

76 Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, el apodo es el «nombre que suele darse a una persona, tomado de sus defectos corporales o de alguna otra circunstancia» y el seudónimo es el «dicho de un autor que oculta con un nombre falso el suyo verdadero» o el «nombre utilizado por un artista en sus actividades, en vez del suyo propio».

Sin embargo, este último elemento asume cierta trascendencia en la ley n.º 9.739, de 17 de diciembre de 1937, que regula la Propiedad Literaria y Artística, al prever en su art. 12 que, sean cuales fueren los términos del contrato de cesión o enajenación de derechos, el autor tendrá sobre su obra, la facultad de exigir la mención de su nombre o seudónimo en todas las publicaciones, ejecuciones, etcétera, que de ella se hicieren. De modo similar en el art. 30 de dicha ley, se indica que «en caso de obra anónima o con seudónimo, el editor o empresario será el titular de los derechos de autor, mientras éste no descubra su incógnito y haga valer su calidad».

El sobrenombre, alias, mote o apodo es un medio de individualización accesorio o eventual de las personas que en general es heteroimpuesto, y resulta del medio familiar o social en que actúa quien lo tiene atribuido: y que por lo tanto, su presencia o ausencia no genera consecuencias jurídicas.⁷⁷

El seudónimo, en cambio, es un apelativo escogido por el propio interesado y con el cual se cumplen una de estas dos funciones: o bien, que quien lo lleva se haga conocer en un sector particular de su actividad (*v. gr.* la artística), o bien, trata de reservar en casos puntuales la verdadera identidad de quien lo utiliza.

Su trascendencia es mayor que la del apodo y por eso recibe una superior protección de parte del ordenamiento, que en variadas circunstancias lo toma en consideración: *v. gr.* en materia de propiedad literaria y artística, de conformidad a lo ya expuesto. Como se advierte en la doctrina doméstica, «cumple una finalidad de identificación en el medio particular para el que ha sido adoptado, donde la persona llega a ser conocida, precisamente, por el seudónimo y no por el nombre».⁷⁸

Es un elemento por el cual opta el propio interesado, y aun cuando en circunstancias extraordinarias podría ser impuesto por terceros, para que asuma el carácter de seudónimo es imprescindible que quien lo lleva lo adopte para sí en esa condición. Y si bien es un elemento de libre elección, dado que no depende —a diferencia del apellido— de vinculación familiar alguna, debe ser hecha con fines lícitos⁷⁹ y no es posible adoptar el nombre verdadero de otra persona, pues en ese caso, ésta dispondrá de la acción de impugnación del nombre para impedir el uso ilegítimo de su forma de designación.⁸⁰ Pero a su vez, la adopción legítima de un seudónimo apareja para quien lo lleva una protección análoga a la del nombre, por lo que puede oponerse a su uso por parte de los terceros.⁸¹

La protección del nombre y la del seudónimo tienen sustanciales diferencias, dado que el nombre adquiere protección por sí mismo, es una forma de designación prácticamente congénita al sujeto y que no depende de utilización por otros miembros del entramado social; entretanto, la adopción de un seudónimo, al ser un elemento de adquisición posterior, no puede afectar el derecho al nombre de otros componentes de la sociedad, ni la elección de los mismos vocablos que ya hayan hecho otros individuos.

77 Sin embargo, para Lamas, algunos apodos de personas de cierta notoriedad, si bien no han sustituido el verdadero nombre de los involucrados, permiten identificarlos perfectamente, por lo que si llegan a convertirse en un sustituto del nombre adquirirían el mismo estatuto jurídico que el seudónimo (cfr. ob. cit., p. 82).

78 Odriozola, ob. cit., p. 23.

79 Como se señala en la doctrina, la sustitución del nombre propio por el seudónimo con fines ilícitos, podría en su caso configurar el delito de falsificación ideológica o el de estafa (cfr. Gatti, ob. cit., p. 74).

80 Odriozola, ob. cit., p. 23.

81 Incluso alguna postura admite una protección similar a la del seudónimo para el caso del nombre de pila usado aisladamente, cuando permite identificar inequívocamente a una persona (Lamas, ob. cit., p. 81).

Por otro lado, si bien el apodo y el seudónimo disfrutan de ciertas características comunes, como su ausencia de necesidad o la libertad de modificación, sin que con ello se afecten los documentos de identificación de las personas que los llevan, tienen algunas diferencias que se vinculan, en lo primordial, con la mayor trascendencia que disfruta el seudónimo en la vida de relación. En efecto, mientras el apodo no admite protección jurídica de especie alguna, de modo que nadie tiene la facultad de oponerse a la utilización por otro del mismo sobrenombre, y en cierto modo carece de forma absoluta de regulación o protección por parte del ordenamiento, el seudónimo, en ciertas hipótesis, adquiere connotaciones jurídicas y permite la instauración de acciones para su protección.

Caracteres del nombre

Necesidad de su existencia

La supuesta existencia de una sociedad sin nombres que identifiquen a sus componentes llevaría entre otras dificultades a la imposibilidad de crear vínculos jurídicos.⁸²

Absolutez u oponibilidad *erga omnes*

El derecho sobre el nombre que cada persona lleva goza de absolutez, en la medida que el resto del mundo tiene el deber de no perturbar a su titular; por ejemplo, apropiándose de él y utilizarlo en beneficio propio. De forma que, cuando el nombre a que una persona tiene derecho es utilizado ilegítimamente por otra, su titular puede iniciar las correspondientes acciones judiciales a fin de que cese y/o se repare la afectación producida.

Indisponibilidad e irrenunciabilidad

La disposición o renuncia al nombre por parte de su titular conllevaría la imposibilidad de que fuera identificado en sus actividades sociales. No obstante ello, nada impide que se conceda una autorización a un tercero a efectos de que pueda explotarlo comercialmente. Pero es evidente que ello no supone en modo alguno ni transmitir el nombre, ni renunciar a él, dado que a pesar de la cesión continúa identificando a la persona. En este sentido, Lamas expresa que en esos casos no existe una enajenación de un nombre registrado como marca, sino la enajenación de una marca que contiene el nombre de una persona.⁸³

Imprescriptibilidad

Expresar que el nombre es imprescriptible significa que él no se adquiere, ni se pierde por el paso del tiempo. Por consiguiente, aunque una persona utilice durante largo tiempo un nombre diverso al que le corresponde y no se aproveche del que sí tiene atribuido desde la inscripción de su nacimiento, no adquiere aquél, ni pierde éste. Con todo conviene señalar que si bien lo dicho es ineluctable, una de las causales a la que más repetidamente se recurre a los tribunales con la finalidad de procurar un cambio de nombre es el uso prolongado de una forma de identificación que no le corresponde al individuo.

82 Como señala la doctrina, «el individuo que no llevase un nombre quedaría jurídica y moralmente aniquilado; sería un ente biológico, pero carecería de entidad jurídica, de personalidad; nada podría predicarse de un quien no individualizado» (Pliner, ob. cit., p. 98).

83 Lamas, ob. cit., p. 103.

Extrapatrimonialidad

El nombre no forma parte del patrimonio de las personas, a diferencia de la propiedad que es un bien de naturaleza patrimonial, por lo que es alienable, prescriptible y transmisible, aquel no puede transferirse, ni ser objeto de renuncia o de prescripción. Empero, su ausencia de patrimonialidad no impide que si el titular del nombre obtiene una indemnización como consecuencia de un uso inapropiado por parte de otro sujeto, lo que perciba ingrese en su patrimonio.

Estabilidad

Como expresa Pliner, «la función individualizadora del nombre quedaría frustrada si cada individuo, pudiera cambiárselo a su placer, y el desorden social que ello traería aparejado sería aún más grave que si los nombres no existieran»⁸⁴. Pero la estabilidad del nombre no es una condición que tenga carácter inexorable, dado que es posible que existan ciertos hechos —en algunos casos previstos en la ley y en otros admitidos por los jueces— que lleven a la admisibilidad del cambio del nombre que la persona tiene atribuido.

Determinación del apellido

En el caso de los hijos, la determinación de los apellidos está vinculada con la filiación. Como consecuencia de ello es imprescindible distinguir los supuestos de filiación matrimonial o legítima, extramatrimonial o natural, y adoptiva.

Filiación matrimonial

Como resulta del art. 27 del CNA «el hijo habido dentro del matrimonio llevará como primer apellido el de su padre y como segundo el de su madre».⁸⁵ Se trata de una comunicación de *pleno derecho*⁸⁶ o *ipso iure* por el solo hecho de ser concebido o nacer de progenitores matrimoniados entre sí.

Filiación extramatrimonial

De conformidad al art. 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, incorporada al ordenamiento uruguayo, a través de la ley n.º 15.737 de 8 de marzo de 1985, «toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario». Por medio del precepto se trata de que la forma en que las personas son identificadas permita determinar su diferente filiación.

Actualmente, el tema de la determinación de los apellidos de los hijos extramatrimoniales está disciplinado por los ords. 2º a 8º del art. 27 del CNA. Y de lo que se trata, siguiendo a la Convención Americana de Derechos Humanos ya citada, es de no provocar

84 Pliner, ob. cit., p. 100.

85 La atribución en primer lugar del apellido paterno sobre el materno no debe ser vista como la expresión de un reconocimiento del predominio de la figura masculina sobre la femenina, sino simplemente como la utilización de un sistema anagráfico que el uso y la costumbre han concurrido a crear: se trata de un hecho que hunde sus raíces en la historia (cfr. Dall'ongaro, «Il nome della famiglia ed il principio della parità», *Revista DFP*, 1988.2, sec. Giurisprudenza di legittimità, p. 672).

86 Odriozola, ob. cit., p. 15.

discriminaciones en lo referido a la forma de designación de las personas vinculadas a su filiación, por lo que se prevé que toda persona lleve dos apellidos, aun cuando sea menester utilizar alguno que no se corresponda con el de los progenitores.

Cuando se inscribe un hijo extramatrimonial por parte de ambos padres, esa inscripción implica el reconocimiento (art. 31.1 del CNA) y aquel lleva en primer lugar el apellido de su padre y en segundo término el de su madre (ord. 2° del art. 27).

Igual designación lleva el hijo cuando es inscripto únicamente por su padre (ord. 3°). Claro está, sin embargo, que en este caso el reconocimiento sólo opera respecto al progenitor que inscribe.

En caso de que la inscripción sólo la realice su madre, únicamente ésta asume la calidad de progenitor reconociente, por lo que la ley prevé que la criatura lleve sus dos apellidos (ord. 4°). Empero, la propia disposición establece que en caso de que la madre no tenga segundo apellido, al hijo se le atribuirá uno de uso común.

En aquellas hipótesis en que el hijo es inscripto por persona diferente a sus progenitores, lleva en primer lugar un apellido de uso común y en segundo término el de quien resulte acreditada como su madre (ord. 5°). Y lo mismo acontece cuando quien inscribe es un familiar del niño, como innecesariamente expresa el ord. 8° del precepto. Sin embargo, hay una pequeña diferencia entre ambos apartados, dado que en el caso del ord. 5° no se prevé quien escoge el apellido de uso común, en cambio, en el ord. 8°, la elección corresponde al familiar de la criatura que se inscribe.

El ord. 7° del art. 27 dispone que «los apellidos de uso común serán sustituidos por el del padre o la madre que reconozca a su hijo o sean declarados tales por sentencia, debiendo recabarse a tales efectos la voluntad del reconocido que haya cumplido los trece años de edad (art. 32)». Entretanto, el art. 32 dispone que

cuando el hijo fuere reconocido luego de haber cumplido trece años de edad, tiene derecho a expresar en forma ante el Oficial del Registro de Estado Civil su voluntad de seguir usando los apellidos con los que hasta entonces era identificado. Dicha expresión de voluntad será anotada al margen de su partida de nacimiento.

Filiación desconocida

Tratándose de hijos de padres desconocidos, la ley innecesariamente dice «inscriptos de oficio», refiere que llevarán dos apellidos de uso común que serán seleccionados por el Oficial del Registro de Estado Civil que intervenga en la inscripción (ord. 6° del art. 27).

Filiaciones no biológicas

Hasta la ley n.° 18.590, de 18 de setiembre de 2009, en el régimen uruguayo era indispensable al analizar las filiaciones, que no tienen su apoyo en la naturaleza, dos especies: por un lado, la legitimación adoptiva o adopción plena, y por otro, la adopción simple.

En la primera, el legitimado adoptivamente quedaba colocado en idéntica posición que un hijo legítimo de quienes lo legitimaban, tanto en cuanto a sus derechos, como en la instrumentalización que se llevaba a cabo para hacerlo aparecer como si se tratara de un hijo nacido del matrimonio de sus padres (a vía de ejemplo, en la nueva partida de nacimiento que se labraba no se hacía referencia al proceso en que el menor obtuvo su nuevo *status* familiar y filial, y se anotaba en la Libreta de Organización de la Familia de modo idéntico a la forma en que se anotaban los hijos habidos dentro del matrimonio).

Con la figura se procuraba la inserción plena del legitimado en la familia legitimante y para ello ingresaba con todos los derechos y obligaciones que correspondían a un hijo matrimonial o legítimo, estableciéndose una vinculación parental no sólo con los legitimantes, sino con todos los demás integrantes de la familia (por consiguiente era considerado hermano legítimo de otros hijos legítimos de los legitimantes, nieto legítimo de los padres legítimos de los legitimantes, etcétera). El reverso del principio es la destrucción total y definitiva de los vínculos jurídicos que unen al menor con su familia biológica.

En la segunda, la adopción simple, el adoptado no ingresa como hijo matrimonial a la familia del adoptante, sino que únicamente se creaba un vínculo jurídico entre quienes asumían los roles de adoptante y adoptado.

Con las modificaciones producidas como consecuencia de la aludida ley n.º 18.590, se suprime la diversificación de especies de filiaciones no biológicas y se sustituyen por una sola clase de filiación que, a grandes rasgos, coincide con la que era la legitimación adoptiva.

En cuanto a la forma de identificación del apellido de los adoptados, el art. 1º de la ley citada modificó los ords. 9 y 10 del art. 27 del CNA y actualmente se dispone que el adoptado sustituirá su primer apellido por el del padre adoptante y el segundo apellido por el de la madre adoptante.

Para el caso que la adopción se lleve a cabo únicamente por una persona va a sustituir solamente uno de sus apellidos, de manera que, si lo adopta un hombre sustituye su primer apellido y si lo hace una mujer sólo el segundo.

Ahora bien, si el adoptado es un adolescente puede convenir con él o los adoptantes por mantener uno o ambos apellidos de nacimiento.

Asimismo, la sentencia que autorice la adopción dispondrá el o los nombres y apellidos con que será inscripto el adoptado, previéndose que salvo razones fundadas, se conservará al menos uno de los nombres asignados al niño o niña en la inscripción original de su nacimiento.

El apellido de la mujer casada

Con respecto al apellido de la mujer casada, en el Uruguay es común que luego de los apellidos propios de ésta se añada la partícula «de» seguida del apellido del marido.

La única disposición referida al tema es el art. 191 del CCU, según el cual: «ejecutoriada la sentencia de divorcio, no podrá la mujer usar el apellido de su marido». Se trata de una prohibición que opera automáticamente, *ipso iure*, sin necesidad de que el juez que decreta la disolución del vínculo tenga que pronunciarse respecto a ella.

De dicha disposición es posible extraer las siguientes conclusiones: a) durante la vigencia del matrimonio, la mujer tiene el derecho, pero no el deber, de usar el apellido de su marido; b) ese derecho puede ser dejado de lado en cualquier momento por su sola voluntad; c) cuando la disolución del vínculo se debe al fallecimiento del marido, la viuda puede continuar utilizando el apellido de su cónyuge fallecido.

Apellidos compuestos

En cuanto a los apellidos compuestos, mantiene su vigencia el decreto-ley n.º 15.462, que en su art. 4º dispone que «los apellidos compuestos sólo se transmitirán íntegramente cuando surja de los documentos de estado civil correspondientes que han sido usados, por lo menos, desde dos generaciones anteriores».

En un caso resuelto por sent. del TAF de 1er. T., de 2 de agosto de 1999, se denegó la pretensión de modificar el apellido paterno «García» por el compuesto «García Arocena».

Del fallo resulta que el apellido «García» corresponde al abuelo paterno y «Arocena» a la abuela paterna. El padre del peticionario se llamaba «H. García Arocena», hijo de C. García Acevedo y R. Arocena, por lo que no resulta que en momento alguno las anteriores generaciones hayan utilizado el apellido compuesto como se solicita por la ley, sino que esos dos apellidos solamente fueron empleados por el padre del actor al firmar con los apellidos de ambos progenitores.⁸⁷

Y una solicitud similar había sido negada, aun antes de la vigencia del decreto-ley n.º 15.462, por un fallo de Parga, de 2 de febrero de 1978, entonces titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2º Turno, en el que se expresa que «el motivo invocado por los dos hermanos para solicitar el cambio del nombre es honrar a su padre agregando al apellido de éste su segundo apellido, sin perjuicio del apellido materno propio». Coadyuvó a la decisión adoptada que uno de los hermanos desistió de la solicitud de cambio de nombre, por lo que, de haber sido consentida, los dos hermanos figurarían con apellidos distintos.⁸⁸

Cambio de nombre

Las especies de cambio de nombre se dividen en dos grupos:

- a. *Por vía de consecuencia o de pleno derecho.* Este supuesto refiere exclusivamente a supuestos de modificación del elemento apellido, y está conformado por hipótesis que tienen lugar como consecuencia de la ocurrencia de determinados actos jurídicos previstos por la ley, normalmente modificativos del estado civil de quien lo tiene atribuido; por ejemplo, cuando un hijo de padres desconocidos luego es reconocido por uno de ellos o por ambos.
- b. *Por vía principal, a iniciativa del interesado o previa decisión judicial.* Se trata de casos en los que la persona recurre a los tribunales a fin de que, una vez expuestos los motivos que considera justificados para ello, reclama que se autorice la sustitución o modificación del o los nombres o apellidos con que se halla identificado conforme a la documentación del Registro de Estado Civil, por otro u otros.

Las diferencias entre ambos grupos son patentes.

- a. El cambio por vía de consecuencia sólo se refiere al elemento apellido, mientras que el cambio por vía principal puede referirse a cualquiera de los elementos constitutivos del nombre.
- b. El cambio de pleno derecho se produce en virtud de la ley, por la ocurrencia de determinados actos jurídicos o fallos judiciales que inciden en el estado civil de la persona, sin que importe la voluntad de ésta, no requiriéndose, por tanto, una decisión judicial que expresamente autorice la variación en su identificación. En cambio, cuando procede por iniciativa del interesado tiene como origen una solicitud de éste y sólo tiene lugar cuando existe una decisión del órgano judicial competente que admite la modificación, dotada de la debida publicidad y fruto del procedimiento estatuido legalmente. Como derivación de que no existe regulación legal alguna de los supuestos en que es admisible su procedencia (sin perjuicio de que ciertas disposiciones del decreto-ley n.º 15.462 relativas a la determinación del nombre, admiten aplicación analógica a los supuestos de mutación posterior) es preciso reconocer

87 Cfr. *ADCU*, T. XXX, f. 540, p. 196.

88 *ADCU*, T. IX, f. 196, p. 29.

una mayor discrecionalidad de los magistrados para fallar, atendiendo a los motivos invocados por quien promueve la acción.

Cambio de nombre por vía de consecuencia

En estos supuestos cabe incluir aquellos cambios que tienen su sustento en la variación del estado civil de quien tiene atribuido un apellido.⁸⁹

Se trata de variaciones en el apellido que se producen *ministerio legis*, de pleno derecho, sin que para nada influya la voluntad de los sujetos⁹⁰. No obstante ello, en múltiples ocasiones en que tiene lugar un cambio de apellido por modificaciones en el estado de familia de un sujeto, se admite que la voluntad de éste pueda influir en la determinación (*v. gr.* cuando se trata de un menor adolescente que es reconocido, y se opone a que se le cambien los apellidos con los que fue inscripto originariamente).

Algunos de los supuestos de cambio por vía de consecuencia son los siguientes:

- a. reconocimiento de hijo extramatrimonial;
- b. declaración judicial de paternidad o maternidad;
- c. adopción.

Cambio de nombre por vía principal o a iniciativa del interesado

La modificación por vía principal en el nombre de una persona queda establecida en la partida de nacimiento de ésta; por ende, aquella modificación apareja una variación de las actas del Registro de Estado Civil. Como consecuencia, se requiere un procedimiento judicial que es denominado como de rectificación de partidas y que se halla regulado por los arts. 72 a 78 del decreto-ley n.º 1.430.

Los motivos aducidos para proceder al cambio de nombre por vía principal son de lo más heterogéneos: uso de otro nombre, apellido extranjero⁹¹, nombre ridículo, cambio de sexo, etcétera). Incluso, en los órganos judiciales argentinos se ha admitido que los hijos de un homicida dejen de usar su apellido para individualizarse sólo con el de la madre, cambiar de nombre a quien se le atribuyó el de «Ateo», variar el apellido del expósito para adoptar el de su tutor y cambiar apellidos inobjetables en el idioma de origen, pero que en español resultarían soeces.⁹²

89 Como se ha señalado por los tribunales uruguayos, «a través del nombre se vislumbra la filiación de la persona, razón por la que, su cambio procede por vía de consecuencia, cuando se producen con posterioridad a la inscripción del nacimiento acontecimientos que determinan su modificación, que se produce de pleno derecho, sin que para ello influya la voluntad de la persona» (sent. del TAC 1er. T., de 11 de febrero de 1987, pub. en *ADCU*, T. XVIII, f. 711, p. 122).

90 Cfr. Cestau, ob. cit., p. 59.

91 En este rumbo, en una sent. uruguaya de 13 de marzo de 1944, se resolvió sobre una solicitud de una mujer de apellido «Ziganovsky» tendiente a rectificar su partida de matrimonio y las de nacimiento de sus hijos para que figurara el apellido «Zigaldo», autorización que unos años antes ya había logrado el hermano de la promotora. El motivo invocado se centró en que su nombre, por razones ajenas a su voluntad, constituye «una etiqueta de ideas extremistas y de sangre judía», lo que le ha provocado burlas hirientes a ella y a sus descendientes. En la providencia se niega el cambio solicitado, en virtud de que la acción se funda únicamente en que el apellido de la gestionante «es un índice revelador de la raza». En el fallo del juez Macedo, dictado en pleno transcurso de la 2ª guerra mundial, se expresa que si bien esa podía ser una justa causa en aquellos países donde el perjuicio racial ha provocado la violación de los más sagrados atributos del hombre, no tiene el mismo valor en el Uruguay, «donde es real y efectiva la igualdad entre todos los hombres, porque todos por igual tienen derechos» (cfr. sent. pub. en *LJU*, T. VIII, caso 1.666).

92 Ennis, voz «Nombre», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XX, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965, p. 306.

Por su parte, como ya se expuso, el art. 5° del decreto-ley n.° 15.462 impide que se confieran a las criaturas cuyos nacimientos se inscriben nombres que sean ridículos, inmorales, extravagantes o que susciten equívocos respecto a su sexo. La disposición se encuentra formulada con una palmaria finalidad, consistente en que el nombre que se atribuye no ocasione perjuicios a su titular en su vida de relación. Ahora bien, ese mismo fundamento está presente cuando una persona tiene atribuido un elemento onomástico que le produce un menoscabo en su identidad, de modo que, ante esta coyuntura, es posible que instaure una variación de él, a efectos de no ser lesionado mediante sus signos de identificación, con sostén en la aplicación analógica del mencionado precepto.

Los principales motivos aducidos para el cambio de nombre son los siguientes:

Tener un nombre ridículo, inmoral o extravagante

En la doctrina uruguaya se señala que una de las razones que sin duda alguna admiten el cambio del nombre o apellido es que éste tenga carácter ridículo u oprobioso, de modo que acarree una mortificación o bochorno para su titular. Por ejemplo, es admisible el cambio del nombre de pila o del apellido cuando se presta a giros maliciosos, cuando coincide con el de algún personaje histórico odioso, cuando es extraño a la ideología política o al sentimiento religioso de su titular o cuando ha sido deshonrado públicamente por consecuencia de un delito grave.⁹³

Todo lo expuesto conduce a que en Uruguay hubiera recibido igual solución un caso que se presentó en la República Argentina, en el que se admitió la supresión del nombre de pila «Ito», promovida por un militar, dado que él conducía a un juego vocal molesto cuando se unía a algunos grados de la jerarquía militar y los convertía en diminutivos risueños (Capitán Ito, Coronel Ito, General Ito).⁹⁴ Por el contrario, los tribunales argentinos rechazaron la acción promovida por una persona de apellido «Pititto» con el propósito de cambiarlo por el seudónimo que utilizaba en sus actividades artísticas, aun cuando en el caso no existía oposición alguna de terceros.⁹⁵

En un caso uruguayo en que se revocó el fallo de primera instancia, se admitió la variación de los elementos de identificación de una persona, mediante la supresión del segundo nombre de pila que se atribuyó a una menor. Los hechos que motivaron la promoción del procedimiento, y que motivan que pueda encartar en los supuestos de nombre ridículo, fueron los siguientes: nació una criatura de sexo femenino, de filiación extramatrimonial, la cual fue inscripta y reconocida por su madre, quien le atribuyó, junto al nombre «Virginia», como segundo nombre el apellido de quien más tarde sería declarado padre natural mediante un juicio de investigación de la paternidad y respecto a quien se probó, además, la posesión notoria del estado civil de hija natural. De modo que, en el caso coincidía el segundo nombre de pila, con el apellido que la menor tenía luego de adquirir la condición de hija natural de derecho. Ante la negativa del juzgado de primera instancia de admitir la variación, se presenta un recurso de apelación, en el que se expone que mantener la reiteración de esos

93 Cfr. Odriozola, ob. cit., pp. 21-22. Incluso ha sostenido Boix Larriera, que «la circunstancia de que el nombre o que el derecho al nombre cumpla una función preventiva o policial no debe significar que olvidemos lo fundamental o sea que se trata de un derecho. En consecuencia, razones preventivas o policiales no pueden obligar a determinadas personas a soportar la carga de un nombre que les ocasione perjuicios» (Cfr. «Nombre, apellidos y su modificación», *LJU*, T. LXXXVI).

94 Extraído de Pliner, ob. cit., p. 404.

95 Sent. compendiada en la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.° 16, Abuso del derecho, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, pp. 397-398.

elementos de individualización le va a causar gravísimos perjuicios, le ocasionarán traumas a la menor y tendrá que explicar perpetuamente esa peculiaridad. En la sent. del TAF de 1er. T, de 20 de diciembre de 1989, se revoca la sentencia denegatoria de primera instancia y se hace lugar a la solicitud de suprimir el segundo nombre de la gestionante. Entre otros elementos, en la providencia se consideró que existía una causa justificada o un interés legítimo en la rectificación de partidas que se gestionó, ya que con su admisión se logra mantener oculta la filiación de la menor, que a través de la apreciación de sus nombres y apellidos se puede llegar a vislumbrar.⁹⁶

Uso de otro nombre

Para admitir el cambio con base en esta causa se sostiene que el nombre por el cual la persona es conocida es su verdadero nombre y como el estado civil debe corresponder a la realidad, la partida debe modificarse. Al respecto, expresa Carnelli:

Puede ocurrir que se ostente un nombre distinto de aquel que ha sido inscripto en el Registro Civil. ¿Cuál de los dos tiene más valor? ¿Cuál de los dos es el verdadero? Evidentemente, el que le ha servido en la vida de relación para singularizarse, el que sirvió para señalar a alguien en el conocimiento de los demás, apartándolo del conjunto y adjudicándole, en tal virtud, una situación. Todo nombre desconocido, es por eso, inexistente o poco menos.

Agrega: «los registros, al ser modificados, no sufren detrimento alguno en sus valores de autenticación. Mejor dicho, lo aumentan con la realidad, esto es, con la verdad».⁹⁷

En este sentido, en una sentencia del TAF 1er. T. de 3 de marzo de 2004, dictada en mayoría, se proveyó que los jueces no pueden ser custodios de una formalidad vacía de contenido. La rectificación de partidas procede si se invoca o demuestra que hay error o falsedad en el acto de la inscripción, con el objeto de subsanarlo o establecer la verdad. Si una persona ha sido inscripta con un nombre y apellido que por no usarlo y ser conocido por otro u otros, no le individualiza, siempre que haya un interés legítimo en el cambio de nombre y apellido, corresponde la rectificación, porque de no obtener esa modificación, se sufre un perjuicio y además no es posible dejar de lado que, tales mutaciones no van a ocasionar daños a terceros, pues se trata de un niño de ocho años. Es razonable pensar que existirán perjuicios para el hijo de los gestionantes, por ser conocido con un nombre y constar en los documentos de identidad con un nombre distinto, de ahí entonces el interés de sus padres, quienes en común solicitan se lo designe como es públicamente conocido, procurando así evitar inconvenientes con su documentación en la vida de relación. Estas son razones serias, suficientes y fundadas que habilitan la solución revocatoria. No existe fundamento alguno para rechazar el nombre que se propugna (Rodrigo), conocido entre los integrantes de la sociedad uruguaya y que no reviste ningún aspecto negativo. Además, es claro que atento a la edad del menor, ningún perjuicio puede ocasionar a terceros la rectificación que se solicita. En la discordia del fallo del Ministro Monserrat se expresa que «no se ha probado error alguno en la inscripción de nacimiento del menor de autos. Por otra parte, cabe agregar que el padre inscribiente firmó de conformidad el acta respectiva, y que se debe tener un criterio

96 La sent. que refiero aparece publicada en la *RUDF*, n.º 6, sec. Jurisprudencia anotada, Montevideo, FCU, 1991, con nota de Parga Lista, «Rectificación de partida. Cambio de nombre», pp. 27-31. Asimismo puede consultarse en la *Revista AEU*, vol. 76, n.º 1-6, sec. Jurisprudencia, 1990, pp. 109-113, con nota de Arezo Píriz, «Cambio de nombre y rectificación de partida».

97 Carnelli, «Inmutabilidad del nombre», en *RDJA*, T. 39, 1941, pp. 107 y 108.

restrictivo en cuanto a modificaciones en el nombre, cuestión que atañe al estado civil de las personas, y por tanto, es de orden público. Se quiere rectificar «Juan Carlos Rodrigo» por «Rodrigo». Esto no es susceptible de causar problemas en la vida de relación de la persona, siendo bastante común que en ciertos ámbitos se le nombra a la misma usualmente con su segundo nombre, no produciéndole ello perjuicio que puedan determinar una rectificación como la pretendida».⁹⁸

Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime al respecto, dado que en infinidad de fallos se sostiene que la utilización durante largo tiempo de otro nombre no es causa suficiente para cambiar el nombre, cuando éste no es ridículo, inmoral, o genera perjuicios.

El transexualismo

En los transexuales existe una identidad del género opuesta, una falta de coincidencia entre el sexo biológico que tiene la persona con el que anhela poseer, lo cual implica el rechazo del propio cuerpo, llegando en ocasiones a ocultar sus caracteres físicos originarios. La disociación o desunión entre el sexo cromosómico y el social o aparente, que a veces se completa con el morfológico, lleva a cuestiones problemáticas a las cuales el conocimiento jurídico no puede permanecer ajeno. Como simple ejemplo, la forma de vestirse y el modo de comportarse y de actuar ante toda la sociedad conducen de modo insalvable a que la alteración que padecen ciertos sujetos les apareje notorios inconvenientes en su vida de relación; como muestra, se percibe una sensible dificultad a la hora de ingresar en el mercado laboral y perjuicios para generar lazos personales.

En el caso de quienes padecen esta patología existe un sentimiento irresistible e ineluctable de pertenecer al sexo opuesto a aquel que les pertenece genéticamente, lo cual les produce una necesidad obsesiva de variar su anatomía y la documentación que los identifica socialmente.⁹⁹

En la doctrina uruguaya, se estimó que el transexual

es aquel sujeto que tiene la absoluta convicción psíquica de pertenecer al otro sexo, poseyendo una disconformidad con su apariencia morfológica externa, aparejando la extirpación de los órganos sexuales originarios y su sustitución por prótesis que permiten asimilarse al género deseado. Ha de tenerse en cuenta, que debe observarse una disociación profunda entre el sexo biológico y el sexo psicológico.¹⁰⁰

El Tribunal Supremo español definió la transexualidad como una operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los del sexo opuesto, unidos a otros caracteres tales como el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología sexual.¹⁰¹

Aún cuando no se trata de un síndrome de tan frecuente aparición en la población general, dado que se presenta un caso cada 30.000 personas con genitales masculinos y uno en cada 100.000 personas con genitales femeninos, la especialidad del fenómeno requiere una solución del punto de vista jurídico. Ello por cuanto, quienes padecen la disfunción, tienen sustanciales problemas en los ámbitos laboral y de integración social.

98 *LJU*, T. 132, 2005, caso 15.083; *ADCU*, T. XXXV, f. 655, p. 307.

99 Terré y Fenouillet, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7ª ed., París, Dalloz, 2005, p. 149.

100 Benítez Caorsi, «Improcedencia de la rectificación de partida por cambio de sexo», *LJU*, T. 128, sec. Doct., p. 4.

101 Sent. del Tribunal Supremo español, de 2 de julio de 1987, Id Cendoj: 28079110011987100844.

Por esa razón, en el Uruguay se sancionó la ley n.º 18.620, de 25 de octubre de 2009, denominada «Ley de Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y sexo en Documentos Identificatorios» contiene soluciones para la cuestión.

El art. 1º de la ley consagra que «toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros».

De conformidad a los arts. 3º y 4º, los requisitos necesarios para que sea procedente la adecuación registral de la mención del nombre y del sexo son los siguientes:

- a. que el propio interesado inicie personalmente la acción judicial tendiente a ello;
- b. que el nombre, el sexo —o ambos— consignados en el acta de nacimiento del Registro de Estado Civil son discordantes con su propia identidad de género;
- c. la estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años.

Asimismo, la ley prevé que si bien no es imprescindible que quien solicita la rectificación registral se haya sometido a una cirugía de reasignación sexual, cuando la misma se practicó no es necesario acreditar que la estabilidad y permanencia de la disonancia se ha extendido por lo menos durante dos años.

Entre las pruebas que debe acompañar el gestionante se encuentra la necesidad de un informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad que se constituirá en la Dirección General del Registro de Estado Civil. También deberá proponer que declaren como testigos que conozcan la forma de vida cotidiana del solicitante y la de los profesionales que lo han atendido desde el punto de vista social, mental y físico.

De acuerdo al art. 4º inc. final,

una vez recaída la providencia que acoge la solicitud de adecuación, el Juzgado competente oficiará a la Dirección General del Registro de Estado Civil, a la Intendencia Departamental respectiva, a la Dirección Nacional de Identificación Civil del Ministerio del Interior, al Registro Cívico Nacional de la Corte Electoral y a la Dirección General de Registros a fin que se efectúen las correspondientes modificaciones en los documentos identificatorios de la persona así como en los documentos que consignen derechos u obligaciones de la misma. En todos los casos se conservará el mismo número de documento de identidad, pasaporte y credencial cívica.

El art. 7º de la ley dispone que ella «no modifica el régimen matrimonial vigente regulado por el Código Civil y sus leyes complementarias», lo cual provoca que la persona que adecua registralmente su nombre y sexo no puede contraer matrimonio con una persona del mismo sexo al que tenía antes de la rectificación.

Declaración judicial de identidad

Es una acción que tiende a «obtener una decisión judicial en que se declare que la persona que aparece en determinados actos con tal nombre, nombre que no es el que legalmente le corresponde, es la misma que figura en las actas del Registro Civil con tal otro nombre».¹⁰²

Tiene base normativa en el decreto-ley n.º 14.762, de 13 de febrero de 1978, que en el art. 10 prevé que «la reglamentación de esta ley regulará la forma en que se recogerá en la Cédula de Identidad el nombre y apellido del titular, especialmente en los casos [...] de declaración judicial de identidad, de rectificación de partidas y demás situaciones análogas». Por su lado, el decreto reglamentario n.º 501/1978, de 28 de agosto de 1978 prevé en el art. 6º, ord. e), que «la declaración judicial de identidad obligará a que se establezcan los nombres y apellidos que de ella resulte, sin perjuicio de consignar en el documento tal circunstancia en el espacio reservado para observaciones».

La finalidad de la figura consiste en permitir la obtención de documentación, con cierto carácter de autenticidad y legitimidad emanada de la intervención judicial, en la cual una persona acredita que, a pesar de que en sus documentos de identidad figura determinado modo de identificación, en la sociedad es conocida a través de otra forma.

Su verdadera función aparece en aquellos casos en que la persona no logra obtener un cambio de nombre —o existen ciertas razones que conducen a que no quiera promover la acción para producir esa mutación—, pero conviene a su interés que en su documentación conste la forma mediante la cual es conocida en la sociedad.

La figura posee ciertas similitudes con el seudónimo, pero tiene dos diferencias con éste.

Por un lado, existe una intervención judicial que de regla no tiene lugar en el caso del seudónimo, aunque nada impide que quien lo porta pueda promover un accionamiento tendiente a dejar constancia de que está empleando esa forma de designación.

Por otro, mientras el seudónimo sólo suele ser de uso restringido, dado que tiene por finalidad obtener el conocimiento de los demás mediante esa forma de designación en una parcela delimitada de la labor de quien lo porta, la declaración judicial de identidad, por lo general, es la identificación que la persona asume para todos sus actos.

La protección del nombre

La ley uruguaya, a diferencia de lo que acontece con otros ordenamientos —como el italiano o el argentino— carece de una protección explícita para el nombre y apellidos de las personas. En este rumbo, dentro del marco penal no hay disposiciones que expresamente tipifiquen como delito la utilización del nombre que legítimamente corresponde a otra persona; no obstante, esa conducta puede llevar a que se cometan ciertos ilícitos como fraude, estafa o injuria.

En el terreno civil tampoco se prevén acciones tendientes al amparo de la figura en análisis. Sin embargo, la doctrina es conteste, dada la naturaleza jurídica de derecho subjetivo que tiene el nombre, en admitir la posibilidad de accionar cuando éste es desconocido o utilizado de modo ilegal o indebido por otra persona.

Pasaremos a mencionar la principales acciones tendientes a salvaguardar el nombre que cada persona tiene atribuido.

102 Cestau, ob. cit., p. 63.

Acción de reclamación del nombre

Es una acción que tiene lugar cuando el nombre que una persona legítimamente tiene derecho a portar es desconocido o negado por un tercero¹⁰³. También es procedente cuando se le desconoce a una persona el derecho que tiene de imponer un nombre a otra; *v. gr.* en caso de que el Oficial del Registro de Estado Civil se niega a asignar determinado nombre a un recién nacido aduciendo que es ridículo, inmoral, extravagante o suscita equívocos respecto al sexo, o sea, más concretamente, contradice lo dispuesto por el art. 5° del decreto-ley n.° 15.462.

La acción procede cuando se desconoce el derecho al nombre de pila, al apellido o a ambos conjuntamente.

La acción se destina a lograr que a la persona se le reconozca el nombre o apellido que tiene derecho a llevar y a que quien impide el uso legítimo cese en su actitud obstativa. Además, en su caso, a que se indemnicen los daños y perjuicios que la conducta del infractor causó, en virtud de lo dispuesto por el art. 1319 y concordantes del CCU.

Acción por usurpación del nombre

Se trata de una acción que corresponde impetrar cuando una persona se apropia del nombre de otra y lo utiliza en la condición de seudónimo; por ende, existe un empleo indebido del nombre ajeno.

A través del accionamiento se trata de obtener un fallo judicial que prohíba a quien lo utiliza persistir en la violación del derecho ajeno.

Si bien la acción judicial puede referirse únicamente al nombre de pila o sólo al apellido, lo más habitual será que el tercero utilice ambos elementos de identificación en modo global con la finalidad de producir una confusión de personalidades.

En la doctrina uruguaya, Lamas expresa que es preciso ser sumamente exigente en cuanto a la prueba de la ilegitimidad con que pudo haber actuado el tercero, ya que sería procedente cuando alguien usurpa el nombre sino también la identidad ajena, haciéndose pasar por él, pero no alcanzaría a su juicio con la simple adopción de un seudónimo, que es un hecho legítimo, salvo que exista la intención de causar confusión o que esta confusión se provoque objetivamente más allá de la intención real de quien adoptó ese nombre supuesto¹⁰⁴. Por lo expuesto, para el triunfo de la acción es indispensable considerar en qué consiste la utilización del nombre ajeno como seudónimo, dado que produce la misma afectación el caso en que se utiliza para hacerse conocer con él en una actividad determinada (*v. gr.* la artística), que quien lo utiliza aisladamente para presentarse en un concurso en el que es preciso ocultar la verdadera identidad del sujeto —salvo que exista la posibilidad latente de la confusión de personalidades—.

Por lo expuesto, parece oportuno admitir que debe determinarse el cese de quien utiliza el nombre de quien alcanzó cierta notoriedad, aun en una actividad diversa, con la intención de aprovecharse de él (*v. gr.* el actor que adopta el nombre de un conocido deportista); y en cambio, no lo es cuando se utiliza para una circunstancia particular (*v. gr.* cuando quien se presenta ante un concurso opta por el nombre de un cantante o de un famoso futbolista).

103 Cfr. Odriozola, ob. cit., p. 19.

104 Lamas, ob. cit., pp. 76-77.

Acción por uso impropio del nombre ajeno

Esta acción tiene lugar cuando se emplea un nombre ajeno por parte de un tercero, pero no con la finalidad de identificarse, sino para designar un personaje de ficción, una cosa, un animal, un establecimiento, etcétera.¹⁰⁵ Son supuestos en los que la usurpación del nombre no es para identificación personal, pero que igualmente pueden causar perjuicios de entidad a quien legítimamente tiene derecho a él.

Tanto la presente acción, como la indicada anteriormente, persiguen una doble finalidad: por una parte, la cesación del hecho dañoso, consistente en el uso de su nombre con finalidades no legítimas y por otra, la reparación de perjuicios que ese actuar produjo.

105 Cfr. Pliner, ob. cit., p. 496.

Domicilio

Planteamiento

El domicilio disfruta de una innegable importancia en el ámbito del Derecho, dado que no sólo interviene como medio para la localización de las personas para hacerlas destinatarias de efectos jurídicos y comunicarles los procesos en que se ven envueltas, sino también como sistema de atribución de competencia para los tribunales, entre otros variados aspectos.

Vulgarmente, es habitual vincular el concepto de domicilio con la casa en que cada persona reside, pero esa equiparación no siempre es atinada. Ello por cuanto, aun cuando etimológicamente el término domicilio deviene de la voz latina *domicilium*, que a su vez se deriva de *domus*, equivalente a casa, habitación o lugar en que se habita, esa acepción, dado el carácter de materialidad que supone, no armoniza en modo forzoso con la figura que aquí se analiza.

Para los operadores del Derecho el domicilio es un concepto jurídico: «se trata de una abstracción puramente intelectual, independiente del lugar mismo a que se refiere».¹⁰⁶ El domicilio aparece así como «la sede jurídica de la persona», en virtud de que supone una vinculación estable entre la persona y un lugar determinado y en que esa localización se realiza para atribuirle determinadas consecuencias jurídicas.¹⁰⁷

En efecto, el domicilio es una noción jurídica, que suele estar determinado por el lugar en que efectivamente habita o se aposenta la persona, pero que en innumerables supuestos no depende de la radicación concreta en lugar alguno.¹⁰⁸ Es así que, en diversas ocasiones la persona se encuentra domiciliada en lugares diferentes a aquellos en los cuales tiene su efectiva residencia (*v. gr.* es lo que acontece con los incapaces o con quienes fijan un domicilio especial, de conformidad con lo que se habrá de ver).

Funciones del domicilio

El domicilio cumple primordialmente dos funciones.

En primer término, en infinidad de oportunidades, es imprescindible localizar a una persona a efectos de hacerla destinataria de las consecuencias jurídicas que le corresponden. Por ejemplo, frente a la iniciación de un proceso judicial destinado al cobro de una suma de dinero, es necesario que el acreedor señale el domicilio del deudor para comunicarle el acto procesal de comienzo del juicio. Por esa razón, citada la persona a conciliación en su domicilio o demandada en él se reputa correctamente entablada la relación procesal, por lo que carece de trascendencia que el citado tome conocimiento de la promoción del proceso o se desentienda de él.

106 Claro Solar, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, T. I, De las personas, Editorial Jurídica de Chile-Editorial Temis, 1992, p. 193.

107 Odriozola, *ob. cit.*, p. 27; Lete del Río, *Derecho de la persona*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 136.

108 Odriozola, *ob. cit.*, p. 27.

Por todo ello, el art. 117.3 del CGP previene como contenido preceptivo de la demanda la indicación del domicilio del demandado. Y la razón de ello es clara, dado que el emplazamiento o el llamado a juicio al demandado se llevará a cabo —de conocerse— en su domicilio.¹⁰⁹

En caso de que no se conozca el domicilio de la persona a demandar se vuelve necesario emplazarla mediante edictos publicados en el *Diario Oficial* y en otro periódico de la localidad, durante diez días hábiles continuos (*vid.* arts. 89 y 127 del CGP), para que se presente en sesenta días si se halla en el país o noventa si está en el extranjero o se tratare de persona incierta o indeterminada. Los plazos comienzan a computarse a partir de la última publicación.¹¹⁰

Empero, la citación a través de edictos, en tanto frecuentemente, constituye una vía para causar la indefensión del citado, por lo que no sólo debe reputarse una forma de emplazamiento supletoria o subsidiaria, sino también excepcional, que es procedente cuando el accionante, aun empleando la diligencia que se exige de ordinario en estos casos, se ve impedido de localizar el domicilio real del demandado. Ciertamente, dado que quien es citado mediante edictos normalmente no habrá de tomar conocimiento del juicio en que fue demandado, se procura evitar que la omisión malintencionada del actor en proporcionar el domicilio real del demandado lo favorezca, al allanarle el camino para triunfar en un juicio, en el que no lo hubiera hecho o, en su caso, le hubiera significado una mayor actividad procesal.

En segundo lugar, la existencia del domicilio sujeta al individuo a un Derecho y a una jurisdicción determinada en el caso de vínculos jurídicos internacionales en el ámbito privado de las personas. En este sentido, en determinadas hipótesis puede ocurrir que se dude qué normas corresponde aplicar a una relación jurídica en la que hay elementos de más de un Estado y para determinarlo el Derecho positivo uruguayo sigue para diversas coyunturas el criterio del domicilio, con prescindencia de la nacionalidad de los sujetos (*v. gr.* arts. 2393, 2396, 2397 del CCU). A guisa de ejemplo, de acuerdo al art. 2396, «la ley del domicilio matrimonial rige las relaciones personales de los cónyuges, la separación de cuerpos y el divorcio, y las de los padres con sus hijos».

Recepción legislativa del domicilio

Código Civil

El art. 23 del CCU diferencia a las personas en domiciliadas y transeúntes. De conformidad al *Diccionario de la Real Academia Española*, el término *transeúnte* significa «que transita o pasa por un lugar» o hace referencia a la persona que «está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio». Ahora bien, la distinción carece en el ordenamiento uruguayo de verdadera trascendencia, pues como se habrá de ver el art. 31 del CCU dispone que «la mera residencia hará las veces de domicilio, respecto de las personas que no lo tuvieran en otra parte».

109 Los tribunales han juzgado que «constituye carga de todo actor indagar con diligencia media acerca del domicilio real del futuro demandado, al momento de entablar el pleito, y no cumple con tal carga quien se limita a valerse del domicilio emergente del parte policial, que databa de casi cuatro años, que pudo no haber sido denunciado sino simplemente tomado de la libreta de circulación, y que podía o no estar actualizado o no corresponder al domicilio real existente en ocasión de promover el juicio» (*RUDP*, 2005.4, f. 87, p. 648).

110 *LJU*, T. CXIV, caso 13.129.

El art. 36 prevé que «el domicilio del difunto determina el lugar donde debe tramitarse la sucesión». Sin embargo, las disposiciones en materia de jurisdicción contenidas en la Ley Orgánica de los Tribunales n.º 15.750, de 24 de junio de 1985 (art. 69) y sus modificativas, admiten que, cuando el fallecido se domiciliaba en el interior del país, son competentes además de los tribunales de ese lugar, los Juzgados Letrados de Familia de la Capital.

El domicilio también adquiere trascendencia para determinar la Oficina del Registro de Estado Civil que interviene en la celebración del matrimonio, que necesariamente debe ser la del domicilio de alguno de los contrayentes (art. 92).

Asimismo, la figura es decisiva para determinar la competencia de los jueces en los procesos de separación de cuerpos, divorcio y nulidad de matrimonio (arts. 146, 187 y 198). En el caso de separación de cuerpos y divorcio por causal es competente el juez del domicilio del demandado; en el divorcio por mutuo consentimiento, la competencia la fija el domicilio conyugal; en el que tiene lugar por sola voluntad de la mujer, el domicilio de la accionante, y en los casos de nulidad de matrimonio, el último domicilio conyugal o el del demandado.

Por otro lado, el art. 1465 prevé que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor al tiempo de cumplirse la obligación, cuando no se haya establecido convencionalmente una solución diversa y el pago no se refiera a cosa cierta y determinada. Y un criterio opuesto, recoge el art. 1728 para las ventas a crédito, en cuanto dispone que, a falta de convención, los pagos se realizan en el domicilio del acreedor.

Código de la Niñez y la Adolescencia

El CNA contiene varias disposiciones que hacen referencia al domicilio, aun cuando cabe destacar que ellas esencialmente refieren a la determinación de los órganos competentes para resolver diversas cuestiones en las que se hallan involucrados niños o adolescentes (vid. en este rumbo: arts. 37, 44 y 64).

Código General del Proceso

Uno de los principios cardinales en cualquier ordenamiento jurídico es el del «debido proceso legal», es decir, que el procedimiento se desarrolle de manera de permitir a cada uno de los contendientes la defensa y protección adecuadas de sus intereses. Se trata de que las partes tengan lo que en la jurisprudencia norteamericana se denomina *his day in Court*, su día ante el tribunal.¹¹¹ Pero para ello es forzoso que la parte a quien se demanda tenga conocimiento de la reclamación o acción instauradas, de modo que asuma la carga de controvertirlas. Y la manera en que el demandado conozca lo que se peticiona es a través de su notificación y emplazamiento al juicio en su domicilio cuando éste es conocido (arts. 123 y ss. del CGP). Cuando no es conocido, se le convoca al juicio mediante edictos que se publican en el *Diario Oficial* y otro periódico de la localidad durante diez días hábiles continuos (art. 89 del CGP).

Como ya se expuso, mediante las notificaciones procesales en el domicilio real y efectivo de las partes se procura asegurarles que tomen conocimiento de la contienda, de forma que puedan desarrollar las actividades tendientes a la protección de sus intereses en los procesos que se le incoen. Esta forma de notificación debe ser preferida al emplazamiento mediante edictos publicados en el *Diario Oficial* y en otro diario, el cual sólo puede considerarse un medio supletorio de citación al proceso.

111 Cfr. Tarigo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, T. I, 2ª ed., Montevideo, FCU, 1994, p. 62.

Incluso para facilitar el verdadero conocimiento por parte del demandado de los procesos que se le incoen, los órganos judiciales uruguayos admiten que la notificación del emplazamiento en el lugar de trabajo es idónea a los efectos de trabar correctamente la relación procesal.¹¹²

Empero, en el ámbito procesal, para determinados procesos, el domicilio del demandado fija la competencia de los Tribunales y también es trascendente el establecimiento del domicilio judicial, de acuerdo a lo que se dirá (*infra* n.º 8.2 de este Cap.).

Constitución y Código Penal

El art. 11 de la Constitución uruguaya de 1967, con una redacción que con variantes se mantiene desde la Carta de 1830, prevé que

el hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, sólo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley.

El concepto de hogar que se incluye en el art. 11 referido no coincide necesariamente con el de domicilio; sin perjuicio de lo cual es natural que, en múltiples ocasiones, este último se encuentre constituido en el mismo lugar en que se encuentra el hogar de la persona.

Descartadas las acepciones del diccionario de la Real Academia Española, según las cuales el término «sagrado» significa aquel digno de veneración por su carácter divino o por estar relacionado con la divinidad o que es objeto de culto por su relación con fuerzas sobrenaturales de carácter apartado o desconocido, cabe entender que la expresión es aquella utilizada en sentido figurado que significa «lugar que, por privilegio, podía servir de refugio a los perseguidos por la justicia».

El allanamiento de morada está previsto de modo implícito por el art. 11 de la Constitución Nacional y desarrollado por el art. 140 del CPP. Se trata de una comprobación de naturaleza extraordinaria tendiente normalmente a obtener elementos probatorios a efectos de justificar la existencia de conductas delictivas. La medida aludida sólo puede ser llevada a cabo mediante una orden judicial que la autorice, pero incluso en ciertas ocasiones ni siquiera con dicha providencia es posible ingresar al recinto privado de las personas. En efecto, en materia probatoria, el art. 140 del CPP (ley n.º 16.893, de 16 de diciembre de 1997), membretado «Registro domiciliario», sito en materia de prueba en los procesos penales, dispone que:

1. El allanamiento de una morada o sus dependencias solamente podrá realizarse en el lapso comprendido entre la salida y la puesta del sol. 2. Se entiende por morada o habitación particular el lugar que se ocupa con el fin de habitar en él, aun cuando sólo sea en forma transitoria. 3. No obstante, podrá efectuarse el registro en horas de la noche, cuando medie consentimiento expreso del jefe del hogar, otorgado por escrito y firmado.

De conformidad a lo visto, existe una diferente finalidad de la regulación del domicilio en cada rama del ordenamiento. En materia civil y procesal, la finalidad básicamente es de ubicación de la persona, mientras que en lo constitucional y lo penal es el respeto a la vida privada y a la intimidad del titular, entre otros derechos análogos. Entonces, si bien la ubicación de la persona se realiza en lo fundamental en el lugar en que habitualmente se encuentra, para los efectos de la protección constitucional, también se consideran protegidos otros ámbitos que carecen de la conceptualización de domicilios en aquellas ramas del Derecho.

112 RUDP, 2005.4, f. 95, p. 651.

Por ejemplo, dada la finalidad perseguida en lo constitucional, puede considerarse domicilio a estos efectos la habitación de un hotel, una carpa en un *camping* o una embarcación.

La protección constitucional y penal del domicilio no persigue la defensa de un elemento material como la morada, casa o habitación, sino que va más allá y protege valores intangibles de las personas, tales como la intimidad, la privacidad y la reserva personal y familiar de los individuos.

El domicilio voluntario y general

El art. 24 del CCU exige para la configuración del domicilio la concurrencia de dos elementos: residencia más ánimo de permanecer. Sin embargo, en otros preceptos, el legislador nacional adopta parámetros diferentes para el concepto que se vinculan con lo patrimonial; *v. gr.* en el art. 27 se presume el ánimo de permanecer cuando se instala un establecimiento comercial, y en el art. 28 se menciona el asiento principal de los negocios como medio de conservación del domicilio.

El aludido art. 24 expresa que «el domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella».

La definición dada por el legislador se refiere a los domicilios que tienen *carácter voluntario*, que sólo pueden ser constituidos por aquellos a quienes el ordenamiento jurídico reputa capaces para hacerlo —*vid.*, en particular y como ejemplo, art. 34—, y *general* (es decir, que se aplica en principio para toda la actividad jurídica de su titular, pero que cede en ciertos casos ante la constitución de un domicilio especial).

Lo expuesto permite diferenciar a este domicilio del que tienen ciertos sujetos a los que la ley les impide fijarlo, y les es impuesto con prescindencia de su voluntad (tal el caso de los incapaces); y de aquel que sólo se fija para actividades o asuntos puntuales de las personas, como un contrato o un juicio.

Por lo que surge del artículo mencionado, los elementos constitutivos del concepto son dos:

- a. de un lado, un elemento material o corpóreo: la residencia;
- b. de otro, uno interno o psicológico: que es el ánimo de permanecer en ese lugar.

La residencia (*corpus*)

La residencia «es la base material o física del domicilio y consiste en el aposentamiento de la persona en un determinado lugar».¹¹³ No importa que sea efímera, transitoria, extensa o permanente, ni se requiere que sea habitual o definitiva, puesto que la ley no establece en modo alguno una duración concreta para ella.

Desde que se trata de una cuestión de hecho, que es tangible, material, visible o palpable, cualquier medio de prueba es admisible para su comprobación, rigiendo al respecto los cánones universales en materia de probanzas, entre ellos: *quien alega un hecho, debe probarlo* (art. 139.1 del CGP).

Para catalogar un sitio como domicilio es del todo independiente el título por el cual la persona reside en ese lugar; por tanto, carece de sentido analizar si se trata de un propietario, arrendatario, comodatario, usufructuario, precario, intruso, etcétera. Nada impide, por consiguiente, que un individuo tenga como domicilio una casa arrendada, aun cuando sea titular de varias viviendas.¹¹⁴

113 Odriozola, ob. cit., p. 34.

114 Cfr. Cornu, ob. cit., p. 265.

El ánimo de permanecer (*animus*)

Es el elemento interno o psicológico del concepto de domicilio y a diferencia del anterior, supone cierto compromiso o perseverancia con el lugar en que se manifiesta ese ánimo. La permanencia da la idea de estabilidad y es lo contrario a ocasional, accidental, temporal o provisorio.

El ánimo requerido es el de permanecer en forma estable, aún cuando no sea de manera definitiva, o perpetua.¹¹⁵ Claro está, que la estabilidad en el lugar no debe ser necesariamente perpetua, pues las vicisitudes de la vida de las personas pueden conducir a que una residencia se transforme en temporal o pasajera; pero lo que sí exige el legislador es que el ánimo sea de permanecer. A vía de mero ejemplo, existe ánimo de permanecer en el caso del futbolista que se radica en la ciudad de Montevideo, con la intención de defender un equipo de la capital, pero que a los pocos días es transferido a un club del exterior.

Como acontece generalmente, cuando se trata de probar elementos internos como el ánimo (o en otras órbitas: la buena o la mala fe) existen dificultades, derivadas de que consisten en estados psíquicos o intelectivos de las personas. Incluso, atendiendo a esos inconvenientes, en instrumentos internacionales aprobados por el país, no se requiere la existencia del precitado ánimo.¹¹⁶

En función de esos obstáculos para la prueba del ánimo, la ley, en el propio art. 24, dispone que el ánimo de permanecer puede surgir de modo real (esto es, cuando resulta de una manifestación expresa de la persona, por ejemplo, en un documento o en un trámite ante un órgano administrativo) o a través de ciertas presunciones (art. 1600 del CCU).

Las presunciones son definidas por el codificador como «consecuencias conjeturales que la ley o el magistrado sacan de un hecho conocido a otro desconocido». Aplicado al concepto de domicilio, cuando no está acreditado por parte de un sujeto cuál es su propósito respecto al lugar en que reside, en virtud de no existir una exteriorización expresa, es dable inferir de sus comportamientos cuál ese ánimo. De modo que, a simple guisa de ejemplo, cuando un sujeto reside en un lugar determinado, en razón de haber aceptado en él un trabajo estable, aun cuando no manifieste su ánimo de permanencia, es posible colegir que lo tiene en ese sitio. Con todo, nada impide que el propio interesado desmienta la deducción realizada, comprobando que su ánimo es de permanecer en otro espacio geográfico.

El art. 26 del CCU establece presunciones negativas o desfigurativas del ánimo de permanecer, es decir, ciertas conductas que asumen las personas que no son por sí solas demostrativas de dicha resolución. En este cauce, se prevé por el legislador que el hecho de habitar por algún tiempo en casa propia o ajena en un lugar, no supone ánimo de permanecer cuando la persona tiene el hogar doméstico en otra parte; o cuando por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, de quien ejerce una comisión temporal o del que se ocupa de algún tráfico ambulante.

115 Odriozola, ob. cit., p. 35.

116 En este sentido, en la *Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en Derecho Internacional Privado*, hecha en Montevideo, el 8 de mayo de 1979 y aprobada por el decreto-ley n.º 14.953, de 6 de noviembre de 1979, se refiere que el domicilio de la persona física será determinado por su orden en: a) el lugar de su residencia habitual; b) el centro principal de sus negocios; c) el lugar de la simple residencia; y d) el lugar en que se encuentre.

Entretanto, el art. 27 a través de presunciones positivas o confirmativas indica con valor solamente gráfico ciertos comportamientos que revelan el ánimo de permanecer: avecindarse en un lugar y abrir en él tienda, almacén, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable para administrarlo en persona; aceptar en dicho lugar un cargo concejil o un empleo fijo, de los que regularmente se confieren por largo tiempo, entre otras circunstancias análogas.

En ambos casos, las disposiciones establecen los supuestos que se mencionan a simple vía enunciativa, no taxativa,¹¹⁷ de modo que nada impide que otras conductas asumidas por los individuos puedan dar lugar a presunciones destructivas o confirmatorias del citado ánimo. Por ejemplo, actuaría como inferencia positiva del ánimo de permanecer que el sujeto celebre un contrato de arrendamiento de un bien destinado a casa-habitación en un lugar por el término de uno o dos años, el desarrollo de actividades comerciales y económicas en determinada circunscripción territorial, o «la condición de feligrés perteneciente a una parroquia», el hecho de aparecer en determinado lugar en la guía telefónica y haber trasladado los enseres y el mobiliario a un local.¹¹⁸ En cambio, no es posible presumir ese ánimo en el caso del futbolista que semanalmente concurre a un departamento del interior del país a disputar los encuentros del equipo que lo contrató.

Asimismo, en ambos artículos se prevén presunciones simples (o *iuris tantum*), por lo que el propio sujeto puede desvirtuar lo resultante de ellas mediante la prueba contraria.

En doctrina se ha sostenido que «la residencia actual, más o menos larga, no basta para constituir por sí sola el domicilio, porque la persona puede conservar el ánimo de volver a la residencia anterior».¹¹⁹ Sin embargo, no creemos que se le pueda atribuir al ánimo una mayor importancia de la que tiene: piénsese, por ej., en la situación de un estudiante del interior del país que viene a realizar una carrera a la capital y que mantiene el ánimo de volver a su localidad de origen; ¿puede decirse que esa persona no puede ser demandada para el cumplimiento de sus obligaciones en el domicilio que tiene en la capital?

A nuestro modo de ver, el elemento subjetivo del domicilio asume su mayor trascendencia a la hora de fijar el domicilio, pero va perdiendo importancia una vez que la persona comienza a desarrollar su vida en un lugar, dado que, aun cuando carezca del ánimo de permanecer, se lo debe tener por domiciliado en el lugar en que reside. La certeza de las relaciones jurídicas impone esa solución, en razón de que no puede quedar supeditada a la mera voluntad de la persona —en ocasiones del todo inaparente— cuál es su sede jurídica a efectos de ser localizada para hacerla receptora de las consecuencias jurídicas que se derivan de la vida en sociedad. El ánimo de permanecer debe deducirse de la manera de residir, más que de una indagación psicológica que en la normalidad de los casos es imposible de realizar.¹²⁰

Por todo lo expuesto, ciertas conductas que asumen los seres humanos, además de las referidas por el art. 27, de ordinario reflejan el ánimo de permanecer en un lugar, aun cuando pretendan demostrar lo contrario; por ejemplo, la solicitud de una línea telefónica, la celebración de un contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda, la manifestación de estar domiciliado en un lugar al obtener la cédula de identidad, la credencial cívica o una tarjeta de crédito constituyen indicios más que enérgicos para determinar la presencia

117 Cfr. Cestau, ob. cit., p. 15.

118 Los tres últimos ejemplos fueron extraídos de Rogel Vide, ob. cit., p. 74.

119 Claro Solar, ob. cit., p. 194.

120 Álvarez Vigaray, «El domicilio», *ADC*, 1972, II, sec. Estudios monográficos, p. 555.

de aquel ánimo. Y si bien es verdad que ellos pueden ser desmentidos, es dable reconocer que al menos producen una inversión de la carga de la prueba. De forma que, probados alguno de los hechos indicados, va a corresponder a quien afirma que no implican un ánimo de permanecer, arrimar las pruebas que lo corroboren. Y lo mismo juzgo que acontece cuando se discute acerca de si un sujeto varió su domicilio.

El cambio de domicilio

El domicilio que tiene determinado una persona puede ser variado cuando en otro sitio se configuran las dos circunstancias constitutivas que exige el art. 24, es decir, cuando reside en otro lugar y tiene ánimo de permanecer en él. De modo que ninguno de los dos elementos, por sí solos, permite considerar que se ha constituido un nuevo domicilio.¹²¹

El art. 28 del CCU previene que el domicilio no se muda por residir aun largo tiempo en otro lugar. Ahora bien, la disposición es del todo innecesaria —además de mal planteada—, en virtud de que como ya se expuso, para que exista domicilio no alcanza con la sola residencia, sino que es menester añadirle a ella el elemento subjetivo consistente en el ánimo de permanecer. A lo más, en los casos en que varía el lugar en que mora la persona, puede suceder que ésta deje su domicilio anterior, y que al no tener otro, su residencia haga las veces de domicilio atento a lo que resulta del art. 31.

Pero vayamos por partes. El precepto refiere a los casos en que un sujeto de modo voluntario, forzado o como consecuencia de una pena, reside en un lugar diferente de aquél en que se encuentra su domicilio. Según el criterio expuesto por el legislador, no hay cambio de domicilio cuando el individuo conserva su familia y el asiento principal de sus negocios en aquel lugar.

Con todo, es necesario complementar el texto legal en varios sentidos. Por un lado, nada impide que en el caso en que el sujeto resida voluntariamente en otro lugar, pueda constituir también domicilio en él, cuando a esa residencia se le añade el ánimo de permanecer, sin que ello signifique que pierda su domicilio anterior, dado que en el ordenamiento uruguayo es admitida de manera expresa la pluralidad de domicilios.

Por otro, a pesar de que se cumpla con lo que prevé el artículo, esto es, que una persona resida en un lugar, pero mantenga en otro su familia y negocios, ningún obstáculo existe en que tenga lugar un cambio de domicilio cuando adquiere ánimo de permanecer en el sitio en que se arraiga y lo abandona en donde lo tenía previamente. En este sentido, es posible afirmar que lo preceptuado por la disposición es meramente una presunción simple, que puede ser dejada de lado con la conducta o con la exteriorización de voluntad del sujeto¹²².

Pluralidad de domicilios

Los diversos ordenamientos no son uniformes respecto a la admisibilidad del criterio de la unidad o el de la pluralidad de domicilios. Es así, que algunos sistemas —como el francés, el italiano o el argentino— apoyan la tesis de la unidad de domicilio a efectos de concentrar las

121 Como señala Odriozola, «no bastaría con pasar a residir en otro sitio, si se mantuvieran con el antiguo vinculaciones que demostraren que no hay ánimo de abandonarlo; ni sería suficiente la intención de cambiar, por explícita que fuera, si no estuviera acompañada de la efectiva residencia en la nueva sede» (ibíd., p. 36). Y de similar tenor es lo que expone Cestau, ob. cit., p. 16.

122 Vid. Cestau, ob. cit., p. 15.

relaciones jurídicas en un lugar determinado. Mientras que otros, como el uruguayo, el alemán y el español, se inclinan por el sistema de la pluralidad.

Conforme al art. 30 del CCU, la pluralidad de domicilios existe cuando en diversos lugares se reúnen todos los elementos que constituyen el domicilio. Por tanto, nada veda que una persona tenga residencia y ánimo de permanecer en dos o más lugares diversos de modo simultáneo, como puede acontecer con un profesional universitario que desarrolla su actividad en la capital del país, pero que a la vez es titular de una explotación agropecuaria de la que se ocupa en forma personal. Sin embargo, si una cuestión sólo dice relación con uno de dichos lugares debe tomarse como domicilio ese sitio. De modo que, por ejemplo, si se tiene domicilio en la ciudad y en el campo, para los problemas laborales que afloran con los peones rurales se tomará en cuenta exclusivamente el segundo.

La disposición coincide con lo previsto en el art. 23 de la Ley Orgánica de la Judicatura n.º 15.750, que dispone que

si el demandado tuviese su domicilio en dos o más lugares, podrá el demandante entablar su acción ante el tribunal de cualquiera de ellos; pero si se trata de cosas que dicen relación especial con uno de dichos lugares exclusivamente, sólo ese lugar será para este caso el domicilio del demandado.

La ubicación supletoria de la persona: la residencia

El CCU admite, al menos en dos artículos, que existan personas que carezcan de domicilio. El art. 23 preceptúa que las personas se clasifican en domiciliadas y transeúntes; pero en forma aún más explícita el art. 31 refiere que «la mera residencia hará las veces de domicilio, respecto de las personas que no lo tuvieren en otra parte». Es decir que, el legislador incorporó el concepto de residencia como supletorio del concepto de domicilio, para el caso de que alguna persona carezca de éste.

La disposición del art. 31 del CCU es clara: cuando una persona carezca de domicilio (*v. gr.* porque recién ingresó al país o se trata de un vagabundo), el lugar en el que se lo va a ubicar será aquel en que resida. De modo que la residencia «hace la veces», como dice la ley, funcionando como domicilio, aunque en realidad no lo sea. Se trata, por ende, de una manera supletoria de localización de la persona. Si no se lo puede ubicar en un domicilio, porque carece de él, es permitido que se lo haga en el lugar en que reside.

Ahora bien, el texto del art. 31 del CCU ha conducido a cierta parte de la doctrina vernácula a considerar que en él se consagra una tercera figura que se añade a la de domicilio y a la de residencia, que es la mera residencia. Ciertamente, algunos autores señalan que hay que distinguir: el domicilio, que es la residencia con ánimo de permanecer indefinidamente en ella; la residencia que es donde se habita con ánimo de permanecer un tiempo limitado; y la mera residencia, que es lugar donde se está de paso, transitoria u ocasionalmente, sin ánimo de permanecer en él, de manera que supone una estadía meramente accidental.¹²³

123 Cfr. Cestau, ob. cit., p. 13; Del Campo, ob. cit., p. 36; Guillot, *Comentarios del Código Civil*, T. I, Montevideo, Dornaleche y Reyes Editores, 1996, pp. 63-64.

Sin embargo, no es ajustada la postura expuesta. En efecto,

las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas (art. 18 del CCU); y «mera» significa «pura y simple, que no tiene mezcla de tra cosa». A los efectos del art. 31, la mera residencia significa «la sola residencia, sin otros requisitos o condiciones».¹²⁴

Pero aún existe un argumento lógico de mayor trascendencia que impide que la postura aludida pueda ser admitida. El domicilio importa para la regulación de importantes fenómenos, como las relaciones entre los cónyuges o las vinculaciones paterno-filiales (art. 2396 del CCU) e incluso el primer domicilio matrimonial es el que determina el régimen aplicable para las relaciones patrimoniales entre cónyuges (art. 2397), por lo que no parece adecuado sostener que esas importantes cuestiones puedan ser regulados a través de la localización de las personas en aquellos lugares en que simplemente están de paso como se debería admitir para el caso en que se sostenga que la lectura del art. 31 da lugar a una figura diversa de aquellas con una mayor estabilidad, como los son el domicilio y la propia residencia.

Claro está que, como acontece en cualquier fenómeno jurídico que se estudie, la extensión de los conceptos debe ser analizado atendiendo a la función que ellos cumplen. De modo que, en aquellos casos excepcionales, en que la persona carezca de domicilio e incluso de residencia, el fin perseguido de localizarla para hacerla destinataria de efectos jurídicos puede ser cumplido en el lugar en que habite, aun de manera ocasional.

Empero, el hecho de estar en manera pasajera en un lugar carece de trascendencia jurídica, y es la residencia, entonces, la que permite ubicar a la persona cuando no es dable hacerlo en su domicilio. La estancia no permanente en un lugar, como la de aquel que pernocta en un hotel, no permite considerar que haga las veces de domicilio, como prescribe el art. 31 del CCU, ni por consecuencia que se desplieguen las importantes consecuencias jurídicas que se derivan de él. La residencia hace las veces de domicilio, pero ella debe estar dotada de cierta fijeza y estabilidad, aun cuando pueda admitirse que tenga carácter precario o limitado en el tiempo.

Domicilios legales

El domicilio general es voluntario a diferencia del domicilio legal. Los mayores de edad y los habilitados por matrimonio tienen amplia libertad para constituir su domicilio de acuerdo a su voluntad (interpretación *a contrario sensu* del art. 34 del CCU). Quienes no alcanzan dicho grado de capacidad no tienen una volición suficientemente hábil para establecerlo por sí mismos, por lo que la ley indica donde lo tienen.

El domicilio legal es aquel que la ley asigna a determinadas personas, prescindiendo de su voluntad y aun de su residencia efectiva. Se denomina también domicilio forzoso, pues le es impuesto a la persona y domicilio necesario, en cuanto debe tener ese domicilio y no puede

124 Odriozola, ob. cit., p. 32.

voluntariamente constituir otro.¹²⁵ Asimismo, algún autor lo denomina «derivado»,¹²⁶ o «por dependencia»,¹²⁷ en razón de que la ley lo establece en función del que tiene otra persona.

Del art. 34 del CCU se deduce que únicamente pueden gozar de un domicilio constituido por ellos quienes son capaces plenos, esto es, mayores de edad, o quienes han alcanzado la condición de habilitados por matrimonio. Los que no son capaces de obrar no pueden fijar domicilio voluntario.

Los sujetos a quienes legalmente se les impone un domicilio no pueden cambiarlo, hasta tanto no modifiquen las circunstancias que la ley tuvo en cuenta al imponerlo (*v. gr.* alcanzan la mayoría de edad o se rehabiliten de su alteración mental). Si bien pueden residir en otro lugar, su domicilio es el designado en modo forzoso, vinculante o ineludible por la ley.

Domicilio de los incapaces

Uno de los supuestos de domicilio legal es el de los incapaces, los que conforme al art. 34, tienen el domicilio de sus representantes legales. De modo que, los menores de edad van a tener el domicilio de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela sobre ellos y los mayores de edad incapaces (dementes o sordomudos imposibilitados de darse a entender por escrito o gestualmente), el de quien ejerza la curatela.

La incapacidad de obrar veda la constitución de un domicilio voluntario, aun cuando de las condiciones psicológicas de la persona se desprenda que disfruta de la aptitud para hacerlo. Quien tiene domicilio legal o necesario, no puede tenerlo en otro lugar, aun cuando no resida en él, ni tenga en ese ámbito espacial el asiento principal de sus intereses y negocios. Igualmente, se trata de un domicilio que no puede cambiarse por parte de quien lo tiene, sino únicamente cuando cambia el domicilio del padre, tutor o curador.

En otro orden de cosas, es dable que un menor de edad tenga más de un domicilio legal: por ejemplo, cuando sus padres en ejercicio de la patria potestad viven en lugares diferentes, sea porque se divorciaron o porque se produjo la ruptura de la familia de hecho que conformaban.

Cuando cesan las causas que motivaron la incapacidad (el menor alcanza la mayoría de edad, u obtiene la habilitación por matrimonio, o se produce la rehabilitación del demente) se extingue el domicilio legal. Si el ex incapaz mantiene el mismo domicilio en el que residía, éste se transforma en voluntario.¹²⁸

Domicilio de los trabajadores que viven en casa del patrono

El art. 35 se refiere al domicilio de aquellos trabajadores que sirven o trabajan en la casa de otros y prevé que tienen el domicilio de la persona a quien sirven o para quien trabajan.

La disposición en principio es cristalina: aquellos trabajadores que no sólo desempeñan sus funciones en la casa de sus patronos (sean éstos personas físicas o jurídicas), sino que también viven en ella, tienen ese lugar como domicilio, con prescindencia de que en él se encuentre su ánimo de permanecer. Y por esa razón se suele catalogar ese lugar como

125 Cfr. Odriozola, ob. cit., pp. 33 y 37; Cestau, ob. cit., p. 18. En la doctrina argentina, se expresa que se trata de un domicilio que «reviste el carácter de forzoso, en virtud de que su determinación no depende del consentimiento de los particulares, sino que se halla determinado por la misma ley» (Schuster, voz «Domicilio legal», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. IX, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 324).

126 Cfr. Lete del Río, ob. cit., p. 138.

127 Cfr. Mazeaud, ob. cit., p. 168.

128 Odriozola, ob. cit., p. 37; Cestau, ob. cit., p. 19.

domicilio, cuando en verdad es una residencia. Incluso adviértase que ese lugar es vinculante para el trabajador, pues la ley emplea el término «tendrán».

Empero, el legislador ha cometido algunos yerros. En primer lugar, como se admite por la doctrina doméstica, si bien la disposición se refiere a los «mayores de edad», deben incluirse ciertos sujetos y excluirse otros. En efecto, como señala Odriozola, la disposición es, al mismo tiempo, demasiado amplia y demasiado restringida. Es amplia, porque no se deben comprender en ella a todos los mayores de edad, sino que debe excluirse a quienes están sujetos a interdicción, dado que éstos tienen el domicilio de sus curadores, y no pueden tener otro. Pero es restringida, porque también deben incluirse en el precepto a quienes han alcanzado el grado de capacidad derivado de la condición de menores púberes habilitados por matrimonio. Consecuentemente, debe entenderse que la previsión abarca a todos aquellos que son capaces de elegir libremente su domicilio.¹²⁹

En segundo término, cuando se configura la hipótesis de hecho del precepto, no debe entenderse que los sujetos a quienes se les aplica tienen «el mismo domicilio de la persona a quien sirven, o para quien trabajan», sino que el domicilio será el lugar en que efectivamente sirvan o trabajen. Es decir, nada impide que los sujetos a quienes se considera en el artículo desarrollen su actividad laboral en un lugar bajo una relación de dependencia de otra, pero que esta última tenga un domicilio diverso, que no coincida con el lugar en que aquellos trabajan. Por ejemplo, es lo que acontece con los trabajadores rurales cuyo patrono se domicilia en la ciudad.

En tercer lugar, si bien es verdad que estos trabajadores tienen como domicilio el lugar en que desarrollan cotidianamente sus actividades, nada impide —y si bien el precepto no lo menciona, tampoco lo prohíbe— que tengan un domicilio voluntario constituido en otro lugar. Ello en cuanto es ineluctable que el Derecho positivo vernáculo tolera de modo expreso la pluralidad de domicilios (art. 30). No constituye —por ende— el previsto por el art. 35 un domicilio necesario, a diferencia de los demás que integran la nómina de domicilios legales.

Por otro lado, el texto legal también consiente aplicar sus previsiones a sujetos que no se encuentran en relación de subordinación laboral. Por cierto, el precepto refiere a quienes «sirven o trabajan en casa de otros», por lo que alcanza no sólo quienes se hallan en una situación de dependencia laboral, sino también a aquellos que tienen una relación jurídica de diferente índole, pero que conlleva a que deban vivir con cierta permanencia en el lugar en el que desarrollan sus labores, como es el caso de aquellos que han celebrado un contrato de arrendamiento de servicios (art. 1776 del CCU). Por ejemplo, cuando el titular de un establecimiento agropecuario contrata alambradores que deben permanecer largo tiempo en la explotación, éstos adquieren como domicilio legal el lugar en que prestan funciones.

Por lo referido anteriormente, para determinar si la disposición que nos ocupa es aplicable a estos sujetos es preciso atender al objetivo perseguido con su dictado. Ella tiene como finalidad facilitar la ubicación de los trabajadores aludidos para hacerlos destinatarios de efectos jurídicos. Y este propósito no puede ser desconocido cuando se analiza su aplicación. Como hemos expuesto, un proceso judicial debe ser instaurado en el lugar en que se domicilia el demandado a efectos de hacerle conocer la demanda incoada. Por ende, con el artículo se procura hacer más sencillo que estos trabajadores puedan ser localizados, dado que si no se admitiera que puedan ser demandados en el lugar en que habitualmente se encuentran, el promotor del proceso quedaría colocado en una situación embarazosa, en cuanto debería buscar el domicilio voluntario y general del sujeto a demandar, cuando éste en realidad no vive de modo cotidiano en él.

129 Cfr. Odriozola, ob. cit., p. 38. La idea expuesta ya la había manejado antes, con variantes: Guillot, ob. cit., p. 72.

Domicilio de los eclesiásticos

De conformidad al art. 29 del CCU, «los eclesiásticos obligados a una residencia determinada, tienen su domicilio en ella». Se trata de un domicilio legal, dado que el legislador no considera en el caso cuál es el ánimo de permanecer de estos sujetos, ni siquiera su voluntad. De modo que, aun cuando mantengan sus vínculos familiares en otro lugar y aunque ocasionalmente habiten en él, el domicilio es aquel en que están obligado a residir.

Domicilios especiales

Son aquellos domicilios que se constituyen por una persona a efectos de determinados actos o relaciones jurídicas. Al igual que el domicilio general cumple la función de fijar a la persona a un lugar determinado, pero mientras aquel desempeña ese cometido respecto de toda la actividad de la persona, el domicilio especial está limitado a actos determinados, a un sector concreto de la actividad de la persona;¹³⁰ por ejemplo, un contrato o un proceso.

Nada impide que una persona para cada actividad que emprende constituya un domicilio especial, con independencia de su domicilio general; es así, que pueden existir domicilios comerciales, contractuales, procesales, fiscales, etcétera. No obstante, sólo se estudiarán en esta oportunidad los denominados domicilio negocial, convencional o contractual y el domicilio procesal, judicial o *ad litem*.

Domicilio negocial, convencional o contractual

Esta especie se halla mencionada —aun cuando no regulada— por el art. 32 del CCU, según el cual «se podrá en un contrato establecer de común acuerdo un domicilio especial para los actos judiciales y extrajudiciales a que diera lugar el mismo contrato».

Se trata de un domicilio *voluntario* —por eso en ocasiones también se denomina «de elección» o «constituido»— y *facultativo*, en el sentido de que su establecimiento depende de la autonomía de la voluntad, y su ausencia no perjudica en nada la validez o la eficacia de los negocios jurídicos; por esa razón se puede conceptuar como una disposición accesorio del acto del cual forma parte¹³¹. Sin embargo, su función es sumamente trascendente, dado que permite mantener ubicadas a las personas a fin de hacerlas destinatarias de los efectos jurídicos que correspondan, con total prescindencia de sus lugares de residencia. Fijado en un negocio jurídico, este domicilio prima sobre el real o el legal de quien lo fijó,¹³² por lo que las comunicaciones referidas al acto en que se señaló se llevarán a cabo en él.

Asimismo, tiene como función en ciertos casos determinar qué tribunal es competente para entender en los conflictos que se generen como consecuencia del negocio en el cual fue fijado. A vía de ejemplo, cuando el deudor que se domicilia en un departamento del interior del país, estipula como domicilio especial un lugar de Montevideo, son competentes los juzgados de la capital para entender en los litigios que eventualmente se planteen.¹³³

130 Cfr. Odriozola, ob. cit., p. 39.

131 Cfr. Coviello, ob. cit., p. 194.

132 Klett, «La notificación del demandado ausente del país, en caso de existencia de domicilio contractual», *RUDP*, 1988, sec. Jurisprudencia anotada, p. 93.

133 Guillot hace ver que «según el derecho común, el acreedor debe demandar al deudor ante el domicilio de éste. Pero el domicilio del deudor puede ser lejano y originarse por tal motivo gastos y demoras en el juicio. Este inconveniente, si no estuviera salvado por la ley, podría obstaculizar la celebración de los contratos» (ob. cit., p. 69).

La admisibilidad de la constitución de este domicilio se deriva del principio de autonomía de la voluntad de las partes, las que en la medida en que estén habilitadas para autorregular sus intereses, también disfrutan de la posibilidad de predeterminar el lugar en que van a recibir las comunicaciones atinentes a los negocios jurídicos que los involucran.

Su verdadero cometido aparece en los negocios de tracto sucesivo o de cumplimiento continuado, en los que las obligaciones que asumen las partes no se agotan con la celebración del negocio; por ejemplo, en los contratos de arrendamiento de cosa o en aquellos en que quedan obligaciones pendientes, como una compraventa a plazos, una promesa de enajenación o un arrendamiento de servicios.

Asimismo el domicilio negocial permite realizar en él las intimaciones previas al juicio y demandar el cumplimiento de las obligaciones en el domicilio fijado, teniendo carácter vinculante para quien lo fija. Por ello, las comunicaciones efectuadas en él no permiten alegar, probar o argumentar el desconocimiento de lo notificado a quien lo fijó, aun cuando no haya tenido noticia de ello¹³⁴. En efecto, como se ha sostenido por los tribunales uruguayos, es válida la citación al domicilio contractual aunque el mismo haya sido abandonado con anterioridad por el citado; afirmándose que los perjuicios que se le causen a éste son imputables a su culpa, pues debió tomar las precauciones necesarias para que las citaciones llegaran a su conocimiento.¹³⁵

La constitución de este domicilio en un negocio jurídico apareja una variación en las actividades a desarrollar por cada parte cuando se incoa un accionamiento. Por cierto, cuando aquel domicilio no se haya fijado, el actor debe demandar en el domicilio real de la contraparte y sólo en caso de que no sea susceptible de ubicar, habiendo empleado la diligencia normalmente exigible para estos casos, podrá hacerlo mediante edictos; por el contrario, cuando se constituyó domicilio a los efectos de un negocio jurídico, el demandante cumple con citar al demandado en el domicilio fijado y a éste corresponde —en caso de que así haya ocurrido— probar que comunicó al actor el cambio de domicilio constituido.

Ahora bien, es en la órbita procesal donde el domicilio especial cobra particular importancia, pues en él debe emplazarse a la contraparte por las consecuencias que se derivan del negocio; recién, cuando ésta comparece en el juicio, o al menos interviene en la conciliación, es posible que el demandado fije un domicilio judicial o procesal (*infra* n.º 8.2. de este Cap.), que a los efectos del juicio sustituya al domicilio convencional. De modo que, cuando ha sido establecido un domicilio contractual, los actos de iniciación del proceso, que conducen a una relación procesal válida, se deben llevar a cabo en el domicilio constituido, pues él ha sido el que voluntariamente han elegido las partes para ello.¹³⁶

134 La doctrina y jurisprudencia nacionales admiten la posibilidad de anulación de un juicio en el caso que la cosa juzgada hubiere sido obtenida fraudulentamente, por indefensión del demandado. Así, en un fallo se sostuvo que es indudable que «si el arrendatario abandona la ocupación del bien asume el riesgo que pueda derivar de ese hecho y debe cargar con las consecuencias que pueda depararle [...] y no puede ampararse en la circunstancia de no habitar la finca para crearse una situación de indefensión frente a cualquier gestión relativa al arrendamiento [...]. El que abandona la finca locada y con problemas de pagos, los que, por cierto, se arrastraban desde hacía mucho tiempo asume un riesgo. Por ello, más que de indefensión, debe hablarse de imprudencia en su conducta, dado que debió ser más precavida; máxime cuando se decidió a permitir el ingreso a la finca alquilada, de una tercera persona. Desde luego, el que no hubiera permanecido en la finca, no altera la cuestión y no por ello, el domicilio especial que constituyó, deja de ser tal» (sent. pub. *LJU*, T. LXXXVII, caso 9.970).

135 Sent. pub. en *LJU*, caso 5.638.

136 Cfr. Klett, ob. cit., p. 93.

El domicilio en análisis no coincide necesariamente con el real, dado que nada impide que sea fijado en un estudio profesional, en un establecimiento comercial o industrial o en el lugar que se considere del caso.

Asimismo cada parte debe juzgarse responsable del domicilio que fija, en la medida en que las notificaciones libradas a él se reputan sabidas aun cuando el interesado no tome verdadero contacto con ellas. Pero dentro de la libertad y quizás también responsabilidad de cada parte, es posible fijarlo en cualquier sitio que se considere oportuno; por eso no se requiere que sea una casa, sino que también es admisible su constitución en un terreno baldío. Por esa razón no cabe concordar con algunas sentencias que transformaron en responsabilidad de la contraparte vigilar la efectiva existencia del domicilio constituido por la otra,¹³⁷ o cuando se estima que no es válida la notificación realizada en el domicilio constituido pero luego de que la construcción que existía en él ha sido demolida.¹³⁸

Como cláusula de un negocio jurídico que es, la constitución de domicilio contractual no está supeditada a solemnidades especiales, sino que es suficiente con el cumplimiento de los mismos requerimientos exigidos para la validez del negocio en el cual se fija. Incluso, nada impide que el domicilio de referencia sea constituido por un documento aparte del contrato a cuyos efectos se fija.

Desde que es convencional, la doctrina uruguaya sostiene que este domicilio sólo puede cambiarse por el acuerdo de las partes contratantes; siendo imposible hacerlo unilateralmente.¹³⁹ Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido al respecto que una de las partes puede desvincularse unilateralmente del domicilio convencional y constituir otro haciéndolo saber en debida forma a su co-contratante.¹⁴⁰ Con todo, debe admitirse la procedencia del cambio comunicado verbalmente a la contraparte, cuando de la conducta asumida por ésta resulta que, aunque sea tácitamente, lo ha aceptado.¹⁴¹

137 Así, en un fallo doméstico, se expresa que la constitución de domicilio contractual en un lugar inexistente no puede surtir efectos procesales. La constitución del mismo por una parte debe ser controlada por la otra parte, a quien se debe presumir interesado en la constitución de un domicilio efectivo, de existencia real. Si no se hizo la constatación respectiva por la contraparte se contrató sin la provisión y prudencia exigibles y las consecuencias desfavorables corren por cuenta del omiso. Si se ignora el domicilio real del demandado, debe emplazarse al mismo por edictos (pub. *LJU*, T. XXXIX, caso 4.985, p. 269).

138 En una providencia del TAC 4° T., de 9 de octubre de 1987, se expresa equivocadamente que «un domicilio presupone la existencia de una finca, aunque en ella no resida realmente el notificado, por lo que cuando la finca en que fue constituido el domicilio contractual ya no existe, habiendo en el lugar sólo un terreno baldío, dicho domicilio dejó de existir, no pudiendo hacerse en un terreno baldío las notificaciones y citaciones pertinentes» (pub. *ADCU*, T. XVIII, f. 476, p. 84).

139 Cestau, ob. cit., p. 21; Odriozola, ob. cit., p. 40. Y este criterio también ha sido sostenido por los tribunales que han expresado que el domicilio real puede cambiarse cuando se quiera, el de elección sólo puede cambiarse mediando acuerdo de partes que lo eligieron, y aún, si el domicilio de elección se hubiere fijado en el mismo lugar que el real subsiste para el contratante en cuyo beneficio se estableció, aunque el domicilio real fuera cambiado o trasladado (sent. del TAC 1° T., de 26 de mayo de 1980, pub. en *ADCU*, T. XI, f. 333, p. 49. Vid. asimismo: sent. del TAC 5° T., de 10 de febrero de 1987, pub. en *ADCU*, T. XVIII, f. 477, p. 84).

140 Sent. del TAC 3° T., de 4 de setiembre de 1987, pub. en *ADCU*, T. XVIII, f. 478, p. 84. Asimismo se consideró por los tribunales que el domicilio contractual sólo puede cambiarse si la otra parte tiene conocimiento de tal circunstancia en forma inequívoca y no formula oposición (pub. en *RUDP*, 1990.2, f. 33) y que alguna corriente de la jurisprudencia admite el cambio de domicilio convencional a condición de que se haga saber fehacientemente a su co-contratante la mutación ocurrida (pub. *RUDP*, 1990.2, f. 34). En la doctrina, se señala que la tendencia de los tribunales es la de permitir la modificación unilateral del domicilio constituido, siempre que se comunique de modo auténtico a la otra parte y se fije en un lugar cercano al anterior, a fin de que ella no importe una variación en las reglas de la competencia (cfr. Klett, *ibid.*).

141 En este sentido, en una sentencia se sostuvo que la variación del domicilio por parte del promitente comprador comunicado al promitente vendedor y aceptado tácitamente por éste obliga a las partes y no requiere

Es pertinente señalar que el domicilio convencional tiene una eficacia relativa en un doble sentido.¹⁴² Por un lado, sólo puede ser esgrimido en el contrato en que fue concretado y no puede ser extendido a otros negocios que se hayan celebrado por parte del sujeto que lo fijó. De manera que, si dos personas frecuentemente celebran negocios jurídicos y sólo en alguno de ellos se estableció un domicilio negocial, ante el incumplimiento de una parte habrá que distinguir: en el caso de los contratos incumplidos en que se constituyó domicilio especial, las notificaciones se realizarán a él; en los demás, será preciso que las comunicaciones se efectúen al domicilio general o real de la persona a notificar.

Por otro lado, sólo produce efectos entre las partes que celebraron el negocio en el cual dicho domicilio fue constituido, siendo inoponible a los terceros y por parte de éstos.

Además de las características aludidas, en la doctrina uruguaya se sostuvo que la constitución de domicilio se transmite a los herederos de las partes¹⁴³. Sin embargo, este carácter es susceptible de dudas y la jurisprudencia no ha sido unánime en su recepción.

En efecto, en algunos fallos se ha expresado que la constitución de domicilio especial tiene efectos no sólo entre las partes, sino que también se trasmite a los herederos y sucesores a título particular de los contratantes.¹⁴⁴

Entretanto, en otras providencias judiciales se ha recogido una postura opuesta y se sostuvo que dicho domicilio no se trasmite a los herederos, porque no puede razonablemente exigirse a cada heredero que conozca los contratos que celebró su causante: exigir eso a los herederos importa un cercenamiento ilegítimo (contrario a la Constitución) de las garantías del debido proceso¹⁴⁵. También se ha sostenido que la carga de vigilar el domicilio contractual para prevenir posibles emplazamientos judiciales no se trasmite a los herederos del contratante, dado que si fuera así se violaría la garantía constitucional del emplazamiento en el domicilio real; se entiende que no puede exigirse a cada heredero que conozca los contratos que celebró el causante, y menos que tomen las precauciones necesarias para enterarse de eventuales emplazamientos judiciales en los domicilios establecidos convencionalmente.¹⁴⁶

Domicilio procesal, judicial o «ad litem»

El precepto primordial en este tema es el art. 71 del CGP que refiere a la constitución de domicilio procesal o *ad litem*.

Este domicilio es el que se fija por cada una de las partes en un procedimiento judicial para recibir en él las actuaciones judiciales que le conciernan y que el legislador ha determinado que se lleven a cabo en el domicilio (art. 87 del CGP). Se trata de un domicilio *voluntario*, en tanto depende de la voluntad de la parte que lo fija, y es *especial*, en virtud de que sólo importa a los efectos del juicio en que se establece. En cuanto a esto último debemos señalar que en caso de que una reclamación judicial tenga por fundamento un contrato en el cual se estableció un domicilio contractual, éste no queda descartado por el domicilio judicial, para el caso de otras pretensiones basadas en dicho negocio jurídico.

que la modificación sea registrada (cfr. sent. del TAC 2° T., de 7 de diciembre de 1977, en *ADCU*, T. VIII, f. 687, pp. 87-88).

142 Cfr. Odriozola, ob. cit., p. 40.

143 Cfr. Odriozola, ibíd.

144 *Vid.* por todas: sent. del TAC 1° T., de 7 de abril de 1989, pub. en *ADCU*, T. XX, f. 321, p. 90.

145 Sent. del TAC 8° T., de 29 de noviembre de 1989, *ADCU*, T. XX, f. 322, pp. 90-91.

146 Pub. en *RUDP*, 1990.2., f. 27.

Cuando no se fija el domicilio procesal, el tribunal mandará a que se solucione la omisión y si no se repara, la consecuencia es que se tendrá por constituido en los estrados (art. 71.1, inc. 2° del CGP), y por consiguiente, que las notificaciones se realicen en la propia sede del tribunal que interviene en la causa. Por eso, la doctrina nativa considera que es una carga¹⁴⁷, la de constituir domicilio en el área o radio del juzgado¹⁴⁸. Pero incluso más, de conformidad al agregado realizado al art. 71.3 por parte del art. 4° de la ley n.° 17.707, de 10 de noviembre de 2003, en caso de que en segunda instancia o casación el tribunal tenga un radio diferente a aquél en que se tramitó la primera instancia, las partes deben constituir domicilio en el radio del órgano de alzada o de casación, dado que en caso de que no lo hagan se considerará que lo tienen constituido en los estrados de estos últimos órganos.

La práctica lleva a que este domicilio procesal se sitúe en el estudio del profesional patrocinante de la parte que lo fija, dado que es quien en mejores condiciones se encuentra para determinar la trascendencia de las medidas judiciales notificadas y para la expedita adopción de las que se consideren oportunas para la defensa del involucrado.

El domicilio judicial se fija en la primera comparecencia de la parte en el proceso en que se establece, dado que desde ese momento es preciso tenerla localizada; no obstante, no es un domicilio permanente, dado que la propia ley admite su variación. Para su modificación, es menester notificar al Juzgado ante el cual se constituyó el domicilio procesal, desde que si no hay comunicación de la variación se sigue teniendo como tal el sitio anteriormente fijado y por ende, se consideran recibidas las notificaciones realizadas en él (art. 71.2).

La notificación hecha en domicilio diverso al constituido (aunque sea en el real) es, en principio irregular conforme a lo dispuesto por el art. 115.3 del Código General del Proceso.¹⁴⁹

La ley n.° 18.237, de 26 de diciembre de 2007, por la cual se autoriza el empleo del «expediente electrónico» en todos los procesos promovidos ante el Poder Judicial, en su único artículo dispuso:

el uso de expediente electrónico, de documento electrónico, de clave informática simple, de firma electrónica, de firma digital, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Facúltase a la Suprema Corte de Justicia para reglamentar su uso y disponer su gradual implantación.

Con la finalidad de adoptar la notificación a realizarse en los domicilios electrónicos, la Acordada de la Suprema Corte de Justicia, de 17 de setiembre de 2008, dispuso, en su art. 1°, que «toda persona, organismo o profesional, deberá constituir domicilio electrónico, para los asuntos judiciales que tramite o esté tramitando y para los procedimientos administrativos que se ventilen ante y/o vinculados a la actividad judicial». Y de conformidad al art. 2°, a fin de cumplir lo dispuesto,

147 En un fallo del TAC 6° T., de 6 de octubre de 2004, con cita de Couture, se expresa que la carga está impuesta por un interés propio, mientras la obligación está impuesta en un interés ajeno, o sea del acreedor (cfr. *ADCU*, T. XXXV, f. 71, p. 50).

148 Vescovi *et al.*, *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, T. II (arts. 31 a 116), Montevideo, Ed. Ábaco, 1993, p. 305. En la obra también se agrega que el concepto de área o de radio equivale al de un espacio generalmente reducido, de igual o menor extensión que el ámbito espacial donde ejerce su competencia el tribunal que interviene en el proceso, donde éste notifica a las partes (cfr. *ibíd.*, pp. 306-307).

149 Cfr. sent. de la SCJ, de 30 de mayo de 1997, pub. en *LJU*, T. 116, caso 13.379.

el Poder Judicial instalará un sistema de correo electrónico, exclusivo, para las notificaciones electrónicas en los procesos judiciales. Este Servicio será el único medio admitido a esos efectos y las cuentas que sean concedidas sólo podrán ser destinadas a recibir notificaciones, no estando habilitadas para responder, enviar o reenviar correos.

Como se dispuso por la Acordada de la SCJ n.º 7.648, de 20 de abril de 2009, «a partir de la incorporación de las Sedes judiciales a los sistemas de comunicaciones electrónicas, según los planes de implantación aprobados, el único domicilio de constitución obligatoria, válido para realizar las notificaciones e intimaciones electrónicas judiciales» es el domicilio que nos ocupa.

Otros domicilios

Domicilio conyugal

En puridad, el legislador no tendría razón alguna para referirse al domicilio conyugal, pues desde que los cónyuges son personas capaces, cada uno de ellos tiene la aptitud y la facultad para constituir el domicilio que considere del caso.

No obstante, existen motivos históricos que explican por qué el art. 33 del CCU, en la redacción dada por la ley n.º 16.603, de 19 de octubre de 1994, preceptúa que «el domicilio conyugal se fijará de común acuerdo por los esposos», acogiendo la solución brindada por el art. 9 de la ley n.º 10.783, de 18 de setiembre de 1946.

Por cierto, hasta la incorporación al ordenamiento vernáculo de la igualdad civil entre el hombre y la mujer, que operó como consecuencia del art. 1º de la premencionada ley, la mujer casada estaba sujeta a la potestad marital e incluso era incapaz relativa (art. 1280). De modo que, conforme a la anterior redacción del art. 33, la mujer casada tenía por domicilio el de su marido, en tanto éste se domiciliara en el país. Incluso, cuando se promovía la acción de separación de cuerpos o la de divorcio, el art. 154 admitía que el marido podía solicitar y el juzgado ordenar «el depósito de la mujer en una casa honesta», la cual si era abandonada por ésta, se traducía en que aquel podía negarle alimentos o las expensas para el juicio (art. 156). Recién una vez que quedaba ejecutoriada la sentencia de divorcio, la mujer podía elegir libremente su domicilio (art. 196).

Empero, como señalamos, la situación relatada varió con la equiparación de derechos, y también de deberes, incorporada por la ley n.º 10.783. Y en este sentido, en la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en Derecho Internacional Privado, de Montevideo 1979 y aprobada por el decreto-ley n.º 14.953, de 6 de noviembre de 1979, en su art. 4º dispone que «el domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio».

Domicilio de los presos

De acuerdo al art. 28, «el domicilio no se muda por el hecho de residir voluntariamente el individuo largo tiempo en otra parte, o forzosamente, o por vía de pena, con tal que conserve su familia y el asiento principal de sus negocios en aquel domicilio». Por tanto, en el caso de aquellos sujetos que se encuentran privados de su libertad circulatoria conservan el domicilio que tenían antes de ingresar en el establecimiento penitenciario, a condición de que mantengan en él su familia y negocios; en caso contrario, tendrán su domicilio legal en el establecimiento carcelario, que es lugar de residencia, por aplicación del art. 31.⁵⁰ Huelga

150 Cfr. Odriozola, ob. cit., p. 39.

decir, que la ausencia de ánimo de permanecer impide que dicho lugar pueda ser reputado como domicilio.

Domicilio de las personas jurídicas

Conforme al art. 37 del CCU y al art. 26 de la ley n.º 15.750 se tiene en cuenta para localizar a las personas jurídicas:

- a. el domicilio fijado en los estatutos o en la autorización que se les dio para funcionar;
- b. si aquel no se halla fijado, donde está situada su dirección o administración.

Empero, la situación ha variado desde hace algunos años. En efecto, actualmente la ley n.º 16.060, de 16 de agosto de 1989, establece que el domicilio de la sociedad comercial debe estar contenido entre las disposiciones del respectivo contrato, junto a otros elementos como, a guisa de ejemplo, la individualización de los contratantes, el tipo social adoptado, la denominación y objeto (art. 6º de la ley). Ahora bien, el art. 13 de la ley aludida diferencia entre domicilio y sede de la sociedad comercial constituida: el domicilio es el departamento, ciudad o localidad donde se establezca su administración; mientras que la sede es la ubicación precisa de su administración dentro del domicilio. Como puede verse, la denominación de domicilio queda reservada para una localización más genérica, mientras que lo que se conoce como «sede» es la concretización del lugar en que efectivamente es posible localizar a la sociedad para hacerla destinataria de efectos jurídicos.¹⁵¹

La sede no es necesario que conste en el contrato social; sin embargo, existe la obligación de comunicarla al Registro para su incorporación al legajo de la propia sociedad. La sede comunicada se tendrá por tal hasta tanto no se notifique unilateralmente por parte de la sociedad su modificación (art. 13, *in fine*, de la ley n.º 16.060). Por esa razón, en ocasiones se considera que este domicilio es legal, en virtud de que la sociedad se encuentra localizada en el lugar que comunicó como sede al Registro, con prescindencia de cual sea la ubicación efectiva de su dirección o administración.

La importancia de la sede en las sociedades es indiscutible: es el lugar en que debe ser posible encontrar todos los documentos relativos a la persona jurídica para las diferentes vicisitudes que pueden acaecer durante su existencia (arts. 95, 96, 107, 126, etcétera, de la ley n.º 16.060), y marca el lugar en que deben realizarse las asambleas de accionistas (art. 340), entre otros aspectos.

151 Sin embargo esta distinción no es recibida por las leyes que regulan otros tipos de personas jurídicas; vid. en este sentido y como ejemplo: art. 3º, C), i) de la ley sobre Fundaciones, n.º 17.163, de 1º de setiembre de 1999; art. 7º, lit. C), y 9, inc. 2º, de la ley n.º 17.777, promulgada el 21 de mayo de 2004.

Estado civil

Concepto de estado civil

El art. 39 del CCU contiene una definición de estado civil expresando que es «la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones». Sin embargo, existe amplio consenso en la doctrina uruguaya en el sentido de que la disposición confunde dicha figura con la capacidad.

En verdad, el estado civil es el estado de familia en que se encuentra colocado un individuo y que en virtud de ciertos hechos o actos que ocurren en su vida, algunos de los cuales por completo ajenos a su voluntad, y por tener determinada condición familiar, lo hacen acreedor de ciertos derechos o deudor de ciertas obligaciones. Por ejemplo, la condición de padre, sea matrimonial (art. 213) o extramatrimonial (art. 227 del CCU) genera la obligación alimentaria recíproca (arts. 118, 277 y 279 del CCU) atribuye al hijo la calidad de heredero de primer orden y de legitimario en la sucesión del padre y la madre (arts. 885 y 1025).

De forma que, si bien es posible concordar con el legislador en que del estado civil emergen ciertos derechos y obligaciones (tal cual se expresa en la definición que practica el aludido art. 39), es imprescindible vincular aquellos con la presencia de relaciones de familia, y no con otros rasgos que pueden envolver a las personas, como el sexo, la ciudadanía, la profesión, la edad o la salud física o mental.

Por ende, el estado civil sólo se refiere al *estado de familia*, a los derechos y obligaciones emanados del matrimonio, los vínculos de consanguinidad o afinidad y la adopción.¹⁵²

Las fuentes del estado civil

El matrimonio (art. 81 y ss. del CCU)

En el Derecho uruguayo, desde el decreto-ley 1791, vigente desde el 21 de julio de 1885, el único matrimonio válido es el civil, esto es, el contraído ante los funcionarios que desarrollan funciones de estado civil (oficiales del Registro de Estado Civil y jueces de Paz en ciertas secciones judiciales del interior del país) y que ha cumplido con todo el ritualismo que prevé la ley para su celebración (art. 83). Ahora bien, una vez celebrado ese matrimonio ante las autoridades seculares competentes, es decisión privativa de los contrayentes practicarlo ante el rito religioso que consideren (art. 84).

Existe una excepción a lo señalado, que tiene lugar en los denominados matrimonios *in extremis*, esto es, aquellos celebrados cuando hay peligro de muerte para uno de los contrayentes, acreditado mediante certificado médico o declaración de dos testigos de respetabilidad en aquellos puntos de la República en que no exista médico (art. 85). Sin embargo, este matrimonio no surte efectos civiles hasta tanto no sea declarado válido por el juez competente (art. 87).

152 Cfr. Odriozola, ob. cit., p. 47.

El matrimonio incide en varios aspectos referidos al estado civil de las personas, dado que además de dar nacimiento al estado de cónyuges, provoca el parentesco por afinidad (entre cada uno de los cónyuges con los parientes por consanguinidad del otro), y respecto a los hijos procreados, éstos van a tener el estado civil de matrimoniales o legítimos. Y esta condición se mantiene aun cuando el matrimonio se declare nulo por haberse violado alguno de los impedimentos dirimientes del art. 91 del CCU (*vid.* art. 210 del CCU).

Por otro lado, la disolución del vínculo, que sólo puede operar por dos causales: muerte de uno de los cónyuges o divorcio (art. 186), va a generar en el cónyuge supérstite el estado de viudo, o el de divorciado, si la disolución operó por divorcio.

El estado civil de matrimonio genera variados efectos: a) provoca el nacimiento de los deberes recíprocos de auxilios, fidelidad (art. 127) y cohabitación (art. 129); b) hace nacer la sociedad conyugal entre los contrayentes, salvo que mediante capitulaciones matrimoniales se haya optado por otro régimen patrimonial; c) para el caso de que uno de ellos fallezca, vigente el matrimonio, nace para el supérstite la posibilidad de optar por diversos derechos que eventualmente pueden corresponderle: porción conyugal (art. 874 y ss.), la calidad de heredero en segundo orden (art. 1026), y los derechos reales de habitación y uso creados por la ley n.º 16.081, de 18 de octubre de 1989 (incorporada al art. 881 del CCU); d) la mujer tiene la facultad de utilizar el apellido de su marido (art. 191); e) en caso de que lo contraiga un menor púber se produce un adelanto de capacidad al ingresar en la condición de menor habilitado; etcétera.

Las uniones concubinarias

La inclusión de las familias de hecho o uniones concubinarias en el concepto de estado civil puede ser discutida, en tanto la figura no provoca varias consecuencias de las que se producen con el matrimonio; por ejemplo, no crean parentesco por afinidad, pues el vínculo que generan sólo es entre quienes se unen en pareja.

Las relaciones concubinarias se encuentran reguladas en el Derecho uruguayo por la ley n.º 18.246, de 28 de diciembre de 2007, que disciplina la situación de parejas tanto heterosexuales, como homosexuales, que han convivido en forma ininterrumpida durante al menos cinco años, sin estar unida en vínculo matrimonial. Para aquellas parejas que no alcancen el plazo aludido de convivencia, si bien no les es aplicable el estatuto creado por la ley, igualmente es posible que de su condición se deriven ciertas consecuencias jurídicas: así, en caso de que se den los elementos requeridos, que uno de los concubinos reclame contra el otro por enriquecimiento sin causa; cuando han convivido dos años es admisible que uno de los componentes de la pareja proporcione órganos para su implantación en el otro, de conformidad al art. 13 de la ley n.º 14.005 ya analizado, y se genera una obligación alimentaria para uno de los miembros respecto a los hijos del otro cuando existe convivencia entre ellos de acuerdo a lo dispuesto por el ord. 3) del art. 51 del CNA.

La ley n.º 18.246 ha establecido diversas consecuencias que se derivan de las uniones concubinarias que se regulan; enunciativamente:

- a. obligación de auxilios recíprocos y de contribución a los gastos del hogar, tanto durante, como luego de disuelta la unión. Con ese propósito se consagra el derecho a una pensión alimenticia para aquél de los concubinos que le sea necesario a servir por el otro y que tiene como plazo máximo un período que no puede ser mayor a aquel que duró la convivencia (art. 3º);

- b. posibilidad de instaurar una acción tendiente a la declaratoria judicial de reconocimiento de la unión, con la secuela de que ello da nacimiento a una sociedad de bienes entre los componentes de la pareja, salvo que voluntariamente pacten otro régimen (art. 4° y ss.);
- c. derechos hereditarios a favor del concubino supérstite en el segundo orden de llamamiento (art. 1026 del CCU), que comparte —en caso de existir— con el cónyuge sobreviviente del fallecido (art. 111, incs. 1° y 2°) y que se divide entre ellos en proporción al tiempo que duró cada convivencia;
- d. derecho de habitación sobre el que constituyó el hogar de la pareja y de uso sobre los muebles que lo equipan, cuando el sobreviviente tiene más de sesenta años y convivió con el fallecido durante diez años, entre otros requerimientos (apdos. 3° y 4° del art. 111).

La filiación

Desde el punto de vista jurídico, la filiación es

el lazo de descendencia que existe entre dos personas, de las cuales una, es el padre o la madre de otra [...] La relación de filiación toma también los nombres de «paternidad» y de «maternidad», según se la considere de parte del padre o de la madre.¹⁵³

En el Derecho uruguayo, y también es la tónica dominante en el Derecho comparado, la filiación se apoya en dos pilares:

- a. en la concepción, a través de la unión carnal de los progenitores y que, dependiendo de que exista o no matrimonio entre ellos, da lugar a la filiación legítima o natural —o como determina actualmente el CNA en el inc. final del art. 28, a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio—;
- b. la que surge como consecuencia de una previsión (ficción) legal que, prescindiendo del hecho biológico de la procreación, admite que determinado sujeto sea considerado como padre o madre de otro, tal como acontece en la adopción. Mientras que en las filiaciones legítima y natural hay un elemento común del cual emergen los vínculos filiales: la procreación, sea dentro o fuera del matrimonio, en la adopción el conjunto de vínculos que se generan entre quien asume el rol de padre y el de hijo tiene su origen en la voluntad, y no en la fecundación. La actual regulación de la adopción se encuentra en el CNA y es fruto de lo dispuesto por la ley n.° 18.590, de 9 de setiembre de 2009.

Parentesco por consanguinidad

El parentesco por consanguinidad es el que se origina en la procreación y consiste en el vínculo que une a dos personas que descienden una de otra —inmediata o mediatamente— o ambas descienden de un tronco común.

En sede de sucesión intestada, el art. 1015 preceptúa que el parentesco se mide por líneas y éstas por grados». Las líneas de parentesco pueden ser:

- a. recta, cuando existe un vínculo entre personas que ascienden o descienden una de otra (*v. gr.* padres e hijos o abuelos y nietos); o
- b. colateral, en el caso de las personas que descienden de un tronco común (*v. gr.* los hermanos, tío y sobrino, o los primos).

¹⁵³ Ripert, *La filiación*, Montevideo, Claudio García Editor, 1928, pp. 5-6.

A su vez, el parentesco por consanguinidad puede ser matrimonial o extramatrimonial, según se trate de hijos habidos entre personas que han contraído matrimonio entre ellas o no. En la actualidad, el art. 28, inc. final del CNA dispone

entiéndese, en todo el ordenamiento jurídico, las expresiones «hijo legítimo» e «hijo natural» como «hijo habido dentro del matrimonio» e «hijo habido fuera del matrimonio», respectivamente.

Parentesco por afinidad

El parentesco por afinidad es el vínculo que une a cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro; de modo que surge como una combinación de los efectos del matrimonio y de la filiación¹⁵⁴. En este sentido, son parientes por afinidad el yerno o nuera con su suegro o suegra, o los cuñados.

Los cónyuges no son parientes entre sí, en virtud de la frase de los Evangelios: *erunt duo in carne una*, es decir, que entre ellos si bien existe un vínculo familiar, no es parental.

Al igual que el parentesco por consanguinidad, el que lo es por afinidad puede ser:

- a. en línea recta, cuando une al cónyuge con los ascendientes o descendientes del otro (*v. gr.* yerno y suegra); y
- b. en línea colateral, cuando el vínculo refiere al cónyuge con los parientes consanguíneos en línea colateral del otro cónyuge (*v. gr.* el marido de la mujer con los hermanos de ésta, o sea la vinculación entre cuñados).

Cómputo de los grados de parentesco

De acuerdo a lo que resulta del art. 1015, inc. final, del CCU, la distancia de los parientes entre sí se mide por grados, y para computar los grados de parentesco es preciso recurrir al art. 1016, según el cual «en todas las líneas hay tantos grados cuantas son las personas, descontando la del tronco».

Para el cómputo de grados en el parentesco en línea recta, se cuentan las personas involucradas en los grados a medir y se descuenta la del tronco. Por ejemplo, entre padre e hijo, el parentesco es de primer grado; entre abuelo y nieto, es de segundo grado; entre bisabuelo y bisnieto, es de tercer grado, y así sucesivamente.

En la línea colateral, entretanto, el cálculo se realiza contando las personas que existen entre las dos entre quienes se quiere determinar el grado y también se descuenta la del tronco. Por ejemplo, entre hermanos el parentesco es de segundo grado; entre tío y sobrino de tercer grado; entre primos, de cuarto grado, etcétera.

En el parentesco por afinidad, el cálculo se realiza de la misma forma, considerando como una sola persona a los cónyuges que lo han creado; por tanto, como mera muestra, el yerno y el suegro son parientes por afinidad en primer grado y los cuñados son parientes en segundo grado.

154 Cfr. Cestau, *Derecho de familia y familia*, vol. I, FCU., 1982, p. 41.

Caracteres del estado civil

Inherencia a la persona humana

Lo cual resulta de dos razones:

- a. sólo las personas físicas lo poseen;
- b. se tiene desde el nacimiento hasta la muerte, aun cuando el estado civil puede variar durante la vida de quien lo porta.

Incluso admite la doctrina que nunca puede faltar el estado civil, porque aun la ausencia de vínculos jurídicos de filiación provoca la existencia de un estado civil (*v. gr.* ser hijo de padres desconocidos).¹⁵⁵

Estabilidad

El estado civil de una persona es estable, en virtud de que sólo puede ser variado cuando acaece alguna de las circunstancias que prevé la ley con aptitud para ello. En algunas de estas situaciones está involucrado únicamente el principio de autonomía de la voluntad del interesado, como acontece, por ejemplo, en la repudiación de reconocimiento prevista por el art. 238 del CCU, o un hecho jurídico, tal cual sucede con la muerte de uno de los cónyuges, que hace variar al supérstite su estado de casado a viudo. Sin embargo, normalmente, esa autonomía o el mero acaecimiento de un hecho no son suficientes para la variación del estado en que está colocado un sujeto, sino que es menester agregarle —de modo imperioso— la intervención de ciertos entes estatales, sea órganos del Poder Judicial o administrativos, como el Registro de Estado Civil (como ejemplo, adviértase lo que acaece con el matrimonio o el divorcio).

Indisponibilidad

Los estados de familia son indisponibles, inalienables e intransmisibles, en el sentido de que, en principio, quien tiene atribuido un estado civil determinado es impotente para modificarlo con su sola voluntad. Es decir, sólo en aquellos supuestos excepcionales, en que depende enteramente del querer del titular la constitución, modificación o extinción de un *status* familiar o filial determinado, se requiere para ello la presencia de un hecho con trascendencia jurídica, como la muerte, o un pronunciamiento judicial que lo genere, varíe o descarte, como acontece, a guisa de ejemplo, con el desconocimiento de la paternidad matrimonial (art. 218 del CCU) o la impugnación de reconocimiento respecto a un hijo extramatrimonial (art. 238).

Todo lo vinculado con el estado civil, al menos en cuanto a su constitución, modificación o extinción, se regula por disposiciones imperativas e inderogables para la voluntad de los interesados e incluso, en su caso, para la autoridad judicial que interviene en los litigios que a raíz de él se ocasionan. A lo más, los interesados en ciertas ocasiones disfrutan de plena autonomía para ingresar o no en un nuevo estado familiar (por ejemplo, la posibilidad de contraer matrimonio o de proceder a una adopción), pero si deciden celebrar nupcias o adoptar a un menor, los efectos que se generan se encuentran fijados preceptivamente por la ley. Se trata, vale decir, de aspectos desligados de la voluntad negocial de los particulares, al ser exclusivamente regulados por la normativa pertinente, de manera que no es posible apartarse de sus mandatos.

155 Odriozola, ob. cit., p. 50.

Irrenunciabilidad

Todo lo relativo al estado civil de las personas es irrenunciable negocialmente. La condición de orden público que ostentan las disposiciones concernientes al estado civil conducen a esa conclusión.

Imprescriptibilidad

El estado civil y las acciones que lo protegen son, en principio, imprescriptibles, en razón de que están colocadas fuera del comercio (art. 1193 del CCU). Sin embargo, es dable observar ciertas excepciones. Así prescribe la acción de divorcio (art. 164 del CCU), la acción de desconocimiento de la paternidad (art. 218 del CCU) y la de investigación de paternidad o maternidad extramatrimonial (art. 198, ord. 1°, del CNA).

Aplicación del principio de no contradicción o indivisibilidad del estado civil

El estado civil está gobernado por el principio de no contradicción, en cuanto si bien es posible y normal que las personas posean una pluralidad de estados civiles, éstos no pueden ser antitéticos o antagónicos entre sí. A vía de ejemplo, no se puede ser casado y soltero al mismo tiempo, o hijo legítimo de dos matrimonios diferentes.

Extrapatrimonialidad

El estado civil es un atributo extrapatrimonial que no puede ser avaluado económicamente. Con todo, la titularidad de un estado civil puede dar nacimiento a situaciones jurídicas susceptibles de traducirse en derechos y obligaciones de contenido económico (*v. gr.* el derecho a reclamar una pensión alimenticia o la obligación de suministrarla). Asimismo, si la actitud de una persona respecto al incumplimiento de las obligaciones derivadas de un estado civil frente a otra, le produce a ésta daños, es posible una reclamación por daños y perjuicios. Como muestra es dable observar lo que acontece con las reclamaciones por daño moral causado por el adulterio de uno de los cónyuges¹⁵⁶ o por el no reconocimiento de un hijo extramatrimonial (arts. 28 y 30 del CNA).

El Registro de estado civil

Es factible distinguir tres períodos con relación a la evolución de lo atinente al estado civil de las personas.¹⁵⁷

En un primer período que culmina con la entrada en vigencia del CCU, el 1° de enero de 1869, los registros de estado civil eran llevados por los curas párrocos y dichas inscripciones constituían la única prueba de nacimiento, matrimonio y defunción de las personas, siguiendo la normativa venida del Derecho canónico.

El segundo ciclo se desarrolla desde el 1° de enero de 1869 hasta el 1° de julio de 1879 en que se produce la entrada en vigencia del decreto-ley n.° 1.430 y durante él se instauró un doble régimen:

- a. el nacimiento, el matrimonio y la defunción de los católicos se inscribía y probaba por las partidas de los registros que eran llevados por los curas párrocos;

156 *Vid.* sent. del TAC 2° T., de 6 de marzo de 1989, pub. en *ADCU*, T. XX, sec. Sentencias de particular interés, Montevideo, FCU, 1990, pp. 470-475, y en *RUDF*, n.° 4, sec. Jurisprudencia anotada, Montevideo, FCU, 1989, pp. 7-12, con nota de Spota, «Daño moral en el adulterio», pp. 12-13.

157 Así lo hacen: Cestau, ob. cit., p. 74 y ss.; Gatti, ob. cit., vol. I, p. 140 y ss.; Odriozola, ob. cit., p. 57 y ss.

- b. para los no católicos, el estado civil se probaba por las certificaciones expedidas por el Alcalde Ordinario con base en las partidas de los Registros llevados por los Jueces de Paz. Asimismo, a través de varias leyes se declararon válidos los matrimonios celebrados entre no católicos por los ministros de sus cultos o los cónsules de sus nacionalidades.¹⁵⁸

La tercera fase comienza con la entrada en vigencia del decreto-ley n.º 1.430, el 1º de julio de 1879, por medio del cual se produce la secularización de los Registros de Estado Civil, los que pasan a ser llevados por los Jueces de Paz. Con todo, el matrimonio siguió bajo un régimen mixto, de validez de ambos actos, el civil o el religioso, hasta que por vía del decreto-ley n.º 1.791, de 22 de mayo de 1885, vigente a partir del 21 de julio de 1885, también se seculariza esta institución (art. 83 del CCU).

El Registro de Estado Civil, entonces, fue creado por el decreto-ley n.º 1.430, de 11 de febrero de 1879, como «un registro especial para la comprobación del estado civil de las personas» (art. 1º), que comenzó a funcionar el 1º de julio de 1879.

En la actualidad, para que las partidas o testimonios extraídos de los libros parroquiales produzcan efectos civiles es necesario que sean autorizadas por un certificado del Director General del Registro de Estado Civil, de conformidad al art. 2º de la ley n.º 1.997, de 7 de julio de 1888 (inc. 2º del art. 40 del CCU). Asimismo, se organizó la confección de un Índice General de Partidas Parroquiales por la ley n.º 10.055, de 1º de octubre de 1941.

Cada Oficial del Registro de Estado Civil o los Jueces de Paz que desempeñan las funciones de estado civil inscribe nacimientos, matrimonios, defunciones y reconocimientos de hijos naturales, llevando para ello ocho libros, dos para cada una de esas inscripciones (arts. 2 y 3 del decreto-ley n.º 1.430).

Los libros aludidos se abren el 1º de enero de cada año y se cierran el 31 de diciembre. Una vez culminado el año, uno de esos libros se envía a la Dirección General del Registro de Estado Civil, con sede en Montevideo, y el otro a la Intendencia Municipal del departamento en que se llevaba ese libro.

Asimismo, la ley n.º 13.426, de 2 de diciembre de 1965, estableció en sus arts. 82 a 86 un registro destinado a que se transcriban en él los documentos provenientes del extranjero referidos a nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y reconocimientos ocurridos fuera del país. La finalidad perseguida estriba en formar un registro matriz de esos documentos en el Uruguay, de forma que cuando deben ser utilizados por los particulares, no se vean con la carga de recurrir al país en que fueron labrados o realizados, puesto que basta con el testimonio de la documentación inscrita en ese registro. La inscripción en el Registro no varía la eficacia del documento inscripto, sino que éste tendrá tanto valor en el país como lo tendría si se empleara el original. Además de ello, en el caso de las sentencias extranjeras, se debe cumplir el procedimiento estatuido por los arts. 537 a 543 del CGP.

El Registro de Estado Civil es una institución abierta a cualquier interesado, que puede obtener de aquellas dependencias que las proporcionan los documentos necesarios a efectos de corroborar los estados civiles en los que tengan interés (inc. 1º del art. 20 del decreto-ley n.º 1.430 en la redacción dada por el art. 54 de la ley n.º 13.318 de 28 de diciembre de 1964).

La prueba principal del estado civil

La prueba principal de los diversos estados civiles que flanquean a las personas a lo largo de sus vidas se realiza de modo primordial a través de las partidas de estado civil, aun cuando también son aptos para ello otros documentos públicos, como las sentencias judiciales o documentos otorgados ante Escribano público.

Por cierto, a través de las partidas se suelen probar variados estados, como el de cónyuges, hijos y padres legítimos o hijos y padres naturales, aun cuando respecto a la prueba de estos últimos, como surge del art. 42 del CCU, se admite en ciertos casos la presencia de otros documentos públicos, como una sentencia judicial que declare la paternidad o maternidad, luego de un juicio de investigación de filiación —art. 197 y ss. del CNA—, una escritura pública de reconocimiento —art. 31.1 del CNA— o un testamento del cual emerja un reconocimiento de hijo natural —art. 31.2 del CNA—.

Como se señala con amplio consenso en la doctrina uruguaya, las actas o partidas extendidas en los libros del Registro de Estado Civil son instrumentos públicos, por lo que hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha (arts. 1574 y 1575 del CCU). Empero, su eficacia desborda lo previsto por este último precepto, dado que además de hacer plena fe en cuanto a estos aspectos, también lo hace en cuanto a su contenido —arts. 20, inc. final del decreto-ley n.º 1430 y 43 del CCU—¹⁵⁹. Como mero ejemplo, una partida de defunción no sólo hace plena fe en cuanto a que en determinada fecha ciertos sujetos declararon que una persona había fallecido, sino que también prueba el fallecimiento de ésta.

Documentos requeridos para probar los principales estados civiles

- a. Cónyuges: testimonio de la partida de matrimonio;
- b. Viudo o viuda: testimonios de partida de matrimonio y de defunción del fallecido;
- c. Divorciado o divorciada: testimonios de la partida de matrimonio y de la sentencia judicial que decretó el divorcio. La prueba del matrimonio nulo, entretanto, se realiza con los testimonios de la partida de matrimonio y de la sentencia judicial que declaró la nulidad matrimonial;
- d. Hijo o padre legítimos o matrimoniales: testimonios de las partidas de matrimonio y nacimiento. Incluso, como emerge del art. 210 del CCU, no es obstáculo para la filiación legítima del hijo que el matrimonio de los padres haya sido declarado nulo;
- e. Hijo o padre naturales o extramatrimoniales; existen variadas posibilidades de las que enunciativamente se señalan las siguientes:
 - testimonio de partida de nacimiento del hijo de la cual resulta por sí sola el reconocimiento de quien procedió a la inscripción —art. 31.1 del CNA—;
 - testimonios de partidas de nacimiento y de reconocimiento posterior del hijo en aquellos casos en que el reconociente no procedió a inscribir el nacimiento de su hijo, de conformidad a lo establecido en el literal anterior;
 - testimonio de partida de nacimiento del hijo con primera copia de la escritura de reconocimiento (arts. 42 del CCU y 31.3 del CNA);

159 Cfr. Cestau, ob. cit., vol. I, pp. 101-102; Odriozola, ob. cit., pp. 61-63; Rivero de Arhancet, Ramos Cabanellas y Morales Figueredo, *Familia y derecho*, Montevideo, FCU, 2004, p. 469; Gatti, ob. cit., T. I, p. 116.

- testimonio de partida de nacimiento del hijo con la primera copia del testamento otorgado por el padre natural en que se procedió al reconocimiento de aquél (arts. 42 del CCU y 31.2. del CNA);
- testimonios de partidas de nacimiento del hijo y de la sentencia judicial que declaró la existencia de un reconocimiento tácito por posesión notoria del estado civil de hijo natural, conforme a lo dispuesto por el art. 233, inc. final, del CCU;
- testimonios de partidas de nacimiento del hijo y de la sentencia judicial por la que se declaró la paternidad o maternidad en virtud de un juicio de investigación de filiación (arts. 42 del CCU y 197 y ss. del CNA).

Las notas marginales

A través de las anotaciones marginales en las partidas se procura que éstas mantengan actualizados los estados civiles de las personas; *v. gr.* que en una partida de matrimonio, exista una constancia que acredite su disolución, sea por muerte de uno de los cónyuges, sea por divorcio, o la declaración de nulidad recaída sobre el vínculo.

Una vez labrada y firmada una partida, queda perfecta y se torna inmodificable su texto; empero, el legislador ha abierto la puerta para que en la medida de lo posible se mantenga actualizada la situación de la persona a que ella refiere a través de la agregación de anotaciones en su margen, en las que consten aquellas incidencias de su vida que afecten el estado civil.

Asimismo, las mencionadas anotaciones también desempeñan la función de corrección de los errores que se hayan cometido al labrar la partida y que fueron localizados o visualizados luego de que fueron firmadas.

Dichas notas sólo tienen el valor puramente accesorio e informativo de relacionar unos asientos con otros, pero en ningún caso constituyen prueba principal del estado civil que se trata de probar.¹⁶⁰

Las notas marginales sólo son procedentes en aquellos casos especificados por la ley.¹⁶¹
A vía de ejemplo:

- a. en la partida de matrimonio se efectúa la anotación marginal del divorcio (art. 193 del CCU), de la muerte de los cónyuges (art. 68 del decreto-ley n.º 1.430, en virtud de la redacción dada por el decreto-ley n.º 1.468) y de la sentencia que declaró la nulidad del matrimonio contraído (art. 207 del CCU);
- b. cuando fueran diversas las partidas de nacimiento y de reconocimiento, en ambas se anotarán al margen los datos de la otra partida (art. 49 del decreto-ley n.º 1.430);
- c. en los casos de rectificación de partidas, al margen de la partida rectificadas se anotan los datos de la resolución que la modificó y el contenido de la rectificación (art. 78 del decreto-ley n.º 1.430);
- d. al margen de la partida de defunción, se anota la identificación posterior de un cadáver, que no fue posible identificar al procederse a la inscripción (art. 60 del decreto-ley n.º 1.430).

160 Cfr. Albaladejo, Derecho civil, T. I, Introducción y parte general, vol. 1º, *Introducción y derecho de la persona*, 14ª edición, Barcelona, José María Bosch Editor, 1996, p. 366.

161 Cfr. Odriozola, ob. cit., p. 61.

La rectificación de partidas

De conformidad al art. 78 del decreto-ley n.º 1430 las alteraciones, rectificaciones o adiciones, sea de la naturaleza que fueren, sólo pueden efectuarse en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y mediante una anotación al margen de la partida que se modifica. Esto significa que el texto de la partida que se rectifica se mantiene intangible en su texto, pero es posible visualizar que ha sido modificada por las constancias que se agregan al margen y que determinan en qué ha consistido la mutación.

El art. 73 del aludido decreto-ley dispone que «hay lugar a la rectificación: 1º) por falsedad, cuando se alegue que el suceso registrado no tuvo lugar; 2º) por enmienda cuando se solicite variar algún nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental».

A pesar de que el legislador ha incluido todas esas situaciones que se mencionan dentro de la rectificación de partidas (seguramente porque tienen en común que requieren de un proceso que va a culminar con una orden de anotar al margen de la partida lo proveído judicialmente), es indispensable distinguir entre la nulidad o impugnación de partidas, el cambio de nombre y la rectificación de partidas propiamente dicha.

En efecto, la nulidad o impugnación de partidas tiene lugar cuando se alega que el acto inscripto no tuvo lugar (*v. gr.* se inscribió la defunción de quien aún se halla con vida). La vía procesal por la que tramita este procedimiento es el juicio ordinario y el efecto perseguido es dejar la partida sin efecto en virtud de su falsedad.

En el caso del cambio de nombre, por el contrario, no se afirma que el suceso registrado no tuvo lugar —como en la impugnación—, ni que hay errores en la designación —como en la rectificación—, sino que considera que existen razones válidas y consistentes que justifican que aquel nombre que se le atribuyó debe ser variado (*v. gr.* porque se trata de un nombre ridículo).

La rectificación, por el contrario, supone que una partida contiene inexactitudes, errores o incorrecciones en su texto. Su trámite es el instaurado por los arts. 72 a 78 del decreto-ley n.º 1.430, y comprobados los errores en el acta, procede su modificación.

Las partidas pueden ser rectificadas cuando contienen algo más, algo menos o algo diferente de lo que deben contener. Para corroborar su procedencia, es menester tener presente si el hecho registrado fue correctamente traducido al soporte documental en el acto de inscripción (coincidencia entre realidad sustancial y realidad formal), esto es, si coincide la realidad a incorporar con la efectivamente incorporada al Registro de Estado Civil, tomando como punto de mira la situación que existía al momento en que el acta fue labrada. De modo que, cuando esa coincidencia no estuvo presente, es posible rectificar el soporte instrumental (o partida erróneamente labrada) para adecuarlo a la realidad existente al momento en que fue hecha la inscripción.

En otro orden, el decreto n.º 64/977, de 1º de febrero de 1977, admite que la Dirección General del Registro de Estado Civil puede

disponer por resolución administrativa expresa, previo estudio de los antecedentes de cada caso concreto, la enmienda de los errores, omisiones o irregularidades de carácter administrativo que se constaten en las actas de estado civil, cuando ello no implique afectar el contenido intrínseco de la declaración contenida en el acta bajo la firma de los declarantes, testigos y Oficial autorizante.

Como brota de los «Resultandos» del decreto mencionado, es posible emplear la prerrogativa que se brinda a la Dirección General del Registro de Estado Civil cuando es menester

enmendar aspectos no esenciales del documento, como las anotaciones marginales practicadas con error y constancias indebidas asentadas al margen de las actas o anotaciones relativas a circunstancias de carácter meramente administrativo referidas a hechos posteriores a la suscripción del acta por los declarantes.

Odrizola ha señalado que corresponde diferenciar los casos en que las partidas contienen errores o no traducen con fidelidad lo relativo al nombre, de aquellos otros en que se pretende su cambio. La rectificación no implica, ni significa cambio de nombre, pues

el nombre real de la persona no varía: la modificación se efectúa en el título documental y no en el nombre verdadero. El instituto del cambio de nombre supone una hipótesis distinta: existe la pretensión de variar el nombre real que está correctamente estampado en la partida de nacimiento¹⁶².

La distinción entre rectificación de partidas y cambio de nombre adquiere importancia fundamentalmente por dos aspectos: el primero vinculado con la posibilidad de enmendar determinados datos de las partidas por vía administrativa (por la vía del decreto n.º 64/1977, de 1.º de febrero de 1977 ya señalado), y el segundo relacionado con las diferentes actitudes que tomará el Juez que conozca en el asunto, según se trate de una u otra pretensión.

En efecto con relación a este segundo aspecto, mientras

en la rectificación al Juez le toca apreciar la prueba del error producido o denunciado, y probado el error debe hacer lugar a la rectificación solicitada, en los casos de solicitud de cambio de nombre, además de controlar la prueba del motivo aducido para ello, debe resolver sobre el valor del motivo como causa determinante del expresado cambio. Hay, pues, un gran margen para la apreciación judicial.¹⁶³

En consecuencia, la posición que asume el Juez en cada supuesto es diferente: si hay un error en la partida y el mismo resulta probado, el magistrado que intervenga en el proceso debe decretar la rectificación consiguiente; mientras que, en el caso del cambio de nombre, sus facultades se amplían en el sentido de que no sólo valúa la prueba, lo cual también hacía en el caso anterior, sino que, además, debe evaluar si el motivo que se invoca como plataforma de la pretensión justifica o no el cambio solicitado.

En un fallo uruguayo, de 27 de octubre de 1948, aparece claramente distanciada la posibilidad de interponer una acción tendiente a rectificar una partida de nacimiento y la de instaurar una acción de cambio de nombre. En el caso, se trataba de un sujeto, de apellido Escudero, que fue inscripto con los nombres de pila «José Deciderio» y solicitó que se le cambiara el primer nombre por el de «Saturnino» en virtud de que siempre fue conocido por él en su vida de relación y además, que se rectificara el error padecido en su segundo nombre, sustituyendo la letra *c* por la *s*, de modo que figurara como «Desiderio». En primera instancia se negaron ambas solicitudes, y en segunda instancia se revocó la sentencia en virtud de las siguientes consideraciones:

- a. la rectificación de la partida de nacimiento, en cuanto a la falta ortográfica cometida en ella, era evidente;
- b. respecto a la modificación del nombre atribuido, dado que se estimó que el haber usado y ser distinguido en la sociedad por un nombre distinto al que figura en el acta del estado civil, configura una causa justa y legítima para la rectificación.

162 Odrizola, ob. cit., p. 20.

163 Del Campo, «Cambio de nombre, rectificación de partidas y declaración judicial de identidad, dentro de nuestro derecho positivo», *RDA*, T. XXXVI, p. 148.

El tribunal reputó que mediante este proceso se persigue ajustar el acta a la realidad, recogiendo el nombre por el que es conocida, distinguida e individualizada la persona a que se refiere.¹⁶⁴

La prueba supletoria del estado civil

Planteamiento

Ante la imposibilidad material de probar un estado civil mediante las pruebas principales (por ejemplo, en razón de la destrucción de los libros del Registro de Estado Civil), el ordenamiento uruguayo admite que es posible recurrir a otros medios a fin de comprobarlo. Se trata de pruebas supletorias o secundarias, sustitutas o que relevan a las principales.

Las hipótesis en que se debe recurrir a probar un estado civil mediante prueba supletoria pueden ser de los más variadas; entre ellos: que los documentos de prueba principal se hayan destruido, cuando existen, pero se desconoce el lugar en que se encuentran, y en los casos en que, si bien los documentos existen y se conoce su lugar de archivo, es imposible obtenerlos (*v. gr.* porque por razones políticas de ese país es imposible su obtención).

Para que sea procedente la demostración supletoria del estado civil es necesario, por un lado, que no existan los registros o asientos, o que si bien se supone que existen, es materialmente imposible procurarse un testimonio de ellos; 2°) el hecho registrable¹⁶⁵, que se prueba a través de los medios que prevé el art. 44 del CCU.

El art. 44 comienza con un error, dado que dispone que la prueba supletoria procede por «la falta de los referidos testimonios»; sin embargo, ello no es así, ya que si falta el testimonio de partida es posible requerir uno nuevo ante la oficina correspondiente; en realidad, la procedencia de estas pruebas —y es a lo que debió referirse el precepto— tiene lugar cuando faltan las partidas, libros, actas o registros¹⁶⁶. Incluso, cuando se extravió o perdió el registro, pero existe un testimonio, no es menester recurrir al procedimiento de la prueba supletoria, ya que él hace plena fe (art. 8 del decreto-ley n.° 1430).¹⁶⁷

La disposición aludida prevé taxativamente qué medios operan como prueba supletoria y las jerarquiza en dos escalones: en el primero incluye «otros documentos auténticos» y las «declaraciones de testigos», y en el segundo, «en defecto de estas pruebas», se admite la posesión notoria del estado civil que se trata de probar.¹⁶⁸

Otros documentos auténticos

Cuando el art. 44 del CCU previene que supletoriamente el estado civil se puede probar mediante «otros documentos auténticos», se refiere a instrumentos diferentes a aquellos mediante los cuales en modo principal se puede probar un estado civil (partidas, sentencias judiciales y documentos notariales).

Los documentos hábiles para ello pueden ser públicos o privados, siempre y cuando acrediten en forma fehaciente el estado civil que se trata de probar. A vía de ejemplo, en una

164 Pub. en *LJU*, T. XX, 1950, caso 3.106.

165 Cfr. Cestau, ob. cit., vol. I, p. 108.

166 Cfr. Cestau, ibíd.

167 Cfr. Gatti, ob. cit., T. I, p. 126.

168 También lo señala Odriozola, ob. cit., p. 66; sin embargo, diferente es la postura que expone Cestau, ob. cit., vol. I, p. 107.

sentencia del TAF 1er. T. de 20 de diciembre de 1995, se admitió como prueba supletoria, ante la imposibilidad por fuerza mayor de obtener la documentación original (destrucción de la documentación durante la 2ª Guerra Mundial en diversos países), las partidas expedidas por la Comunidad Israelita del Uruguay.¹⁶⁹

Asimismo, la Libreta de Organización de la Familia, conocida vulgarmente como «Libreta de matrimonio» puede intervenir como prueba supletoria, no sólo del vínculo matrimonial celebrado, sino también de nacimiento de los hijos procreados o adoptados por los contrayentes, dado que éstos figuran en ella.

Incluso a pesar de que el art. 44 se refiere a documentos en plural, cabe admitir que un solo documento puede probar supletoriamente un estado civil, cuando de él resulta de forma indubitable el acto o hecho que se trata de probar.

Testigos presenciales

La ley exige para estos testigos una calificación especial: deben haber presenciado los hechos constitutivos del estado civil que se trata de probar. A vía de ejemplo, el nacimiento de una persona puede ser probado mediante la declaración de quienes intervinieron en el parto: médicos ginecólogos, parteras, enfermeras, etcétera; en el caso del matrimonio, es apta para este fin la declaración de las personas que estuvieron en la celebración civil, aun cuando no hayan firmado el acta matrimonial.

Con relación al número de testigos requeridos para probar el estado civil en forma supletoria, el CCU emplea la expresión «declaraciones de testigos», lo cual lleva a la idea de que es necesario que varias personas declaren sobre el hecho que se trata de probar.

Aun cuando la ley al referirse a los documentos y a los testigos en el art. 44 emplea los términos en plural y de que se sostuvo que no se requiere una pluralidad de documentos como prueba supletoria, la solución es diversa en materia de prueba testimonial, dado que ésta habitualmente no confiere la misma seguridad que ofrece la documental, como medio de fijar ciertos hechos. Y por esa razón es imprescindible la presencia de más de un testigo.

Posesión notoria de estado civil

De conformidad a lo que resulta de los arts. 45 a 47 del CCU, para la admisibilidad de la prueba supletoria del estado civil mediante posesión notoria es necesario que se encuentren presentes tres elementos: trato, fama y tiempo. Sin embargo, este último elemento en ocasiones se presenta más bien como un presupuesto de admisibilidad de la posesión notoria, más que como uno de sus elementos, y radica en la exigencia de que el trato y la fama se extiendan al menos durante diez años continuos (art. 47).

Como es fácil de visualizar, para detectar la presencia del trato y de la fama se torna imprescindible analizar las circunstancias que rodean cada caso concreto, la situación social de las partes e incluso su grado de educación, dado que aquellos no son hechos simples, sino conceptos jurídicos que se tipifican, no de modo aislado, sino a través de la multiplicidad y continuidad de actos.¹⁷⁰ En efecto, los elementos caracterizantes de cada relación conyugal o paterno-filial conducen de modo poco menos que imprescindible a que cada una de ellas asuma condiciones especiales que no pueden perderse de vista a la hora de analizar la presencia de la posesión notoria como medio de prueba supletorio del estado civil.

169 Cfr. ADCU, T. XXVI, f. 345, p. 124.

170 Grompone, *Reconocimiento tácito de hijos naturales*, Montevideo, Ed. Amalio M. Fernández, 1978, pp. 75-76.

Trato

De conformidad con el art. 45 del CCU, «la posesión notoria del estado de matrimonio consiste principalmente en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales»; entretanto, de acuerdo al art. 46, la de hijo legítimo «consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos».

El trato es la forma de conducirse que asumen las personas que expresan tener determinado estado de familia y que es aquel que pretenden probar. Se trata de un elemento que sólo puede ser apreciado en atención al caso concreto planteado, dado que si bien en las relaciones conyugales es factible que el modo que asume el trato se mantenga durante toda la vigencia del vínculo, en el caso de las relaciones paterno-filiales existen una infinidad de factores que inciden y que le suelen dar a cada relación específicas características particulares. Como muestra, no es posible exigir la misma intensidad en el trato de aquellos padres e hijos que conviven, con el que se asume en aquellos en que los padres han relajado su vínculo matrimonial con una separación o lo han disuelto mediante divorcio y a uno de ellos no se le ha confiado la custodia de sus hijos.

La única forma posible para determinar la presencia de este elemento consiste en comparar la situación concreta con el estándar de conducta que suelen asumir los padres en esas condiciones, atento a las circunstancias particulares que rodean cada coyuntura. Asimismo, es esencialmente variable la exigencia que prevé el art. 46 respecto a la obligación del padre de proveer a la educación, establecimiento y vestido del hijo, puesto que dependerá, muchas veces, de la situación socio-económica en que se hallan los involucrados. Por otro lado, con respecto a la presentación a deudos y amigos no se requiere que la misma sea universal, sino que es suficiente que alcance al círculo en que se mueven los sujetos.¹⁷¹

Fama

Según el art. 45 del CCU en la posesión notoria del estado de matrimonio, la fama consiste «en haber sido cada uno recibido en ese carácter por los deudos y amigos del otro y por el vecindario de su domicilio en general» y de conformidad al art. 46 para la de hijo legítimo se requiere que los deudos y amigos de los padres y «el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres».

La exigencia de la fama implica que el trato de los cónyuges o de los padres e hijos debe traspasar la intimidad del ámbito familiar, para alcanzar cierto grado de publicidad ante los terceros.

Tiempo

El trato y la fama que fundan la posesión notoria deben haberse extendido al menos por diez años continuos. Para algunos, se trata de un presupuesto de admisibilidad de la acción, para otros, es otro de los elementos de la posesión notoria, pero en todo caso se trata de un plazo fatal, cuyo cumplimiento es inexorable para la recepción de la figura como prueba supletoria del estado civil que el promotor aduce tener. En el ordenamiento patrio, no tiene sustento la postura que señala que el plazo de diez años de posesión notoria sólo

171 Zurdo, «Posesión notoria de estado civil de hijo natural», *ADCU*, T. XVIII, sec. Doct., Montevideo, FCU, 1988, p. 424.

debe exigirse cuando es físicamente posible,¹⁷² pero no en los casos en que no es viable llegar a él por fallecimiento de alguno de los involucrados (*v. gr.* uno de los cónyuges o el padre, según sea la posesión notoria de matrimonio o de hijo legítimo). En este sentido, los tribunales entienden que la exigencia del decenio como lapso en el cual debe haberse exteriorizado la relación padre-hijo, es condición de admisibilidad de la acción. Dicho plazo es de interpretación estricta y no admite excepción alguna, aun cuando su realización resulte prácticamente imposible por el deceso del presunto padre, previo a su consumación.¹⁷³

El requisito de la continuidad reclamado por el art. 47 del CCU denota que el trato y la fama del estado civil que se quiere probar se han realizado sin intervalos anormales, es decir, que se han desarrollado en forma usual o habitual, de acuerdo al patrón o modelo de conducta que suelen asumir quienes efectivamente tienen ese estado familiar. Como es fácil de ver, se trata de una comprobación que depende en manera exclusiva del caso concreto a resolver, y para cuya probanza es especialmente apta la prueba testimonial.

En un litigio uruguayo, se presentó una reclamación para que se tuviera por probado el reconocimiento tácito de un hijo natural por posesión notoria de estado civil en un supuesto en que el padre había fallecido cuando el promotor contaba con 9 años, 11 meses y 6 días de edad. En el fallo de primera instancia dictado por el Juez Letrado en lo Civil de 1er. Turno, el 25 de marzo de 1968, se rechazó la petición formulada, en atención a que —aun por escaso lapso— no se llegó al plazo de diez años requerido por la ley y con base en que el intérprete no puede crear excepciones contra el texto claro de la ley, aunque por su cumplimiento llegue al absurdo —*dura lex, sed lex*—. El TAC 2° T. en fallo de 24 de octubre de 1969 revocó el pronunciamiento de primera instancia y acogió la petición formulada, indicando que el plazo de diez años puede computarse desde antes del nacimiento, a partir de la concepción, siempre que los hechos respectivos se corroboren y mantengan después del nacimiento hasta alcanzar el plazo requerido. La sentencia del tribunal de alzada asume que al concebido se le protege —confiriéndole derechos a condición de que nazca viable (*v. gr.* art. 835 del CCU)— y por consiguiente, si una persona se comporta frente a él como su padre y la criatura llega a nacer, manteniéndose esa actitud posteriormente, no hay razón como para negarle a ese comportamiento los efectos relativos a la configuración de la posesión de estado, sobre todo porque la ley no señala desde cuando se inicia el cómputo del plazo de diez años.¹⁷⁴

Prueba de la posesión notoria

Según el art. 48,

la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida o la pérdida o extravío del libro o registro, en que debiera encontrarse.

El legislador uruguayo es exigente con la prueba de la posesión notoria, en especial cuando no se explique y pruebe convenientemente porqué el estado civil aducido no se acredita mediante los medios de prueba principal. Así se exige que el estado civil que se pretende probar sea establecido de modo irrefragable: y ello es razonable, en virtud de que

172 Cfr. Cestau, ob. cit., vol. I, p. 111.

173 *LJU*, T. CIII, caso 11.878, p. 371.

174 Cestau, «Del tiempo en la posesión notoria del estado civil de hijo natural», *Revista AEU*, T. 56, 1970, pp. 28-37.

es evidente que no tiene el mismo poder de convicción un documento público del cual surja el estado civil, como acontece con las partidas, que la posesión notoria en la cual asumen particular importancia las declaraciones de quienes dicen conocer a los involucrados.

La posesión notoria como medio de reconocimiento tácito de hijo natural

Mientras en el caso del hijo legítimo, la posesión notoria es únicamente una de las tres pruebas supletorias admitidas por la ley a fin de probar un estado civil cuando no es posible hacerlo mediante las pruebas principales, en el supuesto de los hijos habidos fuera del matrimonio, la posesión notoria tiene una importancia sustancialmente mayor, dado que emplaza al hijo en el estado civil de hijo natural reconocido (art. 233 del CCU).

Capacidad e incapacidad

Concepto¹⁷⁵

Los individuos de la especie humana, en tanto tienen atribuida por parte del ordenamiento la condición de personas, ostentan la aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones. Empero, es ostensible que algunos sujetos tienen idoneidad para adquirirlos mediante su actuación personal, en tanto otros —dado que padecen alteraciones psíquicas o son objetivamente considerados inmaduros— no están habilitados para actuar por sí mismos en los negocios jurídicos y es necesario que otra persona lo haga por ellos. En efecto, un menor de edad, sea púber o impúber, un demente o un sordomudo que no se puede dar a entender por escrito o gestualmente a través del Sistema de Lenguas Uruguayo (arts. 1279 y 1280 del CCU) en tanto personas, tienen capacidad jurídica y consiguientemente pueden ser receptores de efectos jurídicos, titulares de derechos y obligaciones, pero de ordinario no pueden actuar personalmente en los negocios jurídicos. Ello por cuanto si procuran adquirir esos derechos y obligaciones por vía negocial, actuando por sí mismos, carecen de aptitud para hacerlo, pues no tienen capacidad de obrar. Por ende, es forzoso que un sujeto que sea capaz y al cual la ley le haya dado facultades para actuar por ellos, los sustituya en la conclusión del negocio. Se trata de los denominados «representantes legales» (padres, tutores y curadores), a los que la ley ha conferido la gestión de obrar en nombre de aquellos para solucionar el impedimento que tienen de actuar jurídicamente con validez (arts. 258 y 316 del CCU).

Lo expuesto es consecuencia del distingo entre la denominada *capacidad jurídica, de derecho o de goce*, por un lado, y la *capacidad de obrar o de ejercicio*, por otro. La primera es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, con independencia de que ellos se puedan obtener con la propia actuación del interesado o no; la segunda es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones obrando o actuando por sí mismo. Por cierto, la doctrina actualmente es unánime en la admisión de la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar; la primera indica la aptitud para la titularidad de poderes y obligaciones jurídicas, entretanto, la segunda es la idoneidad para desarrollar la actividad jurídica relativa a la esfera de los intereses de la persona, cumplir los actos jurídicos y ejercitar por sí los propios derechos.¹⁷⁶

Por consiguiente, si bien la noción de capacidad jurídica o de goce está indisolublemente ligada al concepto de persona, en razón de que toda persona disfruta de una capacidad genérica de goce, la presencia de la capacidad de obrar o de ejercicio no es determinante de esa calidad.

De lo dicho se desprende la importancia del estudio de la capacidad. Ella es un presupuesto de validez de los negocios jurídicos, tal como resulta de los arts. 1261 ord. 2°, en materia de contratos y 831, ord. 1 y 832, en materia de testamentos. Consecuentemente,

175 Como no puede ser de otra manera, para el análisis del tema hemos tomado como base la obra de Gamarra y Blengio, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. X, 5ª ed., Montevideo, FCU, 2001.

176 Cfr. Dogliotti, ob. cit., p. 14.

en caso de que se lleve a cabo un negocio jurídico, sin que alguno de los otorgantes tenga la capacidad de obrar requerida por la ley, el mismo será nulo (relativa o absolutamente, según que intervenga un incapaz relativo o absoluto).

Diferencias entre las capacidades jurídica y de obrar

La capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones o para ser destinatario de efectos jurídicos que corresponde a todo ser humano; por tanto, no puede existir una incapacidad jurídica general, a diferencia de lo que ocurría en la antigüedad (por ej. con los esclavos). Por su lado, la capacidad de obrar es la posibilidad de producir efectos jurídicos con la actuación de la propia persona; es la «capacidad para realizar el acto jurídico *por sí mismo*».¹⁷⁷

Atento a lo expuesto, el concepto de capacidad jurídica está necesariamente comprendido dentro de la noción de persona; mientras que nada impide que existan seres humanos que no ostenten la capacidad de obrar, tal como acontece con los incapaces.

Consecuentemente, mientras la capacidad jurídica es permanente, dado que se adquiere con la condición de persona y termina con la muerte, la capacidad de obrar está subordinada a situaciones de hecho, dado que se modifica y puede cesar a lo largo de la vida de la persona.¹⁷⁸

La ausencia de capacidad de obrar se remedia mediante dos figuras: la representación legal y la asistencia. La primera permite que los efectos jurídicos de un acto realizado por un sujeto (representante: padres, tutor o curador) recaigan en el patrimonio de otro sujeto (representado: incapaz) —art. 1254—. La segunda implica que para que la manifestación de voluntad tendiente a crear el negocio se manifieste válidamente se requieren dos voluntades: la del incapaz y la del asistente. Por ejemplo, es lo que acontece con la capacidad atenuada del menor púber para contraer matrimonio.

Clasificación de los sujetos atendiendo a su capacidad

Atendiendo a su capacidad, y en orden descendente respecto a sus posibilidades de actuación, es posible distinguir los siguientes grupos de sujetos:

Capaces plenos o absolutos

Son aquellos mayores de 18 años que no padecen alteraciones mentales que los transformen en dementes, ni caen dentro de los sordomudos incapaces.

La mayoría de edad fue fijada en los 18 años por la ley n.º 16.719, de 11 de octubre de 1995 (art. 280 del CCU), rebajándola de los 21 años que antes establecía el ordenamiento.

En el Derecho civil el único acto para el cual es insuficiente la edad de 18 años es la adopción, dado que conforme a lo dispuesto por el art. 140, lit. D) del CNA para ello se requieren 25 años de edad.

Capaces limitados

Dentro de éstos cabe incluir a los menores púberes casados, viudos o divorciados, en virtud de lo dispuesto por el art. 305 del CCU

177 Gamarra y Blengio, ob. cit., p. 55.

178 Gamarra y Blengio, ob. cit., p. 57.

El estatuto jurídico que se establece para estos sujetos se aplica también a los menores púberes solteros cuando actúan con su peculio profesional o industrial, de conformidad a lo que se verá en el capítulo siguiente.

Antes de la ya señalada ley n.º 16.719 existían dos figuras que permitían incluir a otros sujetos entre los capaces limitados: la emancipación y la habilitación de edad. La primera era un instituto que permitía a aquellos sujetos que se encontraban entre los 18 y los 21 años de edad liberarse de la patria potestad, a través de una escritura pública otorgada por el propio menor y sus padres. La segunda era una figura que liberaba a los menores entre 18 y 21 años de la tutela y se obtenía a través de un procedimiento judicial. Dado que la posibilidad de adelantar la capacidad, en ambos casos, se podía lograr a partir de los 18 años, las figuras mencionadas han desaparecido del ordenamiento patrio, puesto que a dicha edad ya se es mayor.

Como señalan Gamarra y Blengio, los menores habilitados por matrimonio logran un estado intermedio entre capacidad e incapacidad, creándose una zona de actos para los cuales son plenamente capaces (art. 307). Es una zona mucho mayor que la de la capacidad especial donde el legislador no hace enumeraciones particulares, sino que estatuye la capacidad en forma genérica.

Se trata de una capacidad que es limitada en un doble sentido:

- a. en cuanto al número de actos que el sujeto puede realizar (art. 307);
- b. los contratos que enumera el art. 310 no quedan sustraídos por completo a la voluntad del menor, ya que su voluntad interviene en el acto complementada con la voluntad del Juez (hay concurrencia y no sustitución). A pesar de la redacción del art. 307 no hay una capacidad general del menor habilitado, pues las incapacidades a que se refieren los arts. 308, 309 y 310 son de una magnitud tal que se asemejan o superan la capacidad prevista por aquél. Sería incorrecto hablar de que los arts. 309 y 310 sólo prevén algunas incapacidades especiales.

Las limitaciones se vinculan:

- a. con la posibilidad de contraer nuevas nupcias por parte del menor habilitado que se ha divorciado o enviudado (art. 308);
- b. con las intervenciones en juicio (art. 309);
- c. con supuestos relevantes económicamente para el menor (enajenación de inmuebles: se basa en el principio *res mobilis, res vilis*), en situaciones que siempre son desfavorables para su patrimonio (donaciones, fianzas) o que pueden poner dicho patrimonio en riesgo (deudas por más de 500 UR).¹⁷⁹

Incapaces relativos

Son los menores púberes solteros (art. 1280).

El precepto señalado también incluye a los comerciantes fallidos; no obstante, éstos son sujetos capaces, que únicamente se encuentran limitados para la disposición de sus bienes.

Hasta la ley n.º 10.783, de 18 de setiembre de 1946, también se incluía a las mujeres casadas, que estaban sometidas a la potestad marital; sin embargo, por virtud de ella se igualó la capacidad civil del hombre y la mujer y desapareció la incapacidad de ésta.

Cuando actúa un incapaz relativo sin la debida representación el negocio que celebra es relativamente nulo. No obstante, el legislador uruguayo reconoce para los menores púberes algunas capacidades especiales, algunas plenas y otras atenuadas:

¹⁷⁹ Gamarra y Blengio, ob. cit., p. 69 y ss.

- a. pueden disponer por testamento (arts. 83 I, ord. 1° y 265). Se trata de una capacidad plena, dado que el menor interviene por sí mismo sin necesidad de asistencia;
- b. contraer matrimonio (arts. 91, ord. 1°, y 105 a 110). Consiste en una capacidad atenuada, en virtud de que requiere el concurso de otras personas para la celebración;
- c. pueden otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1946). Las capitulaciones matrimoniales constituyen un negocio jurídico por el cual los futuros cónyuges pactan el régimen patrimonial que los habrá de regir durante el matrimonio. Es también una capacidad atenuada;
- d. realizar donaciones por causa de matrimonio (art. 1656);
- e. a partir de los 14 años ser testigos en juicio (art. 155 del CGP). De acuerdo al art. 151.2 del citado cuerpo procesal, «el Tribunal podrá disponer el interrogatorio de menores púberes, lo que se efectuará en presencia de su representante legal, salvo casos de imposibilidad que el Tribunal apreciará libremente»;
- f. ser depositarios en el depósito necesario o miserable (2275 y 2273 del CCU); se trata de una capacidad plena;
- g. si el menor está sometido a tutela, puede solicitar la remoción del tutor (art. 361);
- h. pueden reconocer hijos extramatrimoniales (art. 30 CNA). Se trata de una capacidad plena;
- i. en el caso de los adolescentes pueden oponerse al cambio de apellido cuando son reconocidos, declarados hijos extramatrimoniales o adoptados (ords. 7 y 9 del art. 27 y art. 32 del CNA);
- j. percibir y administrar su peculio profesional o industrial (art. 178 del CNA).

Incapaces absolutos

Conforme al art. 1279 del CCU son los impúberes, los dementes y las personas sordomudas que no puedan darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas, según lo establecido en la Ley n.° 17.378, de 25 de julio de 2001. En este último caso, la intervención del intérprete de lengua de señas es preceptiva para decidir la incapacidad.

La intervención personal de cualquiera de estos sujetos en un negocio jurídico provoca su nulidad absoluta.

A pesar de ello, aun cuando en menor número que en el caso de los púberes, tienen ciertas capacidades especiales:

- a. Los impúberes puede reconocer hijos extramatrimoniales con autorización judicial (art. 30 del CNA) y a partir de los 10 años son capaces de delito y cuasidelito civil (arts. 1319, 1320, 1324 y 1326);
- b. Los dementes sólo tienen una capacidad especial que es la de solicitar la rehabilitación de la interdicción actuando personalmente (arts. 449 del CCU y 448 del CGP);
- c. Los sordomudos incapaces son capaces de delito y cuasidelito civil y pueden contraer matrimonio, si se comprueba que pueden emitir su voluntad. En efecto, de conformidad al inc. 2° del art. 91, ord. 2°, «los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito son hábiles para contraer matrimonio, siempre que se compruebe que pueden otorgar consentimiento. La comprobación se hará por informe médico aprobado judicialmente»; y según el art. 98, ord. 6°, inc. 2°, «el consentimiento del sordomudo contrayente que no pueda darse a entender por escrito, será expresado por su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 105 y siguientes».

Institutos de protección de los incapaces

Planteamiento

Como se ha visto en el capítulo anterior, diversos sujetos, que si bien tienen capacidad jurídica y pueden ser sujetos de las relaciones jurídicas y destinatarios de los efectos que las mismas producen, no tienen la aptitud requerida por la ley para producir esos efectos actuando personalmente. Se trata de los incapaces ya mencionados, los que no pueden actuar por sí mismos en los actos que les conciernen y requieren que otras personas actúen por ellos, es decir, quienes asumen su representación legal.

Los institutos de protección, destinados al amparo de la persona y el patrimonio de los menores de edad, dementes y sordomudos incapaces son la patria potestad, la tutela y la curatela.

Patria potestad

Concepto¹⁸⁰

La figura que nos ocupa está regulada en los arts. 252 a 300 del CCU; sin embargo, para su debida comprensión es necesario complementar esa regulación con otros cuerpos legales, como el CNA o la Convención Universal de los Derechos del Niño.

El art. 252 del CCU conceptúa a la patria potestad como «el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad».

Del precepto es posible extraer varias derivaciones:

- a. el legislador uruguayo mantiene el término «patria potestad» que se recoge desde la antigüedad, aun cuando la expresión no refleja la configuración actual de la figura. En efecto, ella no es solamente un poder (potestad), sino un conjunto de poderes y deberes que se le confieren a los padres, ni está atribuida solo al padre (patria), en virtud de que desde la ley n.º 10.783, de 18 de setiembre de 1946, ambos padres la ejercen en igualdad de condiciones.¹⁸¹ Por cierto, la patria potestad la ejercen ambos padres conjuntamente, salvo que existan resoluciones judiciales que limiten, suspendan o priven el derecho de alguno de ellos. La madre en la actualidad desempeña

180 La base del desarrollo de este tema está constituido por siguientes artículos doctrinarios: Howard, «Patria potestad. Representación y administración legales», *Revista AEU*, T. 85 (Nos. 7-12), 1999, sec. Doct, pp. 279-297; y del mismo autor: «La representación legal frente a las discontinuidades en el ejercicio de la patria potestad», *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 16, sección Doctrina, Montevideo, FCU, 2002, pp. 91-108.

181 Y como corolario de lo que vengo exponiendo la expresión *patria potestad* se substituyó por la de *autorité parentale* en el ordenamiento francés y por la de *potestà dei genitori* en el régimen italiano.

su función de manera originaria y no en forma supletoria al padre. Sin embargo, siguiendo una milenaria tradición se ha mantenido la designación de la institución;

- b. los padres tienen respecto a sus hijos un conjunto de derechos y deberes;
- c. la patria potestad persigue la protección integral de los hijos, tanto en el terreno personal, como en el patrimonial;
- d. se trata de una figura temporal, en tanto tiene como límite máximo de vigencia la mayoría de edad de los hijos; por lo que, una vez que éstos cumplen dieciocho años —o antes si contraen matrimonio— la patria potestad se acaba, sin perjuicio de que si las circunstancias dan mérito para ello (por ejemplo, se trata de un sujeto que padece alteraciones mentales) puede ser sometido a otro instituto de protección, como es el caso de la curatela.

Institución jurídica y no biológica

Además de lo dicho, no puede perderse de vista que la patria potestad es una figura que tiene naturaleza jurídica y no biológica. Ello por cuanto porque, por un lado, no es condición imprescindible que quienes la desempeñan tengan un vínculo de orden biológico con los menores sujetos a ella, tal como acontece en la adopción. Pero por otro, aun cuando tal vinculación genética exista, sólo ejercen la patria potestad quienes se encuentran dentro de las condiciones indicadas por la ley, es decir, cuando sean los padres matrimoniales del menor o en caso de que sean extramatrimoniales, los hayan reconocido.

Proceso de debilitamiento de la autoridad paterna

La evolución de la patria potestad configura un «proceso de debilitación de la autoridad paternal»¹⁸². Desde ser concebida como un poder absoluto del padre sobre los hijos ha pasado a considerarse, en la actualidad, una función que los padres deben ejercer en favor y conveniencia de los hijos.

Esa evolución ha operado en una doble perspectiva: por una parte, destruyendo la calidad del padre como único encargado de su ejercicio al hacer partícipe de la misma también a la figura materna, y por otra, acaso la más trascendente, transformando el poder, casi absoluto o arbitrario del progenitor, en deberes hacia la persona del hijo, o en otros términos, en poderes que deben ejercerse en interés de éste.

El aludido proceso de decaimiento de la autoridad del padre también es perceptible en el desarrollo que ha experimentado el instituto en el ordenamiento uruguayo. Es así que cuando se sancionó el CCU, la patria potestad era de desempeño unipersonal: la ejercía el padre, fuera éste legítimo o natural, sea por reconocimiento o declaración judicial, y la madre sólo desplegaba la función en forma supletoria, esto es, cuando el padre faltaba o no podía ejercerla y siempre que no contrajera nuevas nupcias. Tal situación no fue alterada por el Código del Niño del año 1934, el cual solo corrigió dos aspectos:

- a. en la filiación natural, únicamente ejercerá la patria potestad el padre que reconoció voluntariamente a su hijo y no así el declarado judicialmente tal (art. 195, refundido en el art. 275 del CCU);
- b. el adoptante ejerce la patria potestad sobre el adoptado (art. 166). Es recién con la ley n.º 10.783, de 18 setiembre de 1946, que la patria potestad será ejercida en común en la filiación legítima por ambos cónyuges o por ambos progenitores si lo han

182 Castan Vazquez, *La patria potestad*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1960, pp. 16/72.

reconocido, en la natural, y a la vez, se deroga el art. 294, inc. 1° del CCU, en cuanto a que la mujer que contraiga nuevas nupcias no pierde la patria potestad.¹⁸³

Pero la evolución también ha acaecido en otra dirección. En efecto, el menor sufría desde la sanción del CCU hasta hace poco tiempo, de una incapacidad total que le impedía intervenir en la dirección o gestión que sus padres realizan de su persona y bienes. El hijo era considerado siempre un incapaz, sea que tuviera exiguo tiempo de vida o que se hallara en una etapa cercana a la adquisición de la mayoría de edad. Su voluntad era total y absolutamente impotente para intervenir en la protección de sus intereses, sin importar cual fuera su edad.

Fueron los preceptos internacionales ratificados por el Estado uruguayo, los que primeramente acudieron en amparo de la voluntad del menor cuando ésta puede ser manifestada. En efecto, la Convención Universal de los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento jurídico nacional por la ley n.° 16.137, de 28 de setiembre de 1990, propicia la toma en consideración del querer del menor en diversas circunstancias. En tal sentido, el art. 12, parágrafo 1° preceptúa que «los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones que emita, en función de su edad y madurez» y el parágrafo 2° que dispone que

con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La disposición referida significa un profundo avance con respecto a las previsiones del CCU, puesto que le confiere la oportunidad de ser escuchado en los procedimientos que se lleven a cabo y que puedan ser de su interés, pero, queda subsistente, sin embargo, una carencia básica: no le da la facultad de intervenir directamente en ellos (con la debida asistencia), aun cuando su voluntad haya alcanzado cierto desarrollo.

La disposición referida fue incluida con variantes en el CNA como art. 8, de forma que se le confiere al niño o adolescente, aunque esté sometido a patria potestad, la oportunidad de ser escuchado en los procedimientos que se lleven a cabo y que puedan ser de su interés.

Caracteres de la patria potestad

Las principales características que adornan a la patria potestad son las siguientes:

- a. es un instituto jurídico de protección para los incapaces menores de edad;
- b. es de ejercicio obligatorio e irrenunciable, se trata de una función *intuitu personae*, de la cual los padres no pueden excusarse o renunciar a los deberes que emergen de ella;
- c. su contenido se encuentra regulado por preceptos de orden público, por lo que su contenido y extensión temporal no podría ser ampliado, reducido o renunciado: la regulación queda sustraída a las convenciones particulares, salvo en aquellos casos en que la ley lo permita; *v. gr.* acuerdo de los padres en lo referente a la administración de los bienes de los hijos;
- d. es intransmisible, dado que se encuentra fuera del comercio y no puede cederse en todo, ni en parte, ni por acto entre vivos, ni *mortis causa*. Sin embargo, se admite que se deleguen en un tercero deberes concretos derivados de aquélla; por ejemplo,

¹⁸³ Puede verse una más detallada evolución del instituto en el Derecho uruguayo, en Galarregui Diaz, «Titularidad de la patria potestad en nuestro Derecho Positivo», *LJU*, T. XLIX, sec. Doct, pp. 15-31 y Cestau, ob. cit., vol. III, pp. 29-31.

que los padres confieran un poder para que un tercero represente a su hijo en uno o más negocios jurídicos;

- e. es una función para la cual la ley prevé diversas restricciones legales, como resulta de los 284 a 286 del CCU, de forma que los apartamientos de sus padres a los deberes que tienen impuestos puede acarrear la pérdida o limitación de la patria potestad;
- f. está limitada temporalmente, dado que su ejercicio finaliza con la mayoría de edad del hijo (art. 280), aun cuando puede cesar antes si se produce la habilitación por matrimonio del menor. No obstante, luego de extinguida, subsisten algunos efectos que son consecuencia de la relación paterno-filial y no de la patria potestad, como el deber de respeto de los hijos frente a sus progenitores y la obligación recíproca de alimentos, entre otros;
- g. actualmente se destaca su carácter de función (conjunto de deberes y derechos): se considera que los padres tienen encomendadas un conjunto de facultades que se caracterizan porque deben ejercerse en interés de los hijos y no de sus propios titulares.

Obligaciones emergentes de la patria potestad en el ámbito personal

Obligaciones de los padres

Las principales obligaciones de los padres son las siguientes:

- a. Educación. Su finalidad es preparar al hijo para una vida sana desde el punto de vista físico y moral y para el desarrollo de una profesión, actividad u oficio determinado que sirva al menor y lo haga un elemento útil para la comunidad (arts. 41 y 70 de la Constitución Nacional; arts. 116, 121, 176, 178, 258 y otros del CCU y arts. 9, 10, 15 lit. C e I, 16, lit. B y H, y 46, entre otros.);
- b. Alimentos. El ordenamiento uruguayo recibe un amplio concepto de alimentos, que incluye no sólo la alimentación en sentido estricto, sino también la habitación, vestido, salud y educación, como refiere el art. 121 del CCU; pero aún más, a ese extenso contenido el art. 46 del CNA agregó los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, los de cultura y recreación y también los gastos de atención de la madre durante el embarazo, desde la concepción hasta la etapa del posparto. Con respecto a los obligados a prestar alimentos a los menores de edad, el art. 51 del CNA preceptúa un orden jerárquico: 1°) padres o adoptantes, en su caso, 2°) ascendientes más próximos del menor; 3°) el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el menor; 4°) el concubino o concubina en relación con el hijo o hijos del otro integrante de la pareja, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho; 5°) los hermanos legítimos o naturales, con preferencia los de doble vínculo sobre los de vínculo simple. El incumplimiento de la obligación alimentaria puede dar lugar a la declaración de indignidad (art. 842 ord. 4° del CCU), a la desheredación (arts. 901, inc. 2° y 903) e incluso a una sanción penal: arts. 279 A y 279 B del Código Penal, que incluyen delitos que sancionan la omisión de los deberes inherentes a la patria potestad o a la guarda;
- c. Auxilio en causas criminales (art. 264);
- d. Representación y asistencia del menor (art. 258, entre otros, del CCU);
- e. El art. 16 del CNA agregó diversas obligaciones que no alcanzan únicamente a los padres sino también a los responsables del menor, además de las mencionadas; como

simple mención ejemplificativa: respetar el derecho de éste a ser oído y considerar su opinión, colaborar para que sus derechos sean efectivamente gozados, prestar orientación y dirección para el ejercicio de sus derechos, velar por su asistencia regular a los centros de estudio y participar en el proceso educativo.

Obligaciones de los hijos

Las obligaciones de los hijos son primordialmente las siguientes:

- a. Honra y respeto (art. 256 del CCU); empero este deber procede más de la filiación que de la patria potestad, dado que no está sometido a límites temporales, sino que se mantiene aun cuando se haya extinguido la patria potestad. Incluso el art. 17.1 del CNA extendió la obligación también respecto a los responsables del menor, aunque no sean sus progenitores;
- b. Obediencia (arts. 257 del CCU y 17.1 del CNA). Este deber existe en tanto no se lesionen sus derechos o contravengan las leyes;
- c. Alimentos (arts. 118 y 279). Se trata también de una obligación que se deriva de los vínculos parentales, más que de la patria potestad; su violación por parte del hijo mayor de edad puede conducir a su desheredación (art. 900 ord. 2° del CCU) y de indignidad (art. 842 ord. 4°);
- d. Prestación de servicios (art. 259 del CCU). Los hijos deben prestar a sus padres los servicios propios de su edad, sin que tengan derecho a reclamar recompensa por ellos;
- e. El CNA, en su art. 17, refiere genéricamente que los niños y adolescentes tienen el deber de mantener una actitud de respeto en la vida de relación familiar, educativa y social, así como emplear sus energías físicas e intelectuales en la adquisición de conocimientos y desarrollo de sus habilidades y actitudes y especialmente se menciona: su deber de cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad, de respetar los derechos, ideas y creencias de los demás, respetar el orden jurídico, conservar el medio ambiente, prestar, en la medida de sus posibilidades el servicio social o ayuda comunitaria, cuando las circunstancias así lo exijan y cuidar y respetar su vida y su salud. Claro está, como es fácil de observar, muchas de estos deberes carecen de una sanción verdaderamente adecuada, lo cual conduce a que, más que obligaciones, sea procedente referir que son estándares de conducta que considera apropiados el legislador actual.

El derecho de guarda

El conjunto de relaciones personales que vinculan a los padres con sus hijos encuadra en la guarda que aquéllos ejercen sobre éstos. La guarda en sentido amplio comprende:

- a. la guarda material, también denominada tenencia o custodia y que supone la inmediatez o relación directa sobre la persona del hijo (mantener al hijo en su casa, alimentarlo, prestarle cuidados corporales, etcétera);
- b. la guarda jurídica, que comprende el derecho de los padres de dirigir su educación para el desarrollo intelectual, moral y filosófico, corrección, vigilancia, etcétera (art. 258).¹⁸⁴

¹⁸⁴ Rivero de Arhancet, Patria potestad, guarda, tenencia, Ley 15.210, Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo n.° 3, Montevideo, FCU, 1986, p. 28.

Cuando los padres conviven, ambas especies se hallan indiferenciadas; los problemas y disociaciones del concepto se producen con la separación o conflicto de aquéllos. Ello por cuanto al producirse una dispersión de la estructura familiar matrimonial o de hecho, ambos padres continúan ejerciendo la patria potestad, pero es imprescindible decidir qué ocurre con la guarda material o tenencia, esto es, quién mantiene la relación directa e inmediata con el hijo. Por su parte, la guarda jurídica se mantiene en ambos padres, por lo que, los dos continúan en el ejercicio de la patria potestad. Incluso, la tenencia del menor no necesariamente ha de recaer en alguno de los progenitores, desde que puede ser atribuida a un tercero, ajeno o no a la familia, tal como resulta del art. 177 del CCU que es cardinal en la materia.¹⁸⁵

En principio, los propios padres son quienes de común acuerdo deciden todo lo referido a tenencia, visitas y demás aspectos relacionados con sus hijos, dado que son los que conocen de mejor manera la situación y con toda probabilidad la forma más adecuada de solucionar los conflictos que resultan de las crisis familiares. Para el caso de que no exista acuerdo entre los padres, la cuestión la solucionan los órganos judiciales, tratando de tomar en consideración de modo primordial cuál es el interés superior de ese hijo en concreto. A esos efectos, el art. 35 del CNA prevé ciertas pautas o recomendaciones que deben contemplar los magistrados:

- a. el hijo debe permanecer con el padre o madre con el que convivió un mayor tiempo, siempre que le favorezca;
- b. se debe preferir a la madre cuando el niño sea menor de dos años, siempre que no sea perjudicial para él;
- c. se debe oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente.

Empero, la circunstancia de que la tenencia del menor se atribuya a uno solo de los progenitores o aun a una tercera persona, no provoca de modo alguno que se extinga o se vea menoscabada la figura de la patria potestad, excepción hecha del contacto diario que eventualmente puede dejar de existir entre el hijo y el progenitor no tenedor, el cual se verá mitigado con la implantación de un régimen de visitas.

Entretanto, la guarda jurídica está subordinada a los avatares que sufra la patria potestad, en cuanto configura su expresión; de manera que, la limitación, suspensión o pérdida de la patria potestad conducen fatalmente a la limitación, suspensión o pérdida de la guarda jurídica.

En cuanto a las visitas, el art. 38 del CNA consagra como principio general que todo niño y adolescente tiene derecho a mantener el vínculo, en orden preferencial, con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente, a un régimen de visitas con los mismos. Pero esa enumeración no es taxativa, dado que el Juez, basado en el interés superior del niño o adolescente, puede incluir en ellas a otras personas con las que aquél haya mantenido vínculos afectivos estables. A pesar de lo expuesto por el precepto acerca de que serán determinadas judicialmente, es preciso tomar en consideración que la intervención de los magistrados es supletoria respecto a la actividad de los padres o interesados, dado que éstos pueden acordar el régimen que prefieran siempre que no afecten los intereses del menor. Únicamente a falta de acuerdo, intervienen los Jueces, quienes fallarán oyendo al niño y teniendo en cuenta su opinión (art. 39 del CNA), pero con una amplia discrecionalidad y atendiendo a los parámetros de cada situación concreta.

¹⁸⁵ Vid. más profundamente: Howard, «La tenencia de los hijos», *RUDF*, n.º 21, Montevideo, FCU, 2009, pp. 129-178.

Ámbito patrimonial de la patria potestad

La representación y en menor medida la asistencia de los menores sometidos a patria potestad forman parte esencial del contenido de la patria potestad. Consecuencia de ello, varias disposiciones del CCU prevén las facultades de los padres para actuar en representación de los hijos sometidos a su patria potestad. Así, a simple vía enunciativa, el art. 258 preceptúa que los padres «los representan en todos los actos civiles» y el art. 267, en su inc. 1º, expresa que «los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, tengan o no el usufructo de los mismos».

El concepto de administración debe ser entendido en sentido amplio, de manera que no se incluyen en él tan sólo los supuestos de administración propiamente dicha, como los referidos a la conservación y explotación de un patrimonio, sino también los propios actos de disposición, que los representantes legales puedan realizar respecto a bienes que conforman el patrimonio del hijo, siendo en estos casos, cuando entran en relaciones con terceros para producir efectos en el patrimonio del menor, que aparece el fenómeno representativo.

Los padres representan a sus hijos en todos sus actos civiles; sin embargo, a vía de ejemplo, no existe representación legal en los siguientes casos:

- a. en los actos relativos al derecho de familia: matrimonio, capitulaciones matrimoniales, etcétera, en los cuales, si bien se requiere la intervención de los padres u otros sujetos (arts. 105-110 del CCU), no se trata de supuestos de representación legal, sino de asistencia;
- b. en aquellos actos en que los menores tienen una capacidad especial plena, como acontece con la requerida para el otorgamiento de un testamento (arts. 265 y 831, ord. 1º);
- c. cuando el menor actúa con peculio profesional e industrial (inc. 4º del art. 267), hipótesis en que puede ser procedente la asistencia judicial (*v. gr.* para realizar los actos del art. 310);
- d. cuando existen herencias o legados que hayan pasado al hijo por indignidad del padre o madre o por haber sido éstos desheredados (arts. 266, ord. 5º, 848 y 902);
- e. en los casos en que le es quitada a los padres la administración de los bienes de los hijos por ser esta ruinosa para los intereses de éstos, tal como instituye el art. 273.

Los poderes de los padres respecto a los bienes que son propiedad de sus hijos se vinculan con la denominada *teoría de los peculios*, la cual refiere a lo que ocurre con la administración y usufructo de los bienes de los hijos sometidos al instituto. Esto es, en cuanto a la administración, quién decide el destino de los bienes de sus hijos y quién actúa en sus actos, y en lo referido al usufructo, quién se beneficia con los frutos que produzcan los bienes de los hijos.

La situación de los hijos matrimoniales resulta principalmente del art. 266, que distingue los diversos peculios en atención a cual es el origen de la adquisición del bien por parte del menor. En cambio, la de los hijos extramatrimoniales se regula por el art. 276: los padres naturales no usufructúan los bienes de sus hijos, sólo los administran con la obligación de rendir cuentas.

El art. 266 prevé tres tipos de peculios: el adventicio ordinario, el profesional o industrial y el adventicio extraordinario. Lo que distingue el acápite del artículo (peculio adventicio ordinario) de los numerales (los dos restantes peculios) es que en el acápite el usufructo de los bienes del menor atañe siempre a los padres y en los numerales nunca pertenece a ellos, sino al hijo. El elemento diferenciador es, pues, que la pertenencia de los frutos que generen dichos bienes.

- a. El peculio adventicio ordinario se encuentra integrado por todos los bienes que pertenecen al hijo y no encuadran en las excepciones (numerales) del art. 266; de manera que, para determinar si un bien pertenece a este peculio se debe recurrir a un *procedimiento de eliminación*, esto es, indagar en primer término si el bien a calificar puede incorporarse en otro de los peculios, de manera que si no cae en ellos, forzosamente va a componer el adventicio ordinario.

En referencia a los bienes que lo integran, los padres siempre tienen el usufructo y normalmente también tienen la administración de los mismos. Excepcionalmente, no tendrán esta última en caso de bienes adquiridos por el menor por testamento o donación, donde el testador o donante haya dispuesto expresamente que los padres no los administren.¹⁸⁶

La facultad de administrar es independiente del derecho de usufructo (arts. 267/1° y 268), por lo que es de suma trascendencia determinar si quien actúa lo hace como administrador (comparece en nombre y representación del menor) o como usufructuario (*v. gr.* si arrienda o dispone de los frutos lo hace a nombre propio). Por otra parte, la responsabilidad es diferente en cada caso: si el usufructuario hace un mal negocio arrendando un bien, el único perjudicado es él; pero si lo hace como administrador es responsable del mal negocio frente al menor, ya que actúa como administrador de cosa ajena (art. 269).

- b. El peculio profesional o industrial está regulado por los ords. 1° y 2° del art. 266, en cuanto a su composición y por el inc. 4° del art. 267 respecto a su administración. Se halla conformado por todos los bienes que el menor adquiriera como provecho de su trabajo y a éste le corresponde tanto la administración como el usufructo de ellos. De acuerdo al art. 178 del CNA, membretado «Peculio profesional o industrial»: «todo adolescente que trabaje tendrá derecho de acuerdo a lo prescripto por los artículos 266 y siguientes del Código Civil, a la administración exclusiva del salario o remuneración que perciba, la que deberá serle abonada directamente, siendo válido el recibo que el empleador otorgue por tal concepto. Cualquier constancia en el recibo o fuera de él que pudiera implicar renuncia del adolescente a sus derechos, será nula».

El fundamento de estas disposiciones se encuentra en que desde el momento que el menor tiene la aptitud suficiente para dedicarse a una industria, trabajo, profesión, oficio o arte, que le reditúa beneficios, es de estricta justicia que se le reconozca la capacidad suficiente para administrar y usufructuar los bienes que en virtud de dicha actividad adquiriera.

- c. El peculio adventicio extraordinario preceptuado por los ords. 3°, 4° y 5° del art. 266, tiene como rasgo común que sus bienes no son usufructuados por los padres. Con respecto a la administración, en los numerales 3° y 4° corresponde a los padres y en el numeral 5° a un curador especial.

Se halla conformado por:

- a. Bienes adquiridos por caso fortuito (n.° 3).

¹⁸⁶ Con respecto al usufructo legal, se ha dicho judicialmente que los padres no se hacen dueños de los frutos de los bienes de los hijos sino en el excedente de lo que resulta una vez cumplidas todas las obligaciones que se les imponen por el ejercicio de la patria potestad. El fundamento del usufructo legal es la conformación de un patrimonio familiar, de un patrimonio de afectación. Los padres, en relación con los frutos deben ser considerados como simples administradores en nombre de la familia y como tales, deben hallarse obligados a rendir cuentas de la integralidad de su gestión (*ADCU*, T. XXVI, f. 505, p. 181).

- b. Bienes adquiridos por el menor por herencia, legado o donación con la condición expresa de ser usufructuados por él (n.º 4). La manifestación adquiere carácter indispensable, desde que el legislador estableció, como principio, que los bienes adquiridos por el menor por cualquier título o modo pertenecen en cuanto a su usufructo al padre.
- c. Herencias o legados que pasan al hijo por ser los padres declarados indignos o ser desheredados (n.º 5). En estos casos, los padres no tienen el usufructo ni la administración de los bienes del menor; aquél corresponde al menor (arts. 848, inc. 2º y 902) y ésta a un curador especial (art. 458 n.º 3).

Extinción de la patria potestad

Los supuestos de extinción de la patria potestad están previstos por el art. 280 del CCU y no suponen hechos que impliquen una conducta condenable de los progenitores. Se trata de hipótesis en que la figura ya no está llamada a cumplir ninguna misión. En tanto no hay un menor de edad que amparar, la figura es incompatible con el estado matrimonial del hijo o el deceso de quienes la tienen atribuida da mérito a que, dadas las circunstancias, se ingrese en otro instituto de protección a los incapaces, como lo es la tutela.

La patria potestad concluye cuando:

- a. mueren los padres o el hijo;
- b. éste cumple dieciocho años de edad;
- c. el hijo contrae matrimonio.

Pérdida de la patria potestad

Bajo este rubro se encuentran aquellos actos de los padres que revelan que no están en condiciones adecuadas para ejercer la función que la ley les atribuyó y que conducen a que sea riesgoso para el hijo permanecer bajo la dirección de aquellos. Son conductas que merecen un juicio de reproche desde la perspectiva de los intereses del menor, y que determinan la necesidad, para seguridad y cuidado de éste, de sustraerlo a la esfera de autoridad del progenitor.¹⁸⁷

La pérdida de la patria potestad puede acaecer de pleno derecho (arts. 284) o a petición de parte (arts. 285 y 255 del CCU).

- a. La pérdida de pleno derecho significa que verificados los hechos estatuidos por la ley, el padre pierde la patria potestad sobre su hijo, sin que sea menester que un tribunal se pronuncie sobre ese corolario. En efecto, en ciertos casos, para que proceda esta pérdida es preciso la existencia de una sentencia penal condenatoria ejecutoriada, pero aquella sanción opera *ipso iure*, en virtud de que la condena trae consigo la privación, sin que se requiera que el juez expresamente se pronuncie sobre esa consecuencia. Se trata de las hipótesis en que el padre es condenado: a) por el delito de proxenetismo contra la persona de sus hijos o descendientes; b) a pena penitenciaria o dos veces con pena de prisión como autor o cómplice de un delito contra la persona de uno o varios de sus hijos.
- b. Entretanto, la pérdida de la patria potestad a petición de parte se distancia de la anterior no sólo en que es menester deducir una acción con esa finalidad por alguno de los legitimados por el art. 289 del CCU, sino que se le concede al órgano judicial

¹⁸⁷ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988, p. 419.

actuante una mayor discrecionalidad para la determinación de sí es pertinente o no declarar la privación de los padres en los atributos de que están investidos. Se trata, al igual que en la pérdida de la patria potestad de pleno derecho, de supuestos que de ordinario demuestran severamente que los padres no están en condiciones de ejercer el cargo, pero que no revisten tanta gravedad como aquellos.¹⁸⁸

Las causales de pérdida de pleno derecho que menciona el art. 284 son más graves que las de pérdida a petición de parte enumeradas en el art. 285, pero en el sentido de que la gravedad no depende del hecho en sí, sino de la relación que este hecho tiene con la delicada misión confiada a los padres. Por eso, el padre o la madre que atente contra la vida de sus hijos o trata de prostituirlos demuestra claramente que es indigno de continuar en el ejercicio del cargo; mientras que no sucede lo mismo cuando se trata de un homicida, pues aunque el caso en sí sea gravísimo, de ese hecho no se desprende que no pueda cumplir con sus deberes respecto a su hijo.¹⁸⁹

Los legitimados activamente para solicitar la pérdida de la patria potestad a petición de parte (y también la limitación o suspensión de la figura) aparecen mencionados en el art. 289 del CCU: el padre o la madre que no haya incurrido en los hechos tipificados como causantes de la pérdida, los ascendientes, los colaterales y el Ministerio Público. Además, están facultados, los tenedores del niño cuando aspiren a proceder a una legitimación y el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay.

Las hipótesis que el art. 285 refiere como supuestos de pérdida a petición de parte son los siguientes:

- a. cuando uno o ambos padres son condenados a pena de penitenciaría como autores o cómplices de un delito común;
- b. si por dos veces son condenados por sustitución, ocultación atribución de falsa filiación, exposición o abandono de niños o por estimular o permitir que sus hijos imploren la caridad pública o toleren que otros se valgan de ellos con ese fin;
- c. cuando fueren condenados por el delito de proxenetismo, respecto a persona diferente a sus descendientes;
- d. si fueren condenados dos veces a pena de prisión como autores o cómplices por delitos a los que hubieran concurrido con sus hijos;
- e. por excitar o favorecer en cualquier forma la corrupción de menores;
- f. si por sus costumbres depravadas o escandalosas, ebriedad habitual, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudieren comprometer la salud, seguridad o moralidad de sus hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la ley penal;
- g. si se comprueba en forma irrefragable que durante un año han hecho abandono culpable de los deberes inherentes a su condición de tales, no prestando a sus hijos los cuidados y atenciones que les deben.

Con respecto a esta última causal, que es la más frecuentemente invocada frente a los tribunales, es menester considerar que del cúmulo de obligaciones que engendra la patria potestad existen algunas de carácter material, sometiéndose en gran medida a las condiciones

188 Se ha admitido incluso que los hechos que motivan la privación de la patria potestad pueden ocurrir aun durante la concepción del hijo. En este rumbo, judicialmente incluyó dentro de la causal de pérdida preceptuada por el art. 285, ord. 6°, el conato de interrupción voluntaria de la gravidez, pub. en *LJU*, T. 120, caso 13.821, p. 284 y ss.

189 Del Campo (h), *De la protección a los menores en el Derecho Civil*, Papelería 'Comini' Casa Editora, Montevideo, 1932, p. 99.

en que se encuentre el deudor, dependiendo su satisfacción de la coyuntura laboral o fortuna personal de éste, entre otros motivos que pueden incidir. En virtud de esas consideraciones, el incumplimiento de los deberes de contenido primordialmente económico no supone de manera necesaria la privación de la patria potestad para quienes la ejercen. Pero la patria potestad no agota su contenido en la ejecución de deberes con contenido material o económico, dado que expande su órbita a la satisfacción de otras exigencias, que carecen de esa naturaleza. Es decir, también supone el cumplimiento, como lo son las que tienden al desarrollo espiritual y realización personal del hijo. El cumplimiento de estos deberes difícilmente se vincule con la situación patrimonial de los padres, sino más bien con las características personales, culturales o sociales del obligado. En este rumbo, se falló que

si bien es cierto que no puede imputarse abandono culpable del padre si este no sirve pensión alimenticia a su menor hija por imposibilidad económica de hacerlo, derivada por ejemplo de falta de trabajo, ello no le impide demostrar el afecto que naturalmente debe sentir hacia a su hija frecuentando su trato y procurando robustecer la relación padre-hija, lo que se consigue a través de distintos aspectos que exceden, evidentemente, la simple satisfacción de las necesidades materiales del menor.¹⁹⁰

Por lo dicho, si bien es menester tomar en consideración el no cumplimiento tanto de las obligaciones materiales como de las espirituales para determinar la pérdida de la patria potestad por parte de quien la ejerce, es preciso atender de modo primordial a la situación personal del padre a quien se pretende sancionar, en tanto el incumplimiento de las primeras no conduce necesariamente a esa penalización, dado que pueden existir motivos justificados que lo excusen, pero sí es imprescindible el cumplimiento de las segundas.¹⁹¹

El art. 255 establece otra causal de pérdida a petición de parte, que se apoya en una suposición de que el padre que en determinado momento perdió la patria potestad, mantiene su ineptitud en el futuro para desempeñar la función. Por ende, si contrae matrimonio y de esa relación nacen hijos, su cónyuge puede procurar que se le otorgue la patria potestad exclusiva sobre ellos.

Asimismo la pérdida de la patria potestad puede aparejar eventualmente otras sanciones de carácter indirecto; *v. gr.* conferir la tenencia exclusiva del hijo al otro padre o a un tercero; la posibilidad de que aquél quede en condiciones de ser legitimado adoptivamente o la imposición de una sanción penal para quien incumple los deberes que tiene atribuidos, de conformidad con los delitos tipificados en los arts. 279 A y 279 B del Código Penal. Empero, la pérdida de la patria potestad (y con mayor razón, a pesar del silencio normativo, tampoco la limitación o suspensión) no acarrea la extinción de la obligación alimentaria recíproca entre padres e hijos, ni las relaciones de derecho sucesorio. No obstante, el ord. 1° del art. 901 habilita que el padre que ha perdido la patria potestad puede ser desheredado.

190 *ADCU*, T. XXIX, f. 477, p. 180.

191 *ADCU*, T. XXV, f. 657, p. 220.

Limitación de la patria potestad

Entre pérdida y limitación de la patria potestad se contempla una disimilitud de grado en lo atinente a la conducta que los padres (o uno de ellos) asumen en cada caso; la gravedad del comportamiento es mayor en la primera figura que en la segunda. Por ello, como derivación, la pérdida suscita la exclusión total del padre transgresor en el desempeño del cargo (arts. 284, inc. 4° y 285, inc. final); mientras que la limitación habilita al juez a graduar el ejercicio de la función (art. 286).

Del art. 286 aparenta resultar que la limitación únicamente puede emerger de un proceso en que se impetró la pérdida de la patria potestad. Sin embargo, nada inhibe que se incoe una acción de limitación de la patria potestad cuando el propio gestionante juzgue que los hechos cometidos por el padre no den mérito para declarar la privación absoluta de sus poderes. En esta senda, el art. 273 del CCU gobierna un supuesto concreto de limitación que tiene lugar en caso de que la administración de los padres sea ruinosa para los intereses de los hijos. Pero además los propios órganos judiciales se han encargado de limitar las atribuciones paternas cuando su ejercicio podía afectar derechos de los hijos, como el derecho a la vida.¹⁹² Por eso, no es correcto compendiar la limitación de la patria potestad a los supuestos en que el distanciamiento de los deberes atribuidos a los padres no es tan grave como para determinar la pérdida a petición de parte; sino que más bien debe ser referida a aquellas hipótesis en que el padre se desvía gravemente del estándar de conducta imaginado por el legislador.

La limitación de la patria potestad significa un cercenamiento en el ejercicio de la figura, pero no su destrucción total, en tanto el padre afectado va a seguir en el desempeño del cargo, con las inhibiciones que se hayan dispuesto por los tribunales. Esta característica la diferencia de las hipótesis de pérdida (y también de las de suspensión), dado que en éstas se destruye la figura, dando lugar, si el otro padre no está en el ejercicio del cargo, al instituto de la tutela. Mientras la pérdida y la suspensión suprimen la titularidad y consecuentemente el ejercicio de la patria potestad para quien la tenía asignada, la limitación mantiene al titular de la institución, pero cercenado en cuanto a la ejecución de sus prerrogativas. Empero, la limitación no restringe otros ámbitos diferentes a aquellos en que existió un menoscabo a través de una providencia judicial. Por esa razón, como lo denota el propio art. 273, la circunstancia de que le sea quitada la administración del peculio del hijo a los padres, no supone ni por asomo que pierdan el resto de las atribuciones de que disfrutaban; *v. gr.* seguir dirigiendo la persona del menor, ejercer su vigilancia o usufructuar sus bienes.

Suspensión de la patria potestad

La suspensión no refleja un comportamiento infraccional de los padres a sus deberes, sino que se trata de circunstancias extrañas al concepto de culpabilidad en el ejercicio de sus cometidos. Conforme al art. 295 del CCU la suspensión de la patria potestad procede por la prolongada demencia de los padres o por larga ausencia con grave perjuicio de los intereses de los hijos.

Con respecto al primer supuesto, es preciso tomar en consideración que a pesar de la redacción legal, el demente no puede ejercer la patria potestad, aun cuando su patología sea pasajera: la ausencia de capacidad de ejercicio le impide actuar tanto con su propio patrimonio como con el de su hijo.

¹⁹² Sent. pub. en *RUDF*, n.º 5, pp. 9-14, por la cual se autorizó judicialmente una intervención quirúrgica para una niña recién nacida con graves malformaciones, frente a la negativa de sus padres invocando «razones religiosas».

En referencia al supuesto de larga ausencia de alguno de los padres, no es susceptible de confusión, aun cuando sí pueden estar vinculadas, la existencia de una larga ausencia como causativa de la suspensión de la patria potestad y la figura regulada por los arts. 50 y siguientes del CCU, en especial, con los arts. 79 y 80. En primer lugar, porque la conceptualización de ausente que se brinda en estos artículos solo es a los efectos de ese Título (art. 50); y además porque lo que caracteriza a este ausente es la incertidumbre acerca de su existencia, no siendo ese extremo necesario en el caso de la larga ausencia que motiva la suspensión de la patria potestad. Por otra parte, el art. 79 requiere para el nombramiento de tutor que hayan pasados seis meses desde la desaparición del padre o madre; mientras que en el art. 295 se demanda una condición diferente: «grave perjuicio de los intereses de sus hijos».

De acuerdo al art. 287 del CCU, los actos celebrados por quienes perdieron la patria potestad, se les limitó o suspendió en su ejercicio en calidad de representantes del hijo, son inoponibles al menor, siempre que la privación o limitación de aquella esté inscripta en el Registro Nacional de Actos Personales —sección Interdicciones— (arts. 35 y 54 de la ley n.º 16.871, de 28 de setiembre de 1997).

Restitución de la patria potestad

Las sentencias que declaran la pérdida, suspensión o limitación en el ejercicio de la patria potestad tienen el carácter de *rebus sic stantibus*, en la medida en que la situación que resuelven puede ser objeto de variación en tanto se modifiquen las condiciones existentes cuando se dictaron. Por esa razón, conforme a los arts. 296 y 300 del CCU, los padres que hubieran perdido la patria potestad y aquellos a quienes se les haya suspendido o limitado su ejercicio pueden solicitar al Juez su restitución. La restitución podrá ser total o parcial, atendiendo a los intereses del menor.

Tutela

Introducción

La tutela está regulada por los arts. 313 a 430 del CCU. Se trata de un cargo deferido por la ley, cuando se trata las denominadas tutelas legítima y legal, o en virtud de la autorización de la ley, en el caso de las especies testamentaria y dativa. Se incluye entre los institutos de protección a los incapaces, dado que su finalidad es la guarda de la persona y bienes de menores de edad no sometidos a patria potestad, ni habilitados por matrimonio.

Caracteres

Sus caracteres son los siguientes:

- a. es un cargo supletorio de la patria potestad, puesto que sólo tiene lugar cuando no existe aquella (art. 313 del CCU);
- b. es unipersonal: no se puede ejercer conjuntamente por más de una persona (arts. 315 y 324, entre otros);
- c. es intransmisible e inexcusable, salvo causa legítima (arts. 314 y 353);
- d. es un cargo temporal en razón de que cesa —como plazo máximo— cuando el menor cumple la mayoría de edad, aun cuando puede cesar antes si éste contrae nupcias;
- e. se trata de una función remunerada (arts. 413 y 414).

Especies de tutela

El CCU distingue diversos tipos de tutela, atendiendo a la forma como se constituyen:

- a. testamentaria;
- b. legítima; y
- c. dativa.

Además, se prevé una especie de tutela legal que ejercen el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay respecto a los menores internados en los establecimientos de dicha institución.

Por otro lado, la denominada tutela de la pensión alimenticia, que se encuentra prevista por el art. 202 del CNA, tiene lugar cuando se instaura una acción de investigación de paternidad o maternidad, por persona diferente a los progenitores, por no haberse presentado éstos, y se obtiene una pensión alimentaria. Para tales casos, el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay será el administrador legal de ella, a la vez, el responsable del bienestar, salud y educación del niño o adolescente internado en sus dependencias.

Tutela testamentaria.

Está regulada por los arts. 321 a 327 y 349 del CCU y consiste en un atributo de la patria potestad,¹⁹³ de modo que los padres que han sido excluidos de la figura por pérdida no están habilitados para nombrar tutor por acto de última voluntad (art. 328, ord. 2°). No obstante, el nombramiento que hayan hecho con anterioridad a dicha privación, es eficaz.¹⁹⁴ El padre y la madre, sean mayores o menores de edad, pueden nombrar tutor testamentario para sus hijos que estén bajo su patria potestad. Sin embargo, si bien ambos pueden proceder al nombramiento el que va a estar dotado de eficacia es el del progenitor que fallezca en último término. Por consiguiente, si solamente uno de los padres incluyó en su testamento la designación de tutor testamentario, pero prefallece al otro progenitor, el nombramiento de aquel carece de efectos jurídicos. Y la misma previsión contiene la ley para el caso de los hijos naturales: quien muere último de ambos padres, si ambos han reconocido al menor, puede designar tutor testamentario (art. 349).

Para la nominación de esta clase de tutor se requiere capacidad para otorgar testamento (art. 831, ord. 1°), de manera que pueden hacerlo los menores púberes habilitados por matrimonio para sus hijos legítimos. Sin embargo, los púberes que no han contraído nupcias no ejercen la patria potestad (art. 30, inc. 3° del CNA) y por consiguiente, aun cuando están capacitados para testar, no pueden nombrar tutor para sus hijos a través de ese medio.

El codificador prevé que el nombramiento de tutor por testamento puede ser hecho sujeto a plazo o a condición, sea suspensiva o resolutoria. Y también dispone que existen ciertas cláusulas prohibidas, las cuales en caso de incluirse en el testamento, no afectan su validez, ni la elección del tutor, sino que sencillamente se tienen como no escritas. En este sentido, con la intención de proteger los ámbitos patrimoniales del menor, se niega la posibilidad al testador de:

- a. eximir al tutor de realizar inventario judicial de los bienes del menor;
- b. autorizar al tutor a ingresar en posesión de los bienes del menor antes de hacer dicho inventario;
- c. eximir al tutor de rendir cuentas de su administración.

193 Cestau, ob. cit., T. III, p. 84 y ss.

194 Cestau, ibíd.

Asimismo, se le prohíbe a los padres nombrar varios tutores para que ejerzan conjuntamente el cargo; no obstante, sí lo hacen, el testamento y el nombramiento mantienen su eficacia, pero se entiende que el orden de los nombrados es el que se debe seguir en caso de que el primer llamado no ejercite el cargo.

Tutela legítima

Está disciplinada por los arts. 328 a 332 y tiene lugar cuando: a) no se nombró tutor testamentario o nombrado, no entró en ejercicio del cargo o cesó en el mismo; b) hubo pérdida o suspensión de la patria potestad. El art. 329 establece con carácter taxativo los llamados a ejercer la tutela legítima: 1°) los abuelos legítimos; y 2°) los hermanos legítimos, en cualquiera de los dos casos sin distinción de sexo. En caso de que existan pluralidad de sujetos, el Juez, oyendo previamente al Ministerio Público, designará, siguiendo el orden establecido 'la persona que pareciere más apta y que mejores seguridades presente. Quedan excluidos de la tutela legítima los hijos naturales (arts. 329, inciso final y 350 del CCU).

Tutela dativa

Está prevista por los arts. 333 y 334 del CCU, y procede a falta de tutela testamentaria y dativa. En este caso, la designación la hace el Juez, oyendo previamente al Ministerio Público, quien podrá proponer a varios sujetos para que aquél elija. Sin embargo, el Juez no está obligado a optar por los propuestos por el Ministerio Público y por ende, podrá elegir a quien considere más conveniente para el ejercicio del cargo. A diferencia de lo que acontece con la tutela testamentaria, este nombramiento no puede estar sujeto a plazo o condición alguna.

Si bien el órgano judicial disfruta de discrecionalidad para determinar quién va a desempeñar la protección del menor, los tribunales han fallado expresando que se entiende conveniente para un debido desempeño de la tutela —lo que implica la correspondiente protección de los intereses de los menores tutelados que el cargo implica— que ésta sea ejercida por la persona en ejercicio de la tenencia de los menores.¹⁹⁵

Tutela en caso de pérdida de la patria potestad

Para el caso en que la tutela tenga lugar por pérdida de la patria potestad, la situación se regula por los arts. 335 a 338 del CCU. En este supuesto se prescinde de la tutela testamentaria y se recurre a las tutelas legítima y dativa; pero existen dos particularidades:

- a. la persona nombrada podrá excusarse de ejercer el cargo, aun cuando no tenga causa legítima para ello;
- b. no se obliga al designado a prestar fianza y juramento, salvo que el Juez lo considerara necesario en atención a los bienes del menor.

En caso de que los designados se excusaran, se ingresa en la denominada tutela legal, que será ejercida por el presidente del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay, en Montevideo y por el jefe departamental respectivo de dicha institución, en los departamentos del interior del país. Los jueces, al discernir la tutela fijarán el monto de la pensión que, en concepto de alimentos, deberán abonar los padres y demás personas obligadas (art. 337).

195 *ADCU*, T. XXX, f. 1124, p. 436.

Diligencias previas al ejercicio del cargo

El codificador uruguayo tuvo, respecto al ejercicio del cargo de tutor, mayores desconfianzas que las que tenía cuando reguló la patria potestad, principalmente en razón de que en esta figura habitualmente existe un vínculo afectivo profundo que no se encuentra presente de forma necesaria en la tutela. Por esa razón, en los arts. 366 y siguientes del CCU se exigen que quien es llamado a la tutela cumpla con una serie de requerimientos cuya misión es primordialmente proteger el ámbito patrimonial del pupilo, de modo que se conserve (y si es posible se acreciente) su patrimonio hasta que llegue a la mayoría de edad o sea habilitado por matrimonio y pueda, en consecuencia, desarrollar personalmente su amparo y explotación. Los pasos necesarios para que el tutor ingrese en el desempeño del cargo una vez que ha sido nombrado son los siguientes: fianza y juramento, inventario y discernimiento.

El art. 368 del CCU establece que el cargo de tutor no será discernido sin que antes preste fianza y juramento que asegure el buen desempeño del cargo. Con la designación de un fiador se trata de asegurar al menor la restitución de los bienes administrados por el tutor, una vez que se termina el ejercicio del cargo, evitando que su insolvencia le provoque perjuicios al pupilo. Esa garantía personal en que consiste la fianza, puede ser sustituida por una garantía real como la hipoteca, según informa el propio art. 368 en su inc. 2°.

Si bien la obligación de prestar caución acerca del buen desempeño de su cargo alcanza a todo tutor, el art. 369 atendiendo a ciertas circunstancias especiales ha exceptuado a determinadas personas de cumplir dicha obligación:

- a. a los ascendientes del menor, desde que se presuponen relaciones de afecto;
- b. a los tutores interinos, por cuanto se prevé la brevedad en sus funciones;
- c. en caso de que el menor tenga pocos bienes y el tutor sea persona de reconocida probidad y facultades patrimoniales suficientes para responder de ellos;
- d. por último, el art. 335, en su inc. 2° previene que también puede exceptuarse de esta obligación al tutor cuando su nombramiento tiene lugar en caso de que los progenitores han sufrido la pérdida de la patria potestad; sin embargo, en esta hipótesis, se puede exigir al tutor que preste fianza cuando en vista de los bienes del menor, el Juez la considera conveniente.¹⁹⁶

Con respecto al monto de la fianza, el art. 370 dispone que el Juez fijará el monto de la fianza atendiendo al valor probable de los bienes muebles del menor, pues, con respecto a los inmuebles, se imponen otras medidas que aseguran su permanencia en el patrimonio del menor (por ejemplo, art. 395, que impone la obtención de autorización judicial para su enajenación o gravamen).¹⁹⁷

La obligación de inventariar está prevista por los arts. 373 a 381 del CCU y a través de ella se procura establecer los elementos cuantitativos y cualitativos que conforman el patrimonio del pupilo a efectos de asegurar y facilitar la obligación de restitución una vez finalizada la tutela. El inventario debe ser judicial (art. 418 del CGP) y a la vez estimativo de los bienes que se incluyen en él.

Asimismo en el inventario se debe incluir una relación total de los bienes muebles e inmuebles del menor, particularizándolos individualmente o en forma colectiva los que consisten en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad. Es posible incluso agregar las aclaraciones o explicaciones del caso para dejar a cubierto la responsabilidad del

¹⁹⁶ Cestau, ob. cit., p. 112.

¹⁹⁷ Cestau, ob. cit., p. 113.

tutor. También se harán constar todos los créditos y deudas del menor y los gravámenes a que están sujetos los bienes de éste. Cuando después de realizado el inventario aparecieran nuevos bienes se practicará un nuevo inventario con idénticas formalidades que se agregará al anterior.

Los pasajes oscuros o dudosos del inventario se interpretarán a favor del menor, salvo que exista prueba contraria (art. 380).

Es importante destacar que el discernimiento es el decreto judicial que autoriza al tutor a ingresar efectivamente en el ejercicio de su cargo (art. 366). Los actos que realice antes de que le sea discernido el mismo son nulos; empero, una vez producido el discernimiento, se reputarán válidos aquellos actos anteriores que, si no se hubiesen llevado a cabo, se hubiera ocasionado perjuicios al pupilo (art. 372).

Derechos y obligaciones que resultan de la tutela

El tutor debe cuidar de la persona del pupilo y administrar sus bienes con la diligencia propia de un buen padre de familia, siendo responsable de todo perjuicio que cause en la administración de los bienes, si existe culpa que se le pueda imputar (arts. 384 y 391). Nada impide que bajo su responsabilidad y para una mejor administración nombre los apoderados que considere oportunos.

Asimismo debe procurar el establecimiento y educación del menor, y cuando las rentas de éste no sean suficientes para cubrir su alimentación o educación, previa autorización judicial, podrá emplear parte del capital. En caso de que el menor no tuviera medios suficientes para educación y alimentos, el tutor, previa autorización judicial, podrá requerirlos a los parientes que estén obligados a ello. Sin embargo, es responsable ante cualquier gasto inmoderado en la subsistencia y educación del menor, aun cuando los recursos se obtengan de las rentas de los bienes de éste.

De conformidad con los arts. 415 y 416, el tutor está obligado a llevar una cuenta fiel, exacta y documentada, día por día, de todos los actos que realice con el patrimonio del menor. Únicamente puede excusarse de documentar los gastos menudos respecto a los cuales un diligente padre de familia no acostumbra a recoger recibos. También cada tres años, si no se dispone un plazo menor, debe presentar al Juez un estado de la situación en que se encuentra el patrimonio del menor. Pero además, el Ministerio Público, mediante decisión judicial, puede, en cualquier momento, solicitar al tutor la exhibición de los libros de su administración.

El tutor no puede ausentarse del país por más de un año sin comunicarlo previamente al Juez, el que decidirá sobre su continuación en su cargo o el nombramiento de otro tutor. Tampoco podrá sin igual autorización llevarse al menor del país o a otro departamento por más de un año.

Quien ejerce el cargo tiene derecho a ser remunerado con el diez por ciento de los frutos líquidos que produzcan los bienes del menor, salvo que se trate de tutor testamentario y los padres del pupilo hayan dispuesto una remuneración mayor.

Puede, también, corregir moderadamente al pupilo. Ante la insuficiencia de esta posibilidad, puede solicitar su internación. Por su parte, el pupilo debe obediencia y respeto al tutor (art. 384, inc. 2°).

Limitaciones para el tutor

De acuerdo al art. 316 del CCU el tutor representa al menor en todos los actos civiles, y como se expuso, es responsable de actuar con la diligencia que el cargo le impone. Como consecuencia de ello en los arts. 394 y siguientes se le imponen una serie de limitaciones, notoriamente mayores a las que sufren quienes ejercen la patria potestad, para actuar en la administración y como representante del pupilo. *Grosso modo*, estas limitaciones operan de dos formas: en algunos casos, permitiendo realizar un acto, pero con la exigencia de la obtención de autorización judicial, mientras que, en otras hipótesis, directamente se veda de modo absoluto llevar a cabo un acto determinado.

Son casos en que los tutores pueden actuar en representación del pupilo, pero requiriendo venia judicial que lo autorice, los siguientes:

- a. adquisición de bienes inmuebles con el dinero sobrante del menor (art. 394, inc. 2°);
- b. enajenar o gravar los bienes inmuebles del menor o los muebles que sean preciosos o con valor de afección o cuyo valor supere las 500 Unidades Reajustables (art. 395);
- c. proceder a la partición de los bienes raíces o hereditarios de los que el menor sea cotitular (art. 399);
- d. repudiar herencias, legados o donaciones que se le hicieran al pupilo (art. 400);
- e. realizar transacciones sobre derechos del menor que se valúen en más de 500 Unidades Reajustables y sobre bienes raíces del menor;
- f. contraer empréstitos a nombre del menor (art. 402);
- g. celebrar cualquier contrato en representación del menor en que directa o indirectamente tenga interés cualquier pariente legítimo del tutor hasta el cuarto grado o algún hijo natural suyo o alguno de sus socios (art. 407);
- h. cobrar créditos que tenga contra el menor (art. 408);
- i. decidir si continúa o no algún establecimiento que el menor hubiese heredado (art. 409).

Son hipótesis de actos prohibidos para el tutor los que a continuación se mencionan y que se encuentran preceptuados por el art. 412 del CCU:

- a. comprar bienes muebles o inmuebles del menor o venderle los suyos (prohibición que se reitera en los arts. 1676 y 1678);
- b. arrendarle bienes suyos al menor o arrendar bienes del menor (art. 1781);
- c. constituirse cesionario de créditos derechos o acciones contra el menor, salvo que las cesiones resulten de una subrogación legal;
- d. aceptar herencias deferidas al menor sin beneficio de inventario;
- e. donar bienes del menor, salvo que sea en pequeñas cantidades para parientes necesitados del menor o dádivas remuneratorias o presentes de uso;
- f. hacer remisión de los derechos del menor;
- g. obligar a los pupilos como fiadores;
- h. si bien pueden arrendar los bienes inmuebles del menor, el art. 406 les impone plazos máximos para hacerlo: cinco años tratándose de predios rústicos y tres años para los urbanos, pero en ningún caso más tiempo del que falte para que el menor alcance la mayoría de edad.

Remoción del tutor

La remoción del tutor es una medida de carácter generalmente sancionatorio que tiene lugar cuando:

- a. se comprueba la existencia de una causal de incapacidad (art. 352) para el ejercicio del cargo;
- b. no forman inventario de los bienes del menor o no lo hacen con la fidelidad debida;
- c. se conducen mal en el ejercicio de la tutela, sea respecto a la persona, sea respecto a los bienes del pupilo.

El art. 412, ord. 1° consagra un caso concreto de remoción cuando el tutor viola la prohibición de comprar bienes del menor o de venderle o arrendarle los suyos.

El art. 361 consagra una amplia legitimación para solicitar la remoción de un tutor: los parientes del menor y cualquier persona del pueblo. Incluso, se le atribuye una capacidad especial al menor púber para hacerlo por sí mismo, recurriendo al Ministerio Público, y el Juez puede promover la remoción de oficio.

Las consecuencias de la remoción son las siguientes:

- a. es preciso nombrar un nuevo tutor al menor;
- b. el tutor removido debe indemnizar los daños y perjuicios que le haya generado al menor;
- c. puede ser perseguido criminalmente por los delitos que haya causado en el ejercicio del cargo;
- d. pierde el derecho a ser remunerado.

Extinción de la tutela

La tutela se puede extinguir por causas atinentes al tutor o al pupilo. Con respecto a las primeras, se incluyen la muerte del tutor, su remoción o excusa superviniente admitida judicialmente y el vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria cuando se trata de tutor testamentario y en el testamento se estableció plazo o condición para el ejercicio del cargo. La consecuencia necesaria en estos supuestos es que será preciso nombrar otro tutor al menor. Entre las segundas se encuentran la muerte del pupilo, la mayoría de edad o su matrimonio.

Acabada la tutela, el propio tutor o sus herederos deben rendir cuentas de la gestión al propio menor o a quien lo represente en el plazo que se fije judicialmente (arts. 418 y ss. del CCU).

Curatela

Clases de curatela¹⁹⁸

El CCU en el Título XI del Libro I (arts. 431 a 459) regla tres especies de curatela: la general, la de bienes y las denominadas genéricamente especiales.

El primer tipo, la curatela general, es la que tiene por misión la protección de los sujetos mayores de edad y habilitados por matrimonio que padecen alteraciones impeditivas del

198 Para el mayor desarrollo del tema: *vid.* Howard, *Incapacidad e inhabilitación. Incidencia de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona*, Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, 2005.

autogobierno y abarca la dirección y administración integrales de la persona y bienes de quien las sufre.

La curaduría de bienes, disciplinada en los arts. 451 a 457, es el instrumento que el ordenamiento estatuye para la defensa de los intereses de quienes, si bien no son incapaces, se encuentran en condiciones inadecuadas para salvaguardarlos. Solo tiene lugar en dos hipótesis:

- a. cuando existe un sujeto en estado de presunción de ausencia, hay necesidad real e imperiosa de proveer a la administración de todos o parte de sus bienes y no dejó apoderado con suficiente poder para ello, ni tiene cónyuge que actúe por él (arts. 52 y 451);
- b. en caso de herencia yacente (art. 452 y concordantes).

Entretanto, las curadurías especiales son aquellas que proceden respecto a sujetos incapaces, por ende, imposibilitados de administrar sus bienes, o que al menos no disfrutaban de una capacidad plena para ciertos actos, como es el caso de los habilitados por matrimonio cuando aspiran a contraer nuevas nupcias (art. 308).

La diferencia de esta especie con la de bienes se apoya en lo primordial en los sujetos a que atañe cada una. La disparidad con la curatela general radica en que en ésta la protección es integral, es decir, afecta, en principio, la totalidad de los ámbitos personales y patrimoniales de quien se encuentra sujeto a ella; mientras que las curadurías especiales (y de ahí su denominación) sólo permiten inmiscuirse al curador en un negocio específico del incapaz (ords. 1, 4, 5 y 7 del art. 458), en la administración de un bien o bienes determinados (ords. 3, 6 y 8) o a lo más, les corresponde íntegramente la administración del patrimonio de un menor sometido a patria potestad, pero carecen de la aptitud para dirigir la órbita de éste, en cuanto a sus aspectos extrapatrimoniales (*v. gr.* educación, corrección, vigilancia, etcétera) (ord. 2° del art. 458). Por otro lado, la curatela general sólo refiere a sujetos dementes, entendido el término en la amplia acepción ya expuesta, y sordomudos incapaces; entretanto, las curadurías especiales atañen a cualquier especie de incapaz de obrar, e incluso pueden intervenir —en casos concretos— con referencia a sujetos que disfrutaban de una capacidad limitada, como lo son los habilitados por matrimonio. Claro está, sin embargo, que en estas últimas hipótesis el curador especial interviene como asistente y no como representante legal de quien es capaz limitado.

El CCU consagró a la reglamentación de la curatela general unos pocas disposiciones (arts. 431 a 450); pero con esa economía normativa no se entorpece su estatuto regulatorio en mérito a la remisión que el inc. 2° del art. 431 destina a los preceptos de la tutela (esta figura sí regulada con mayor detalle), en cuanto no se oponga a lo que el codificador específicamente determinó para aquella institución.

Personas sujetas a curatela general

De conformidad a la redacción actual del art. 432 del CCU,

están sujetos a curaduría general los incapaces mayores de edad. Hállanse en este caso los dementes, aunque tengan intervalos lúcidos y las personas sordomudas que no puedan darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas según lo establecido en la Ley n.° 17.378, de 25 de julio de 2001. En este último caso, la intervención de intérprete de lengua de señas será preceptiva para decidir la curatela.

A pesar de lo que establece el aludido precepto, los menores que están habilitados por matrimonio, al haber dejado atrás de modo indefectible la patria potestad o tutela, deben ser sometidos a curatela, cuando se los declara interdicto. E igualmente, por los motivos

expuestos, es procedente la declaración de incapacidad para un menor púber no habilitado, aun cuando se sustente el régimen de protección (patria potestad o tutela) a que está subordinado.

Son dementes, atento a lo que disponen los arts. 431 y 432 del CCU, aquellos que por causa de las alteraciones o trastornos que los afligen no pueden dirigirse a sí mismos o administrar sus negocios. Admitido ello, la demencia en el terreno jurídico se caracteriza por la presencia de minusvalías psíquicas que acarrear la imposibilidad o dificultad de dirección del propio sujeto que las sufre, sea en el ámbito personal o en el patrimonial.

El término *demencia* desde el punto de vista psiquiátrico refiere a una situación particular de enajenación mental evidenciada por el debilitamiento general y crónico de las funciones psíquicas. Por ende, es un supuesto de deficiencia mental adquirida en razón de que solo la puede padecer aquella persona que ha poseído un grado normal de desarrollo intelectual¹⁹⁹. Por ejemplo, es lo que acontece con la demencia senil.

Pero ese concepto no es el que se recibe por parte del ordenamiento jurídico, dado que en él no sólo se incluye los trastornos psicológicos que se reciben como tales por la medicina, sino también aquellos otros que en razón de cualquier causa psíquica o física, alteren de manera grave el querer de quien la padece y le impidan encauzarse con normalidad en la vida de relación.

En efecto, el legislador se desligó del concepto médico-psiquiátrico de demencia y adoptó un criterio propio de naturaleza mixta. De suerte que, para que exista una demencia en sentido jurídico, es menester la conjunción de aspectos psico-físico-biológicos y socioeconómicos:

- a. un trastorno o anomalía mental;
- b. que esa afección impida al sujeto «dirigirse a sí mismo, o administrar sus negocios», esto es, obrar libre y reflexivamente en las relaciones jurídicas» (arts. 431 y 432 del CCU).

Ninguno de los factores indicados actuando independientemente puede dar lugar a una declaración de incapacidad.

Importancia de la declaración de interdicción

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 1278 del CCU «pueden contratar todas las personas que no estuviesen declaradas incapaces por la ley». Y el art. 1279 incluye como incapaces absolutos —entre otros sujetos— a los dementes. No obstante, aun cuando la intervención personal de éstos siempre apareja la nulidad absoluta del negocio celebrado, es necesario distinguir qué acontece con aquel que no ha sufrido interdicción (demente natural) y la de aquel que, por el contrario, fue declarado judicialmente incapaz (demente interdicto).

En cualquier caso, sea en el del incapaz interdicto o del natural, su intervención en un acto jurídico se encuentra sancionada con la nulidad absoluta. Por tanto, la diferencia entre ellos no se sitúa en el corolario de la actuación, sino en otros aspectos. En efecto, la declaración de interdicción lleva a que se modifique el punto a visualizar para determinar la validez o nulidad de los negocios que celebre, en razón de que, cuando hay un pronunciamiento judicial que restringe la capacidad de un sujeto (interdicción), no es procedente indagar acerca de su aptitud real al momento de celebrarlo, sino la vigencia de esa declaración de incapacidad que le obstruye la posibilidad de actuar jurídicamente con validez. Ello por

199 Smith, voz «Enajenación mental», *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, T. X, pp. 137 y 145.

cuanto luego de pronunciada la interdicción, por imperio de la ley y como secuela de una decisión judicial dotada de publicidad registral, la posibilidad de actuar en los actos jurídicos desaparece y nace una presunción absoluta, en el sentido de que el interdicto es incapaz en tanto se mantenga en esa condición y consecuentemente si celebra un negocio jurídico adolece de nulidad absoluta, aun cuando se logre probar que su alteración había desaparecido. Como afirma Gamarra, la incapacidad legal del interdicto

no tiene fisura alguna, porque no se admite la prueba en contrario que destruya esa presunción, demostrando que el sujeto (incapaz legalmente) era capaz en los hechos (vale decir, tenía capacidad natural). [...] No es necesario, entonces, ir a la prueba concreta de que el sujeto tenía sus facultades mentales alteradas en el momento en que estipuló el negocio. Esta última circunstancia resulta presumida, sin que se admita prueba en contrario, como consecuencia de la naturaleza permanente y formal de la incapacidad legal.²⁰⁰

El autor agrega que

la sentencia que declara la incapacidad (esto es, la sentencia de interdicción) no crea el estado de incapacidad, sino que solamente lo constata y proclama, acreditándolo de una manera fehaciente —para el futuro—. Por tanto, a partir de esa declaración judicial, no será necesario probar ya, caso por caso, la enfermedad mental del sujeto, para tener por nulo el contrato que éste realizó, sino que bastará con justificar que este sujeto estaba sometido a interdicción (cuando lo realizó).²⁰¹

Por esa razón, el art. 438 del CCU, dispone que

son nulos de derecho los actos y contratos del demandado por incapaz, posteriores a la inscripción de la interdicción respectiva, sea ésta provisoria o definitiva. Los anteriores podrán ser anulados, cuando la causa de la interdicción existía públicamente en la época en que esos actos o contratos fueron hechos.

Por el contrario, en caso de que quien es insano, no haya sido sometido a interdicción, se requiere probar que al celebrar el negocio ya estaba presente la alteración que lo transforma en inhábil para actuar; exigiéndole consecuentemente, atender a la condición psíquica real del manifestante. Y ello acontece no solo tratándose de sujetos que padecen alteraciones mentales continuas, sino también cuando la manifiesta quien se encuentra privado circunstancialmente de su voluntad, por ejemplo, en razón de embriaguez, drogadicción o hipnosis. Lo anotado es derivación de que los negocios jurídicos se conforman por medio de manifestaciones de voluntad aptas y si éstas se encuentran ausentes, por cualquier razón, aquellos carecen de existencia.

La evolución en el Derecho uruguayo

Antes de las modificaciones que trajo consigo el CGP, los arts. 433 y siguientes del CCU se concedían a los jueces dos posibilidades cuando se solicitaba la insania de un sujeto:

- a. decidir una incapacidad integral y absoluta del sujeto denunciado para intervenir en cualquier género de actos jurídicos (*interdicción total*);
- b. ante la imposibilidad de comprobar la alteración mental del sujeto que demuestre su ineptitud de gobernarse, desechar la demanda de incapacidad, con lo cual el denunciado mantiene su aptitud genérica para la celebración de cualquier negocio jurídico.

200 Gamarra, ob. cit., T. X, p. 127.

201 Gamarra, ob. cit., T. X, pp. 129-130.

El legislador no previó situaciones intermedias, *zonas grises* o de *semi capacidad*, o lo que desde hace algunas décadas en otros ordenamientos se conoce como *inhabilitación*, esto es, el estado en que se podían hallar determinados sujetos, cuya condición si bien no daba mérito a su inclusión entre los dementes, era perceptible que por su propia conducta podían verse perjudicados en sus relaciones personales o patrimoniales, o aun podían ser objeto de abuso por parte de terceros que negociaran con ellos aprovechando la disminución de sus facultades.

El CGP admitió la presencia de situaciones intermedias, dado que por los arts. 442, 444 y 447 se amplían las posibilidades de los jueces al juzgar la capacidad (o incapacidad) de una persona. Fruto de ello es que los órganos judiciales pueden determinar, en vez de una interdicción para toda clase de actos jurídicos, un estado de «inhabilitación judicial»; en definitiva, una *interdicción parcial* de la capacidad de la persona.

Por ende, existen dos institutos para dar solución a la situación de las personas que padecen alteraciones psíquicas, atendiendo a la gravedad del trastorno padecido:

- a. la interdicción total que tiene lugar para los dementes, o sea para personas con una insuficiencia absoluta desde el punto de vista jurídico para dirigir su persona y administrar sus bienes; y
- b. la interdicción parcial o inhabilitación, que evidencia la presencia de un sujeto con capacidad de obrar, con aptitud para intervenir por sí mismo en la dirección de su persona e intereses, pero que padece ciertas anomalías para actuar en los negocios patrimoniales que le atañen que motivan que se le restrinja parcialmente por los magistrados esa amplia capacidad de obrar. El inhabilitado al estar dotado de capacidad de ejercicio, aun cuando morigerada, mantiene la dirección o autogobierno de sus órbitas personales y patrimoniales; su curador no lo sustituye en la implementación de los negocios jurídicos que le conciernen, sino que únicamente le asiste, complementa su voluntad en aquellos terrenos en que el tribunal juzga que el libre desarrollo de la aptitud de obrar por parte de aquel le es perjudicial.

La inhabilitación

La inhabilitación surge por la percepción de que no siempre una alteración mental incide de igual forma en la condición del sujeto, impidiéndole, en todo caso, a quien la sufre intervenir por sí mismo en la administración y gobierno de su persona y sus bienes. Se trata de un instituto que puede conceptuarse como de interdicción parcial, en razón de que la restricción de la capacidad del inhabilitado solo aflora para ciertos casos determinados judicialmente, y constituye, a su vez, un supuesto de capacidad atenuada o disminuida, merced a que en los supuestos en que se le ciñe al sujeto la aptitud de obrar, la limitación opera, no en el sentido de excluir su voluntad, sino en cuanto se exhorta que un asistente la complemente para el perfeccionamiento regular de ciertos negocios jurídicos.

Los sujetos incorporados a este régimen —a cuenta de mayor extensión— son aquellos que, aun cuando gocen del discernimiento para ser parte en negocios patrimoniales, el libre ejercicio de su voluntad en su celebración, puede aparejarles daños personales o patrimoniales, sea para sí o para su familia. Se trata, en puridad, de sujetos capaces, pero cuyo discernimiento no es el adecuado para intervenir en negocios de contenido económico, por lo cual, se admite que los tribunales determinen que es preciso que obren asistidos por otra persona, que ha de ejercer el contralor de su actividad. A tales efectos, y en razón de la estructura que la figura tiene en el ordenamiento patrio actual, se designa un curador interino, que a

diferencia de lo que acontece con los dementes, no desempeña funciones de representante legal, sino de asistente.

Son susceptibles de inhabilitar aquellos sujetos cuya situación no dé mérito a la declaración de interdicción por demencia, sino de individuos, que sin ser dementes, sufran una minusvalía psíquica que les ocasione ineptitud para la dirección y administración de sus negocios. Dentro de ellos, corresponde incorporar a los ebrios o toxicómanos habituales, cuando dichos vicios sean debidos a una patología mental o provoquen una alteración psíquica e impidan, por consiguiente, una correcta administración de los bienes. Asimismo, deben considerarse incluidos a los disminuidos en sus facultades, que sin llegar al supuesto de demencia, el juez estime que su capacidad de ejercicio pueda resultar dañosa a su persona o patrimonio. También pueden ser incluidos en esta condición: pródigos, ebrios, drogadictos, ludópatas, quienes padecen el Síndrome de Down, etcétera.

Por todo lo dicho, el inhabilitado no es un incapaz; por ende, su voluntad no se sustituye por la del curador en el perfeccionamiento de los negocios jurídicos, sino que es complementada por la de éste.

Mientras la incapacidad del demente es general y absoluta, por lo que cualquier acto que realice actuando por sí mismo está castigado con la nulidad absoluta, en el caso del inhabilitado hay que distinguir tres órbitas. Por un lado, en el terreno de las relaciones personales y familiares y en el de las órbitas patrimoniales no restringidas por el juez, la actuación personal y solitaria del inhabilitado es apta para producir negocios válidos y eficaces, en mérito a que mantiene su plena capacidad. Por otro lado, en la órbita patrimonial restringida judicialmente, para el caso de que actúe en ellas sin la complementación de voluntad de quien fue designado como su curador interino, su actuación se castiga con la nulidad relativa.

Diferente estatuto jurídico para ambas clases de interdicción

La interdicción parcial es un instituto diferente a la interdicción plena, relativamente en sus presupuestos y absolutamente en sus remedios y en sus efectos.

Desde el punto de vista de sus presupuestos, la diferencia entre ambos tipos es relativa, de grado: la interdicción total presupone un demente y por ende, una persona con una ineptitud absoluta jurídicamente considerada para dirigir su persona y administrar sus bienes. En cambio, la interdicción parcial importa la existencia de un sujeto con una capacidad general de ejercicio, por tanto, con una volición apta, pero que, en virtud de una ineptitud negocial basada en disfunciones mentales, se le ha limitado parcialmente su aptitud jurídica.

En cambio, las diferencias entre ambos *status iuris* es absoluta en lo que dice relación con sus remedios y efectos.

Con respecto a los modos de remediar la restricción de capacidad que está inmersa en cada instituto, es preciso tomar en consideración que el medio de subsanar la interdicción total es la representación por el curador (provisorio o definitivo) del incapaz, mientras que la interdicción parcial se repara con la asistencia que a quien se reputa que tiene una capacidad disminuida se le brinda por parte de su curador.

En cuanto a sus efectos, la actuación personal de quien es interdicto total genera siempre nulidad absoluta, mientras que la del inhabilitado, sin su asistente, se traduce en la nulidad relativa de los actos en aquellas órbitas en que su capacidad fue judicialmente restringida.

Especies de curatela general

El CCU en los arts. 441 y siguientes prevé distintas clases de curatela. El orden establecido se separa del previsto en sede de tutela en dos aspectos: en primer término, en el escalafón en que interviene cada especie y en segundo lugar, en cuanto a los llamados a ejercer los cargos de tutor y curador legítimos. En la tutela se atiende primeramente a la especie testamentaria, luego a la legítima y por último, a la dativa; en cambio, en la curatela, la jerarquización se encabeza con la legítima, le sigue la testamentaria y luego la dativa. Por otro lado, la tutela legítima la ejercen primero los abuelos y luego los hermanos mayores de edad del pupilo; entretanto, esta especie de curatela la desempeñan el cónyuge, ante su inexistencia, imposibilidad o inconveniencia, los hijos mayores del insano y por fin, los padres de éste.

El codificador uruguayo efectuó la estructuración antedicha considerando en lo fundamental el aprecio o proximidad afectiva que puede existir entre curador y curatelado y a quienes abstractamente estarían dispuestos en mejor condición a cumplir la carga, que puede ser agobiadora, de desempeñar el cargo de tuición, tomando en cuenta en primer lugar a ciertos familiares estrechamente vinculados al insano. Se partió de la base que el cónyuge es el sujeto más indicado para ejercer el cargo en razón de la relación afectiva que lo une con el insano y su presunto conocimiento de los negocios desarrollados por éste. En ausencia de vínculo conyugal, primó el vínculo que lo enlaza con los hijos y admite que éstos, cuando han alcanzado la mayoría de edad, pueden desarrollar el encargo y a falta de éstos, optó por los padres del insano.

Empero, claro está, que esa visión hipotética del codificador puede no ser confirmada por los hechos, dado que los cónyuges, los hijos o los padres pueden estar distanciados de hecho del insano, o sus edades, condiciones mentales o culturales pueden suscitar que sean reputados inadecuados para el ejercicio del cargo. Por esa razón, se faculta al órgano judicial interviniente para que, por motivos fundados, se aparte del orden preceptuado por la ley para la curatela legítima o incluso, prescindir de esta especie y recurrir a la curatela testamentaria o dativa, aun cuando existan los llamados a ejercer aquella (art. 442.1).

Curatela legítima

De conformidad con el inc. 1° del art. 441, el cónyuge sano es curador legítimo del cónyuge insano. Antes de la modificación incorporada por la ley n.° 16.603, el precepto indicaba que cada cónyuge no era solo curador legítimo, sino también se incluía el vocablo '*necesario*' del otro; pero esta expresión se derogó en razón de la posibilidad atribuida a los tribunales de mutar el grado de preferencia señalado por el legislador y prescindir del orden establecido para la curatela legítima.

Por ende, se admite la exclusión judicial de un cónyuge como curador del otro cuando existan motivos fundados: separación de hecho entre los cónyuges, la imposibilidad material del cónyuge sano de desempeñar el encargo, su falta de capacitación en atención a los negocios del insano o su radicación en el extranjero.

En ausencia de cónyuge o ante la inconveniencia de emplazarlo a desempeñar el cargo, el inc. 1° del art. 442 convoca a los hijos mayores del insano; y en caso de pluralidad de hijos, el juez debe optar por el que considere más conveniente para el encargo.

Cuando no exista cónyuge o hijos mayores, o bien se considere inapropiado por el órgano judicial interviniente que éstos ejerzan el cargo, el inc. 2° del art. 442 llama como curadores a los padres legítimos o naturales que hayan reconocido al insano.

Curatela testamentaria

Esta clase de curaduría tiene lugar cuando no existen los convocados a ejercer la especie anterior o quienes serían llamados no están en las condiciones apropiadas para un satisfactorio desempeño del cargo. Como ya se expuso, a diferencia de lo que ocurre con la tutela, la curatela testamentaria se encuentra infraordenada jerárquicamente a la legítima.

Según el art. 444, en todos los casos en que los padres pueden nombrar tutor a sus hijos menores de edad, pueden también nombrar curador a los hijos mayores incapaces. La cuestión se deriva, entonces, a determinar en qué casos los padres pueden nombrar tutor a través de testamento para sus hijos.

Curatela dativa

Esta especie se encuentra prevista por el art. 445, de cuyo tenor emerge que «a falta de curador legítimo o testamentario [...] tendrá lugar la curaduría dativa». De acuerdo a lo resalado, la expresión *a falta de* debe ser entendida en un sentido muy amplio, no solo abarcativa de que aquellos supuestos en que han fallecido los llamados a ejercer en primera instancia el cargo, sino asimismo, cuando los nominados existen, pero es inadecuado o inconveniente que lo desempeñen, es decir, si existan razones de envergadura que conduzcan al tribunal a dejar de lado ese llamamiento y optar por un curador dativo.

La remisión que el inc. 2° del art. 431 efectúa a las reglas de la tutela hace aplicable a la especie lo preceptuado por el art. 333. Por tanto, es menester la proposición por parte del Ministerio Público de dos o más candidatos idóneos, «para que entre ellos elija el Juzgado, si lo tuviera a bien». Como resulta palmariamente de la disposición, la opción de elegir el curador dativo es privativa del tribunal, sin que se encuentre restringido por las proposiciones que realiza el Ministerio Público.

Curatela legal

De acuerdo al art. 443, los incapaces mayores de edad que se encuentran internados en un establecimiento tienen como curador al Director del Instituto en que se alojan si no tienen otro curador. Asimismo, conforme al art. 446, el Director del Instituto también es el tutor de los hijos menores del incapaz, siempre en el entendido de que inexistan el otro padre o que no se les haya asignado otro tutor.

La rehabilitación

El art. 449 del CCU preceptúa que

cesando las causas que hicieron necesaria la curaduría, cesa también ésta; pero deberá preceder declaración judicial, que podrá solicitar por sí solo el interdicto, observándose las mismas formalidades que para establecer la interdicción.

El art. 448 del CGP dispone, bajo el membrete *valor de las declaraciones*, que: las declaraciones que el tribunal hiciera en esta materia (se refiere a los procesos de insania), así como las medidas dispuestas, no pasan nunca en autoridad de cosa juzgada y podrá obtenerse su revisión ulterior. El incapaz está legitimado al respecto.

Del art. 449 del CCU se extrae que la procedencia de la rehabilitación de quien fue declarado incapaz o inhabilitado exhorta la presencia de dos condiciones: el cese de la demencia o trastorno que motivo la medida restrictiva de la capacidad y un pronunciamiento judicial.

El primer aspecto, o sea la recuperación de la capacidad plena por parte de quien fue sometido a interdicción total o parcial, tiene lugar cuando cesaron las causas que hicieron menester subordinar al sujeto a curaduría. La declaración de interdicción está supeditada a la presencia de trastornos mentales que impidan al sujeto autorregirse; consecuentemente, la rehabilitación está subordinada al mejoramiento o desaparición de esas alteraciones o a la circunstancia de que, aun cuando se mantengan, no obsten a quien las padece el gobierno de su persona o sus bienes.

El segundo elemento requerido consiste en que la readquisición de la capacidad exhorta de manera imprescindible un pronunciamiento judicial que la decreta. Claro está, sin embargo, que para que esa readquisición de la capacidad desarrolle sus efectos frente a terceros, es preciso que la sentencia acceda a la publicidad registral.

La intervención judicial al respecto es posible que tenga lugar en variadas direcciones:

- a. si comprueba que desaparecieron los motivos que condujeron a la interdicción, puede rehabilitar al incapaz o inhabilitado;
- b. cuando la condición del sujeto que fue declarado interdicto mejoró, aun cuando no desapareció completamente el trastorno que padecía, es posible que se le restituya la capacidad, pero sometiéndolo a un régimen de inhabilitación, dejando atrás el estatus más enérgico de la interdicción total;
- c. por el contrario, cuando fue inhabilitado y se comprueba un agravamiento del estado en que se encuentra el sujeto, es dable admitir una morigeración aún mayor de las aptitudes que se le mantenían intangibles o el sometimiento a un régimen de interdicción total;
- d. o también es posible que si la condición del inhabilitado se compensó, aunque no sea de modo integral y definitivo, pueda proveerse judicialmente una disminución de los supuestos en que deba actuar asistido, es decir, como corolario, que se le amplíe la órbita de su idoneidad plena.

Curaduría de bienes

De conformidad a los arts. 451 y 452, el curador de bienes tiene lugar en el caso de las personas que se encuentran en la condición de presuntos ausentes, cuando haya necesidad imperiosa de adoptar medidas de protección de sus bienes (art. 52) y en el caso de los bienes del difunto cuya herencia fuese declarada yacente.

Las funciones que desempeñan son fundamentalmente de administración y conservación del patrimonio que gestionan. De acuerdo al art. 454, los curadores de los bienes están sujetos a todas las trabas de los tutores o curadores y además se les prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus representados. Se les prohíbe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente o que el pago de las deudas lo requiera.

Sin embargo, los actos que se le prohíben al curador de bienes serán válidos, si justificada su necesidad o utilidad, los autorizase el Juez previamente.

Asimismo, atento a lo dispuesto por el art. 456, «toca a los curadores de bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes, podrán reclamarlos de los respectivos curadores».

Curadores especiales

De conformidad al art. 458 del CCU, corresponde el nombramiento de curadores especiales en los casos siguientes:

- a. Cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de sus padres o madres bajo cuyo poder se encuentran.
- b. Cuando ambos padres perdieren la administración de los bienes de sus hijos.
- c. Cuando los hijos adquieren bienes cuya administración no corresponda a sus padres.
- d. Cuando los intereses de los que están bajo tutela o curaduría general, estuviesen en oposición con los de su tutor o curador.
- e. Cuando sus intereses estuviesen en oposición con los de otro menor o incapaz, que con ellos se hallare bajo un tutor o curador común.
- f. Cuando adquieren bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada o de no ser administrados por su tutor o curador general.
- g. Cuando la curaduría fuese para un negocio particular.
- h. En los casos de los artículos 67 y 81 numeral 3° del Código Penal, si no corresponde la administración al cónyuge del penado.

Según el art. 459, el curador especial no es obligado a prestar fianza o caución ni a la confección de inventario, sino cuando su nombramiento fuese con administración de bienes.

Por su lado, los curadores para pleito o *ad litem* son dados por la judicatura que conoce en el pleito.

Personas jurídicas

Concepto

La persona jurídica se encuentra presente en las relaciones de carácter público, como las que se traban entre Estados, o entre particulares y entidades del Estado. Pero además, penetra profundamente en las relaciones de carácter privado, encauzando las aspiraciones colectivas de los sujetos para permitir que cumplan con fines que trascienden su individualidad, como en el caso de las asociaciones o fundaciones; o sirviendo objetivos negociales y comerciales, como sucede con las sociedades civiles y mercantiles.²⁰²

Su constitución soluciona diversos problemas:

- a. permite a las personas físicas superar el inconveniente de la duración de su vida al poder extenderse la persona jurídica más allá de la vida de los constituyentes;
- b. permite que se emprendan actividades de gran cuantía económica que no se podrían costear con el patrimonio de una sola persona;
- c. admite asumir, en ciertos casos, riesgos empresariales, pues, algunos tipos de personas jurídicas limitan la responsabilidad de los socios.

Elementos

Existen diversos elementos que caracterizan a las personas:

- a. Personal. Se requiere un conjunto de personas, físicas o jurídicas.
- b. Material. Conjunto de instrumentos tendientes al cumplimiento del fin propuesto.
- c. Finalista. Un fin común, que puede ser de cualquier índole: cultural, artístico, de recreo, etc, pero debe ser posible, lícito y determinado.
- d. Reconocimiento estatal, que se logra a través del Ministerio de Educación y Cultura, dependiente del Poder Ejecutivo.

Clasificación

Del artículo 21 del CCU resulta que las personas jurídicas pueden clasificarse en *públicas* (Estado en sentido amplio, el Fisco, el Municipio) y *privadas* (la Iglesia y las demás reconocidas por la autoridad pública).

202 Loiza Keel, «Personas jurídicas», en Howard, *Derecho de la persona*, vol. I, Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, 2008, pp. 449-450.

Naturaleza jurídica

Teoría de la ficción (Savigny)

La naturaleza solo ha dotado de personalidad (voluntad y razón) al ser humano; la persona jurídica es una creación artificial de la ley.

Es una *concesión del legislador* que artificialmente y solo para ciertos fines, le concede a un ser ficticio la capacidad que tienen los hombres.

Por ende, para constituir una persona jurídica no basta con el acuerdo de muchos individuos, sino que se requiere la autorización estatal. El reconocimiento del Estado es *constitutivo*.

Críticas

- a. Si las mismas son una ficción creada por la autorización del Estado: ¿quién creó al Estado? Si éste es una ficción, ¿no es ficción el Derecho que el crea? Para Savigny, la teoría es inaplicable al Derecho Público, ya que las personas públicas son de existencia natural y necesaria.
- b. Es una teoría peligrosa pues la existencia de las personas jurídicas puede depender de la arbitrariedad del Estado.

Teorías de la realidad

En las personas jurídicas no hay ficción, sino que son instituciones provistas de voluntad, que existen y constituyen una realidad diferente a la de los individuos que la integran.

El Derecho no crea seres de la nada, sino que le atribuye personalidad además del hombre a ciertos entes que toma del campo social, entes que sin tener una realidad corporal y espiritual, como el hombre, sin embargo tienen una realidad social, una individualidad propia y participan en la vida de la comunidad como unidades distintas e independientes.

Hay un nuevo sujeto de derecho con voluntad e intereses diferentes a la de los individuos que lo componen.

La ley no crea la persona jurídica, sino que solo se limita a constatar su existencia. El reconocimiento es *declarativo*.

Capacidad

Para las personas físicas rige el principio de libertad consagrado por el art. 10 Const: pueden hacer todo aquello que no se halle prohibido por el Orden Jurídico; mientras que las personas jurídicas solo pueden hacer lo previsto en su acto constitutivo o en estatuto legal o contractual (*principio de especialidad*); *v. gr.* un club de fútbol no puede dedicarse al comercio.

Ello sin perjuicio de los poderes implícitos, es decir, aquellos poderes que si bien no están establecidos en el acto constitutivo, resultan como consecuencia de las facultades que en él se confieren (*v. gr.* nombrar agentes o representantes, emplear trabajadores, comprar inmuebles, etcétera).

Órganos

Los órganos encargados de manifestar la voluntad de la persona jurídica varían según el tipo de que se trate, pero siempre deben existir, dado que constituyen el medio adecuado

para dirigir la vida del ente, la exteriorización de su voluntad y ejecución de sus decisiones y entrar en relaciones con terceros.

Los órganos pueden ser unipersonales (presidente) o colegiados (Asamblea General).

Cada órgano tiene sus atribuciones determinadas por los estatutos y por la ley y actuando dentro de sus límites obliga a la persona jurídica.

Nacimiento de las personas jurídicas

La persona física existe desde la concepción; en cambio la jurídica solo cuando se le atribuye la personalidad al ente, es decir, cuando obtiene el reconocimiento estatal.

El art. 39 de la Constitución consagra el derecho de asociación: «Todas las personas tienen el derecho de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley».

Diferencias entre asociación y persona jurídica

El derecho de asociación está reconocido constitucionalmente y para su ejercicio no se requiere ninguna clase de intervención estatal; pero para que se reconozca personería jurídica (actuar como un sujeto diferente a los miembros que la componen) se requiere intervención estatal (el reconocimiento). Es constitutivo, la persona jurídica nace gracias a él.

El reconocimiento lo otorga:

- a. el Poder Legislativo, tratándose de personas jurídicas públicas;
- b. el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación y Cultura tratándose de personas jurídicas privadas.

El reconocimiento puede ser:

- a. especial y expreso: recae sobre una organización determinada.
- b. genérico: alcanza a todas las asociaciones de determinado género (*v. gr.* es lo que ocurre con las sociedades comerciales).

Extinción de las personas jurídicas

- a. Vencimiento del plazo.
- b. Cumplimiento del fin para el que fueron creadas.
- c. Decisión judicial para personas jurídicas privadas o de la ley para las personas jurídicas públicas.
- d. Acuerdo entre los socios.

La extinción de la persona jurídica no siempre es instantánea, ya que en ocasiones cuando el hecho extintivo se produce, la persona entra en un período llamado de liquidación, en el que conserva su personalidad al solo objeto de finalizar todo lo relativo a las relaciones jurídicas en que intervino.

Destino del patrimonio

Cuando la persona jurídica se extingue es menester transferir su patrimonio a otra u otras personas, dado que la extinguida ya no es sujeto de derecho. Los bienes pueden ser transmitidos a quienes formaban parte de la persona extinguida, a otra persona jurídica o física.

Quien decide el destino del patrimonio es la ley o los propios constituyentes del ente en sus estatutos.

Preguntas referidas a «Personas»

1. Concepto, componentes y efectos de las relaciones jurídicas.
2. Concepto jurídico de persona. Diferencia con el sentido vulgar del término.
3. Características de la personalidad.
4. Comienzo de la personalidad en el Derecho uruguayo.
5. Protección jurídica del concebido.
6. Extinción de la personalidad en el Derecho uruguayo.
7. Consecuencias jurídicas de la muerte de los seres humanos.
8. Elementos de individualización de las personas físicas.
9. Caracteres del nombre.
10. Determinación del apellido en la filiación matrimonial.
11. Determinación del apellido en la filiación extramatrimonial.
12. Determinación del apellido en la filiación adoptiva.
13. Apellido de la mujer casada.
14. Clases de cambio de nombre.
15. Diferencias entre cambio de nombre y rectificación de partidas.
16. Incidencia del transexualismo en el nombre.
17. Protección jurídica del nombre.
18. Concepto y elementos del domicilio.
19. Funciones del domicilio.
20. Pluralidad de domicilios.
21. Concepto e importancia de la residencia. Diferencias con el domicilio.
22. Concepto y características del domicilio legal. Indicar qué personas lo tienen.
23. Domicilio contractual. Concepto, importancia y características.
24. Determinar si el domicilio contractual se transfiere a los herederos.
25. Indicar qué consecuencias se derivan de fijar domicilio contractual en una casa que luego es demolida.
26. Domicilio de los presos.
27. Domicilio de las personas jurídicas.
28. Fuentes del estado civil.
29. ¿En qué grado son parientes el tío y el sobrino? Fundamentar la forma en que se realiza el cálculo.
30. ¿Cómo se realiza la prueba del parentesco existente entre el tío y el sobrino?
31. Caracteres del estado civil.
32. Prueba supletoria del estado civil.
33. Diferencias entre capacidad jurídica y de obrar.
34. ¿Quiénes son y cómo se regula la capacidad de los capaces limitados?
35. ¿Quiénes son y cómo se regula la capacidad de los incapaces relativos?
36. ¿Qué capacidades especiales tienen los menores púberes?
37. ¿Quiénes son y cómo se regula la capacidad de los capaces absolutos?
38. Concepto y caracteres de la patria potestad.
39. ¿Quiénes ejercen la patria potestad?
40. Guarda y visitas de los hijos.
41. Teoría de los peculios.

42. ¿En qué casos los padres que ejercen la patria potestad no usufructúan los bienes de sus hijos?
43. Supuestos que conducen a la extinción de la patria potestad.
44. Clases de pérdida de la patria potestad. Citar ejemplos de cada una de ellas.
45. Limitación de la patria potestad.
46. Suspensión de la patria potestad.
47. Diferencias entre extinción, pérdida, limitación y suspensión de la patria potestad.
48. Concepto y caracteres de la tutela.
49. Clases de tutela.
50. ¿Quiénes y en qué orden son llamados a ejercer la tutela?
51. Clases de curatela.
52. ¿Quiénes están sujetos a curatela?
53. Diferencias entre dementes interdictos y no interdictos.
54. Clases de curatela.
55. Diferencias entre interdicción por demencia e inhabilitación.
56. Concepto, importancia y elementos de las personas jurídicas.
57. Capacidad de las personas jurídicas.
58. Extinción de las personas jurídicas.

Bibliografía de la parte II

- Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, T. I, *Introducción y parte general*, vol. 1.º, *Introducción y derecho de la persona*, 14ª edición, Barcelona, José María Bosch Editor, 1996.
- Álvarez Vigaray, Rafael, «El domicilio», *ADC*, 1972, II, sec. Estudios monográficos, pp. 549-573.
- Arezo Píriz, Enrique, «Cambio de nombre y rectificación de partida», *Revista AEU*, vol. 76, n.º 1-6, sec. Jurisprudencia, 1990, pp. 109-113.
- , Enrique, *El comienzo de la personalidad en el Derecho positivo uruguayo*, Montevideo, Revista Jurídica Estudiantil, 1993.
- Benítez Caorsi, Juan J., «Imprudencia de la rectificación de partida por cambio de sexo», *LJU*, T. 128, sec. Doct., pp. 3-12.
- Bertoldi de Fourcade, María Virginia, en Bergoglio de Brouwer de Koning, María Teresa y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, *Trasplante de órganos. Entre personas. Con órganos de cadáveres*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1983.
- Boix Larreria, Jaime, «Nombre, apellidos y su modificación», *LJU*, T. LXXXVI.
- Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988.
- Carnelli, Lorenzo, «Inmutabilidad del nombre», en *RDJA*, T. 39, 1941, pp. 106-109.
- Castan Vazquez, José, *La patria potestad*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1960.
- Cestau, Saúl, *Personas*, vols. I, II y III, Montevideo, FCU, 1978.
- , «Del tiempo en la posesión notoria del estado civil de hijo natural», *Revista AEU*, T. 56, 1970, pp. 28-37.
- , *Derecho de familia y familia*, vol. I, Montevideo, FCU, 1982.
- Claro Solar, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, T. I, *De las personas*, Editorial Jurídica de Chile-Editorial Temis, 1992, p. 193.
- Cornu, Gérard, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, París, Montchrestien, 1985.
- Coviello, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, México, Unión Tipográfica-Editorial Hispano-Americana, 1938.
- Dall'ongaro, Francesco, «Il nome della famiglia ed il principio della parità», *Revista DFP*, 1988.2, sec. Giurisprudenza di legittimità, pp. 671-674.
- Del Campo (h), *De la protección a los menores en el Derecho Civil*, Montevideo, Papelería Comini Casa Editora, 1932.
- , *Personas*, vols. I y II, Montevideo, FCU, 1987.
- Delgado Echeverría, en Lacruz Berdejo et al., *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, *Personas, Parte general del Derecho Civil*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990.
- Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1994.
- Dogliotti, Massimo, «La tutela della personalità», *Trattato di Diritto Privato* (Dir.: Rescigno), *Persona e famiglia*, T. I, Torino, UTET, 1997.
- Ennis, Huberto María, voz «Nombre», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XX, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965, pp. 303-306.
- Galarregui Diaz, María Eloísa «Titularidad de la patria potestad en nuestro Derecho Positivo», *LJU*, T. XLIX, sec. Doct., pp. 15-31.
- Gamarra, Jorge y Blengio, Juan, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. X, 5ª ed., Montevideo, FCU, 2001.
- Gatti, Hugo, *Personas*, Ts. I y II, Montevideo, Acalí Editorial, 1977.
- Grompone, Romeo, *Reconocimiento tácito de hijos naturales*, Montevideo, Ed. Amalio M. Fernández, 1978.
- Guillot, Alvaro, *Comentarios del Código Civil*, T. I, Montevideo, Dornaleche y Reyes Editores, 1896.
- Howard, Walter, «La tenencia de los hijos», *RUDF* n.º 21, Montevideo, FCU, 2009, pp. 129-178.
- , *Incapacidad e inhabilitación. Incidencia de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona*, Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, 2005.
- , *Derecho de la persona*, vol. I, Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, 2008.
- Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Derecho Privado romano*, España, Editorial Labor, 1937.
- Klett, Selva, «La notificación del demandado ausente del país, en caso de existencia de domicilio contractual», *RUDP*. 1988, sec. Jurisprudencia anotada, pp. 91-94.

- Lamas, Mario Daniel, *Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana. Estudio sobre el nombre, la imagen, la intimidad, la identidad, el honor y la reputación como derechos personales y como derechos patrimoniales*, Montevideo, Ed. Cikato Abogados, 2004.
- Lanziano, Washington, *Derechos humanos*, Montevideo, 1998.
- Lete del Río, José M., *Derecho de la persona*, Madrid, Tecnos, 1986.
- Loaiza Keel, Carlos, *Personas jurídicas*, en Howard, Walter, *Derecho de la persona*, vol. I, Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, 2008, pp. 447-484.
- Mazeaud, Henry, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte primera, vol. II, *Los sujetos de derecho. Las personas*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJE, 1959.
- Odriozola, Héctor Luis, *Nombre. Domicilio. Estado civil*, Montevideo, FCU, 1992.
- Ordoqui, «Protección de los derechos del concebido. Prevalencia sobre los derechos de la madre», en *RUDF* n.º 5, sec. Doct., pp. 137-140.
- *Daños y perjuicios causados al concebido aun no nacido (en la jurisprudencia)*, Montevideo, Acalí Editorial, 1984.
- «Derechos del concebido no nacido», *Derecho de Familia y Genética*, Montevideo, FCU, 1990.
- Parga Lista, Roberto, «Rectificación de partida. Cambio de nombre», *RUDF* n.º 6, sec. Jurisprudencia anotada, Montevideo, FCU, 1991, pp. 27-31.
- , «El nombre – Derecho de la personalidad», *RUDF* n.º 5, sec. Doct., Montevideo, FCU, 1990, pp. 131-136.
- «Rectificación de partida. Cambio de nombre», *RUDF* n.º 6, sec. Jurisprudencia anotada, Montevideo, FCU, 1991, pp. 27-31.
- Pliner, Adolfo, *El nombre de las personas*, Buenos Aires, 1966.
- Ripert, George, *La filiación*, Montevideo, Claudio García Editor, 1928, pp. 5-6.
- Rivero de Arhancet, Mabel; Ramos Cabanellas, Beatriz; Morales Figueredo, Verónica, *Familia y derecho*, Montevideo, FCU, 2004.
- Rivero de Arhancet, Mabel, «*Patria potestad, guarda, tenencia, Ley 15.210*», *Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo* n.º 3, Montevideo, FCU, 1986.
- Roca Trías, Encarna, «Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la persona», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Barcelona, José María Bosch Editor, 1993, pp. 1895-1912.
- Rogel Vide, Carlos, *Derecho de la persona*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1998.
- Schuster, León, voz «Domicilio legal», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. IX, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 323-325.
- Schwarzenberg, Claudio, «Il nome della famiglia ed il principio de certezza», *Revista DFP*. 1988.2, sec. Giurisprudenza di legittimità, pp. 674-678.
- Smith, Juan Carlos, voz «Enajenación mental», *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, T. X, pp. 137-145.
- Tarigo, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, T. I, 2ª ed., Montevideo, FCU, 1994.
- Terré, François y Fenouillet, Dominique, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7ª ed., París, Dalloz, 2005.
- Tobías, José W., *Fin de la existencia de las personas físicas*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988.
- Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, T. I, Montevideo, 1967.
- Vescovi et al., *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, T. II (arts. 31 a 116), Montevideo, Ed. Ábaco, 1993.
- Zurdo, Blanca, «Posesión notoria de estado civil de hijo natural», *ADCU*, T. XVIII, sec. Doct., Montevideo, FCU, 1988, pp. 420-429.

Parte III

Bienes y modos de adquirir

Patrimonio

Evolución histórica

La historia del patrimonio es más económica que jurídica, ya que las apetencias materiales han movido a los hombres en todas las épocas a adquirir bienes y atesorar riquezas. Históricamente, hay un tránsito del patrimonio colectivo al individual. En un primer momento, el grupo de bienes pertenecía a la organización familiar, a la tribu o al clan, para luego pasar a ser propiedad individual. Hoy en cierto sentido puede observarse un resurgimiento del patrimonio colectivo a través del cooperativismo.

En los comienzos de Roma no se conoció la noción de crédito. Al ser un pueblo de pastores y agricultores si necesitaban una cantidad convertían sus bienes.

A medida que se van haciendo más frecuentes las actividades comerciales, el crédito nace a la vida económica romana. En una primera etapa, la obligación carece de contenido patrimonial, quedando su cumplimiento librado al fuero íntimo de cada individuo, a su conciencia religiosa. No existe una sanción de naturaleza jurídica por su incumplimiento.

Luego empieza a considerarse el incumplimiento como delito, con carácter penal, como un atentado al orden social y religioso. La ley permitía, en calidad de pena, que el acreedor se apoderase de la persona del deudor.

Al igual que en Grecia, el acreedor podía afectar la vida, la integridad física o la libertad del deudor.

Esa era la situación hasta que en el año 313 AC por obra del dictador Poetelius Libo Visolus o en el año 326 AC por obra del cónsul Poetelius, por la *lex poetelia papiria*, se comienza a dirigir la ejecución contra el patrimonio del deudor y no contra su persona.

Esta ley, sin embargo, no significó un traspaso a la situación actual, sino que solo atenuó los poderes del acreedor en cuanto sustituyó la situación de la esclavitud del deudor por una tarifa de servicios a cargo de su persona.

La persona física del deudor deja de ser la garantía del acreedor con la *lex julia*, por la cual aquel podía liberarse de la ejecución sobre su persona cediendo todos sus bienes al creditor.

Naturaleza jurídica del patrimonio

La doctrina clásica de Aubry y Rau

Aubry y Rau vincularon la idea de patrimonio con la de personalidad. Por tanto, el que todas las personas tengan personalidad implica que todas tengan patrimonio, lo cual conlleva, para estos autores, al reconocimiento de la capacidad para contraer derechos y obligaciones.

El patrimonio es la personalidad del hombre en sus relaciones con los objetos del mundo exterior sobre los cuales puede o podrá tener derechos a ejercitar.

Es un poder jurídico considerado de una manera absoluta y separada de todo límite de espacio y de tiempo. No es una entidad con vida propia y autónoma, sino una *emanación o proyección de la personalidad*. Es la *expresión del 'poder de obrar'*.

El patrimonio es una universalidad distinta de las unidades que lo integran y al igual que los elementos que lo conforman es de *naturaleza intelectual*: no lo integran las cosas, sino los derechos.

De esta teoría se derivan ciertos corolarios:

a. Solo las personas físicas o jurídicas pueden tener patrimonio. Ello es así por cuanto donde no hay personalidad no hay patrimonio.

Este principio ya se encontraba en el Derecho Romano donde los esclavos y los hijos, que carecían de personalidad, no podían tener patrimonio, sino solo peculio.

b. Toda persona tiene necesariamente un patrimonio. Toda persona está dotada de capacidad de goce, por ende, tiene la facultad, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

c. Toda persona tiene un solo patrimonio. Siendo una la persona no se admite que tenga más de un patrimonio. Este principio es el que ha sufrido mayores excepciones, ya que existen supuestos en los cuales en un sujeto es posible observar dos patrimonios perfectamente individualizados:

- beneficio de inventario (arts. 1055 -7, 1078, 1092);
- beneficio de separación (arts. 1181 y ss.);
- posesión definitiva de los bienes del ausente (art. 71).²⁰³

d. El patrimonio es inalienable. El patrimonio es inseparable de la persona puesto que ésta no puede perder la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Solo se extingue cuando desaparece aquélla.

Vinculación patrimonio-personalidad

La persona tiene un derecho de propiedad sobre su patrimonio.

Críticas a la doctrina tradicional

El primer error que se le señala a dicha doctrina es que admite como principio «a priori», como un axioma, la relación indisoluble entre personalidad y patrimonio, sin demostrar de donde proviene tal aserto.

Para Planiol y Ripert, al dar los mismos caracteres al patrimonio y a la personalidad, se desconoce la variedad de fines perseguidos por el hombre.

Pero la mayor parte de las críticas se refieren a las excepciones existentes a los principios mencionados. V. gr. en la legislación alemana se halla permitida la adquisición por contrato del patrimonio de una persona.

Quizás la mayor crítica a la teoría en examen, resulta de la identificación que hacen Aubry y Rau del ligamen entre personalidad y patrimonio; ya que si éste es un atributo de aquella no es posible sostener que tiene un derecho de propiedad sobre el mismo; en cuanto la propiedad solo puede referirse a objetos exteriores al sujeto.

203 Del Campo, *Bienes*, vol, 1, Montevideo, FCU, 1987, p. 10 y siguientes.

La doctrina alemana de Brinz y Beker (doctrina de los patrimonios sin sujeto)

También se le llama «sistema alemán» por la nacionalidad de sus autores o «teoría de los patrimonios separados» o «patrimonios-fin».

Esta concepción sostiene que el vínculo existente entre personalidad y patrimonio no existe, ya que el patrimonio tiene vida propia fuera del sujeto en cuanto es «el conjunto de derechos y obligaciones afectados a un fin al que sirven». Por tanto, puede existir un patrimonio sin sujeto.

Bekker construye su teoría partiendo del concepto de derecho subjetivo y sostiene que el mismo incluye 2 facultades: el goce (*Genuss*) y la disposición (*Vergung*), del mismo, la voluntad de utilizar el mismo.

Para gozar no se requiere voluntad, sí para disponer. Los dementes o los impúberes tienen *Genuss* (*goce*), pero no *Vergung* (*voluntad*), por lo que Bekker concluye que siempre que haya goce habrá patrimonio.

El patrimonio no necesita de una persona para existir, un animal o una cosa inanimada pueden tener patrimonio siempre que les estuviera afectado como fin una universalidad de bienes.

La *crítica* que se le realiza a esta teoría es que la equiparación entre incapaces y animales o cosas es inexacta, ya que aquellos tienen capacidad de goce y podrán llegar a tener en algún momento capacidad de ejercicio (o sea, una voluntad jurídicamente trascendente), lo cual nunca lograrán los animales o las cosas.

La doctrina de los patrimonios de afectación

Esta teoría se separa de la tradicional en cuanto le quita al patrimonio su vinculación estrecha con el concepto de personalidad; pero también se separa del sistema alemán que niega la necesidad de la existencia de sujetos de derecho.

Para esta concepción, la *afectación común de una masa de bienes a un fin determinado* es lo que determina la idea de patrimonio, pero sin olvidar que él corresponde y sirve a un sujeto.

¿Cualquier fin sería suficiente para crear un patrimonio? La respuesta es negativa, ya que el fin debe responder a una necesidad o interés social y tener la abstracción suficiente para dar origen a una organización patrimonial. Debe ser un fin positivo.

Por ende, una misma persona podrá tener varios patrimonios, siempre que fueran varios los fines que tiene con suficiente poder de unificación para organizar una universalidad de derechos y obligaciones (admite la pluralidad patrimonial).

La crítica que se realiza a esta tesis es que, a través de ella, es muy fácil crear masas de bienes convertidos en pequeños patrimonios, transformándolos de esa forma en reductos inembargables por acreedores de otras actividades, lo cual produce que éstos vean disminuir sus garantías.

Consagración legislativa

La expresión legislativa de esta teoría tuvo por fin tratar de que cada explotación o establecimiento de un mismo titular fuera merecedora de una suerte separada, de modo que el conjunto de acreedores generados por una actividad tuviera una acción limitada al patrimonio afectado a esa actividad.

Fue así que en el Principado de Liechtenstein se consagró legislativamente la *entidad individual de responsabilidad limitada (Anstalt)*, que es una expresión de la teoría de los patrimonios de afectación.-

En derecho positivo uruguayo, tuvo recepción la temática del fideicomiso con la ley 17.703 de fecha 27/X/2003. Por definición legal se trata de un negocio jurídico (art. 1°), en el que se destinan determinados derechos de propiedad, derechos reales y derechos personales a una administración de una persona de confianza, y que deberá seguir una serie de instrucciones que establece quien lo otorga (fideicomitente), a la persona que debe cumplir el encargo (fiduciario).

Básicamente las dos formas de constitución son: por acto entre vivos o por disposición de última voluntad.

En lo que estrictamente guarda relación con el patrimonio, la ley que se comenta confiere a los bienes y derechos fideicomitados la naturaleza jurídica de un *patrimonio de afectación*. (art. 6°).

Para que dichos derechos no permanezcan ocultos la propia ley prevé las inscripciones registrales correspondientes, a fin de que los terceros accedan a conocer las restricciones que este instituto implica.

El punto más relevante o saliente es que los bienes que se otorgan en fideicomiso, quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. (Persona que debe seguir las instrucciones).

Resulta acertada la apreciación que del instituto elabora la Dra. Mabel Rivero:²⁰⁴

A nuestro entender del articulado surge que el legislador le ha conferido amplias facultades de administración al fiduciario, quien debe rendir cuentas de la misma pudiendo ser responsabilizado en caso de daños provocados por su dolo o culpa grave (art. 16). No creemos por lo tanto que se pueda aceptar que el fiduciario sea propietario de los bienes ni legatario, ni sucesor a título universal pues ninguna de esas calidades condice con el articulado referido, y el art. 11 de la ley al referirse expresamente al fiduciario exige solamente tratándose de persona física que deberá tener la capacidad legal exigida para ejercer el comercio y en ningún momento se refiere a la capacidad para suceder o a la indignidad que lo afectarían si se entendiera que el fiduciario es sucesor del testador.

En definitiva, el fiduciario parece ser un ornitorrinco jurídico pues tiene atributos tales que impiden calificarlo claramente ni como propietario ni como legatario ni como administrador sino como persona dotada de diferentes cualidades que crean dudas y confusión al intérprete.

El Dr. Daniel Hargain, en un trabajo sobre el fideicomiso expresa:

En cambio el patrimonio, aunque está vinculado a la noción de personalidad, no está limitado exclusivamente a la misma: es posible admitir la existencia de patrimonios autónomos, que no pertenecen a ningún sujeto; y también es posible que un sujeto sea titular de varios patrimonios —de afectación—.

La mejor manera de explicar este fenómeno es visualizar el patrimonio como un recipiente en donde se pueden colocar derechos y obligaciones de naturaleza económica, formando un agrupamiento que se mantiene separado de otros recipientes de

204 Rivero, *Lecciones de Derecho Sucesorio*, 2ª edición, Montevideo, FCU 2005, p.: 51.

la misma índole —es decir, de otros conjuntos conformados también por derechos y obligaciones—. ²⁰⁵

En otro pasaje el referido autor deja claro, que los bienes deben enajenarse al fiduciario, pero ello no significa que se confundan con el resto de su patrimonio. Disiente con la Dra. Rivero en el punto en que en su concepto, el fiduciario adquiere la calidad de propietario.

Doctrina recogida por el Código Civil uruguayo

El CCU no contiene ninguna disposición que defina al patrimonio y muy pocas que utilicen dicho vocablo.

El Esc. Julio Oddo ²⁰⁶, sostiene acertadamente que dicho cuerpo legislativo recibió la doctrina de Aubry y Rau, basándose en 2 clases de razones:

- a. la época de sanción del CC coincide con la época donde predominaban los principios de la doctrina clásica;
- b. dos situaciones que el CC rige inspirándose en ella:
 - la continuación de la personalidad del causante por sus herederos. En el CCU con la muerte de la persona no se extingue su patrimonio, sino que pasa a los herederos, que lo representan en todos sus actos.
 - la inalienabilidad del patrimonio por acto entre vivos. La persona puede transmitir todos los derechos y obligaciones que tenga en su patrimonio, pero éste, entendido como aptitud de adquirir derechos y obligaciones, no puede ser enajenado.

Composición del patrimonio

El patrimonio no está formado por las cosas en sí, sino por derechos y obligaciones. Como bien dice Del Campo ²⁰⁷ no interesa la casa, la silla o la mesa, sino la vinculación jurídica que la persona tiene con la cosa. Se trata de una vinculación incorporal, consistente en un derecho real, un derecho personal o una obligación.

Todas esas unidades patrimoniales tienen *valor económico* y como todas pueden reducirse a una expresión monetaria tienen el carácter de *fungibilidad*.

Para determinar la patrimonialidad de un derecho, para algunos autores la característica requerida es que pueda ser objeto de un negocio de enajenación (Sohmn), mientras que para otros, es la posibilidad de expresarse en numerario (Von Thur).

Características de los derechos patrimoniales

- a. Su transmisibilidad *inter vivos* mediante enajenación.
- b. Su transmisibilidad *mortis causa*.
- c. El constituir la garantía de los acreedores.

Pero ninguna de las tres características tiene el carácter de patrimonialidad absoluta, pues pueden respecto a cada una de ellas señalarse excepciones:

- a. Determinados bienes que no pueden ser objeto de enajenación; v. gr. los afectados al régimen de «Bien de Familia».
- b. Ciertos bienes intrasmisibles *mortis causa*: usufructo, uso, habitación.

²⁰⁵ Hargain (<www.hargain.com.uy>). Artículo publicado en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 5 año 2008, p. 125 y siguientes, Dr. Daniel Hargain.

²⁰⁶ Oddo «Del patrimonio», RDPP. p. 131.

²⁰⁷ Del Campo, ob. cit., p. 19

- c. Algunos bienes que no pueden ejecutarse por los acreedores: los bienes inembargables establecidos por el art. 381 y 382 CGP. (Código General del Proceso).

Derechos excluidos del patrimonio

No todos los derechos y obligaciones de una persona componen su patrimonio, sino que solo lo integran aquellos que son apreciables pecuniariamente.

Activo y pasivo patrimonial

El patrimonio se compone de un pasivo y un activo, dependiendo de la relación entre ambos la situación económica de su titular. Salvo casos impositivos o referidos al ordenamiento sucesorio, no es necesario determinar su exacta composición, pues el mismo está sujeto a constantes variaciones.

La tesis clásica del patrimonio sienta el apoyo y el basamento para concluir que: todas las unidades que integran el patrimonio, pueden reducirse a un valor pecuniario y en consecuencia expresan su fungibilidad.²⁰⁸ Esto explica la existencia de complejos fenómenos jurídicos como la subrogación real, que tiene que ver con la suplantación de un bien que sale de un patrimonio por el bien que entra. (Se nota más su relevancia práctica si se trata de una persona de estado civil casado, y se encuentra en un régimen legal patrimonial del matrimonio, puede interesarle subrogar un bien propio para que mantenga dicha naturaleza jurídica y no se ganancialice).

Por tanto el instituto de la subrogación real opera en todos los casos que se desea conservar un valor determinado afectado a un fin especial.

Derechos reales y personales

Ubicación de estos derechos en el mundo jurídico

Todo derecho subjetivo implica una relación entre sujetos regulada por el Derecho Objetivo, en la cual si una persona es titular de un derecho, es decir, se halla en una situación jurídica activa, habrá otra u otras personas obligadas a respetarla, se encontrarán en una situación jurídica pasiva.

Concepción legal

Art. 471: Los bienes incorpóreos son derechos reales y personales.

Art. 472: Derecho real es el que tenemos en una cosa o contra una cosa sin relación a persona determinada. El derecho en la cosa supone el dominio o un desmembramiento del dominio.

Conforme con el CC junto a la propiedad que comprende la totalidad de los poderes que puede ejercitar el titular de un derecho real (*plena potestas in rem*), se agregan dos especies de derechos reales, que se diferencian atendiendo a su función:

- a. los desmembramientos del dominio o derechos reales de goce, que confieren a su titular el goce sobre una cosa ajena;
- b. los derechos contra la cosa o derechos reales de garantía, que confieren a su titular una mayor seguridad en cuanto al cobro de su crédito, desde el momento en que hay un bien afectado a su pago.

208 Del Campo, ob. cit. p. 22.

Críticas a la sistemática del Código Civil

El CC habla de desmembramientos del dominio siguiendo la idea que venía del Derecho Romano, basada en que el dominio podía descomponerse en diferentes fracciones. Así, dentro del mismo, los romanos y nuestro codificador encontraban:

- a. *ius utendi*, el derecho a usar de la cosa,
- b. *ius fruendi*, la posibilidad de obtener sus frutos,
- c. *ius abutendi*, el derecho a disponer jurídica y materialmente del bien.

En el caso del usufructo, por ejemplo, el nudo propietario mantenía el derecho a disponer jurídicamente de la cosa, mientras que el usufructuario obtenía *el ius utendi y el ius fruendi*. Pero tal concepción dista de ser cierta, pues el dominio es una unidad indivisible, un derecho unitario y simple que no puede fragmentarse.

Además, el CC habla de que la prenda y la hipoteca son derechos contra una cosa, cuando las cosas no pueden ser parte en las relaciones jurídicas (no pueden tener derechos, ni obligaciones).

En realidad, debe concluirse que los llamados legalmente desmembramientos del dominio son *iura in re aliena*, derechos en sí mismos, que no forman parte del derecho de propiedad, sino que limitan, gravan, dicho derecho.²⁰⁹

Caracteres de los derechos reales limitados

- a. Son derechos sobre cosa ajena. En situaciones excepcionalísimas, pueden recaer sobre cosa parcialmente propia (ej. derecho de habitación previsto por la ley n.º 16.081) o sobre cosa propia (ej. usufructuario que recibe por herencia la nuda propiedad del bien y acepta bajo beneficio de inventario o acreedor hipotecario que adquiere el bien gravado por una herencia aceptada bajo beneficio de inventario —art. 1092—).
- b. Son limitados, por cuanto no permiten a su titular desarrollar todos los poderes que tendría si fuera propietario exclusivo del bien.
- c. Son limitantes de la propiedad, ya que el propietario del bien tendrá el mismo con un gravamen que afectará de alguna manera su uso, goce o disposición.
- d. Son limitados temporalmente. Los derechos reales de goce tienen como plazo máximo de duración la vida de su titular. La excepción la constituyen las servidumbres que pueden ser perpetuas.

Caracteres de los derechos reales

Absolutez

Los derechos reales son absolutos, oponibles *erga omnes*, esto quiere decir que pueden hacerse valer frente a cualquier persona, ya que el resto de las personas, excluida el titular del derecho, forman el sujeto pasivo universal y se hallan obligados a no hacer nada que disminuya, perjudique o desconozca el derecho de aquel.²¹⁰ Por su parte, los derechos personales son derechos relativos, solo pueden hacerse valer contra personas determinadas.

La mayor relevancia de la absolutez como carácter de los derechos reales se alcanza con la teoría unitaria personalista, la cual criticando la tesis dualista sostiene que lo importante en la materia no es la relación directa entre el hombre y la cosa, que no es más que una

209 Yglesias, *Derechos Reales Limitados*, Montevideo, FCU, 1988, p. 7 y ss.

210 Yglesias, ob. cit. p. 12

vinculación económica, pues las relaciones jurídicas solo pueden darse entre personas, son intersubjetivas. Según esta concepción, la absolutez es el carácter principal de los derechos reales y consiste en la existencia frente al sujeto activo del derecho de un sujeto pasivo integrado por todos los demás miembros de la comunidad universal, que tienen un deber de no hacer, consistente en no perturbar el derecho del titular.

Pero, la absolutez por sí sola no tendría eficacia si no se le reconocieran ciertas acciones que amparan al titular del derecho. Así, tenemos:

- a. Acciones restitutorias, para el caso de que el titular del derecho haya perdido la posesión e intente recuperarla (arts. 676, 677, 663 y 667).
- b. Acciones inhibitorias, para casos de perturbación en el goce de la cosa.
- c. Acciones reparatorias, que tienen lugar cuando el despojo o la perturbación han provocado daños y perjuicios al titular del bien.

En el carácter de absolutez es precisamente donde se encuentra la diferencia fundamental entre los derechos reales limitados y ciertos derechos personales como el arrendamiento y el comodato. El español Manuel Albaladejo sostiene que poco importa desde el punto de vista práctico la inmediatez o no del poder del arrendatario o comodatario, pues lo que realmente preocupa es que sea efectivo y ello se logra precisamente en que sea oponible «*erga omnes*», o sea en la protección del disfrute de la cosa frente a las perturbaciones jurídicas y fácticas de los terceros, defensa que los titulares de derechos personales no poseen. Tanto el arrendatario como el comodatario solo gozan de la acción de violento despojo, por lo que si un tercero perturba su goce deben recurrir al titular del derecho real (propietario o usufructuario) para que inicien la acción judicial correspondiente y aseguren el goce a aquellos (arts. 1796 n.º 3 y 1802).

Inherencia

También se llama derecho de persecución (*droit de suite* o «*ius persequendi*») y consiste en la facultad que tiene el titular de un derecho real de perseguirlo en cualquier mano que el mismo se encuentre (arts. 489, 535 y 2340).

Su acción no se limita a la persona que lo perturbó, sino que puede accionar contra cualquier persona que esté en posesión del bien. En materia de derechos reales menores tiene especial significación en cuanto aún cuando el propietario enajene el bien, el derecho real queda adherido al bien debiendo soportarlo el adquirente.

Para Ramírez, en el dominio, la inherencia se confunde con la absolutez.²¹¹

El caso del arrendamiento

Normalmente, el contrato de arrendamiento de bienes urbanos no se inscribe en los Registros Públicos, pero si se inscribe —y no se establece el derecho del propietario a enajenar el bien libre de ocupantes— el contrato adquiere y debe ser respetado por cualquier adquirente (arts. 1792 del Código Civil).²¹²

211 Ramírez, *Curso de Derecho Civil I*, T. I. Clases dictadas por Juan Andrés Ramírez y Zulema Ferrando de Calvo, p. 15 y ss.

212 Cfme. *LJU*, T. CV, caso 12.177, p. 464.

Inmediatez

Los derechos reales son inmediatos, en cuanto implican una vinculación directa del titular con la cosa (art. 472), de forma que éste obtiene la utilidad directamente de la cosa, sin necesidad de que intermedie persona alguna.

Por el contrario, los derechos personales son mediatos, en cuanto el acreedor no puede ejercer su derecho directamente sobre el objeto de la obligación, ya que en el medio de dicha situación se halla el deudor que es quien está obligado a proporcionar su utilidad.

La inmediatez es el elemento característico y definidor de la naturaleza de los derechos reales para los partidarios de la doctrina clásica o dualista, para quienes hay derecho real cuando hay relación directa entre el hombre y la cosa (dos elementos) y hay derecho personal cuando hay un sujeto activo, una prestación y un sujeto pasivo que se interpone entre ambos (tres elementos).

Si bien hay derechos reales como el usufructo y derechos personales como el arrendamiento y el comodato que son similares en cuanto todos constituyen derechos de goce sobre cosa ajena con obligación de restitución (*estructura funcional similar*), es posible distinguirlos desde el punto de vista de la inmediatez:

- a. El usufructuario goza de su derecho sin intermediación de persona alguna, directamente (art. 493).
- b. El arrendatario, en cambio, por obra de un contrato tiene el derecho a que el arrendador le conceda el uso y goce de la cosa, o sea, no goza del derecho (sí de la cosa) directamente, sino que es el arrendador el que le proporciona la ventaja (art. 1796).

La inmediatez en los derechos reales de garantía

Para Albaladejo,²¹³ el poder directo no quiere decir tenencia material y tangible en manos del titular del derecho, ya que también es poder directo aquel puramente formal que sin contacto directo sobre la cosa recae sobre ella, sometiéndola a un señorío inmediato (v. gr. el derecho del titular de un derecho real de hipoteca sobre la cosa que puede hacer que la misma se venda).

Por tanto, para Albaladejo, la inmediatez o poder directo, como él lo llama, es el señorío jurídico que, aunque falten las facultades de goce, disfrute y tenencia, atribuye la posibilidad de operar inmediatamente sobre la cosa.

De esta forma, habría inmediatez en los derechos reales de garantía, pues el titular puede obtener el provecho, la utilidad, sin la intermediación del sujeto pasivo, esto es, directamente de la cosa.

Podría argumentarse que el goce no es directo, pues se requiere una acción y una decisión judicial para hacerlo efectivo, pero ello no es óbice para sostener la inmediatez de la hipoteca, desde que se trata de limitaciones formales y no sustanciales. Similar situación ocurre con el usufructuario cuando debe arrendar el bien para obtener frutos civiles, ya que antes de obtenerlos debe realizar ciertas actividades y por ellas nadie ha dudado que se trate de un derecho real. (Otro ejemplo, sería el caso del propietario con finca arrendada).

213 Albaladejo, *Instituciones del Derecho Civil*, T. I, Parte General y Derecho de Obligaciones, Barcelona, Bosch, 1960, p. 291 y ss.

Preferencia

Cuando los titulares de derechos personales procuran hacer efectivos sus créditos en el patrimonio del deudor, que es la garantía común de sus acreedores, en caso de que el activo no sea suficiente se produce una ejecución colectiva, donde rige la ley del concurso.

Es pertinente dar resumida noticia sobre la ley de concursos y reorganización empresarial, ley n.º 18.387 de 23 de octubre de 2008. Concretamente se trata del Capítulo II del Título V de la mencionada ley, artículos 108 a 114 ilustran sobre las clases de créditos. Antes de dichos artículos, si de concurso de acreedores hablamos, existen créditos que la doctrina denomina:

- a. prededucibles, que los regula el art. 91 de la ley de concursos. Como lo indica su nombre estos se satisfacen con anterioridad a los restantes acreedores (ej.: gastos del proceso de concurso, gastos en conservación de bienes, pago de alimentos y entierro del deudor, etcétera).
- b. Créditos privilegiados.
 - Con privilegio especial son los que tiene las garantías reales: prenda e hipoteca. Es sabido que los bienes que garantizan el préstamo están destinados para dicho cobro.
 - Con privilegio general. Siguen el orden preceptuado por el art. 110. Incluye:
 - a) créditos laborales con las cuantías y exigencias que la ley detalla,
 - b) créditos por tributos sean nacionales o municipales,
 - c) un privilegio especial al acreedor que promovió el concurso y por ende hizo factible la judicialización del problema.
- c. Créditos *quirografarios o comunes*.

No gozan de privilegio alguno, y solo anticipan a los créditos subordinados. Tiene igualdad y paridad de tratamiento en esta categoría.
- d. *Créditos subordinados*.
 - Multas y demás sanciones pecuniarias, de cualquier naturaleza.
 - Los créditos de personas relacionadas con el deudor. (ej. Cónyuge o concubino del concursado, ascendientes y descendientes y hermanos del deudor, etcétera.

La doble postura de familiar y acreedor de un concursado está mal vista por la ley, y ello hace que relegue dichos créditos al último escalón de la graduación de acreedores, y los torna de muy difícil realización o recuperación. (Más ampliamente: Rivero y Ramos ²¹⁴ .

Pero la *preferencia* que se expresa en la máxima romana *prior in tempore, potior in iure* (primero en el tiempo, preferido por el Derecho) es útil para los conflictos entre dos titulares de derechos reales incompatibles entre sí, amparando al que primero adquiere el derecho.

Régimen legal

Incidencia del orden público

Mientras en materia de derechos personales impera el principio de autonomía de la voluntad, en los derechos reales impera el orden público, por cuanto en ellos importan aspectos tales como la organización social, política y económica del país, sin perjuicio de que la voluntad particular también intervenga.

²¹⁴ Rivero y Ramos, *El concurso y su incidencia en el Derecho de Familia Personal la Sociedad Conyugal y la Unión Concubinaria y las Sucesiones*, Montevideo, FCU, 2009, p. 15 a 17.

Creación de los derechos reales

Ciertos sistemas como el español admiten que los particulares pueden crear cualquier clase de derechos reales que se les pueda ocurrir (*numerus apertus*), mientras que en otros sistemas como el argentino no existen más derechos reales que aquellos permitidos por la ley (*numerus clausus*).

Nuestro orden jurídico no adhiere expresamente a ninguno de los sistemas, pero doctrinariamente se coincide en que rige el sistema del *numerus clausus*, fundamentalmente por la calidad de orden público de las normas que los rigen²¹⁵. Sin embargo, también existen argumentos legales para sostener el *numerus apertus* en nuestro Derecho, a saber:

- a. art. 10 de la Constitución Nacional, en cuanto establece el principio de libertad
- b. art. 487 n.º 6, del Código Civil.²¹⁶

Derecho real de superficie

Acerca de la recepción por nuestra legislación del derecho real de superficie, la ley de ordenamiento territorial, n.º 18.308 toma partido por su existencia.

Artículo 36. El propietario de un inmueble, privado o fiscal, podrá conceder a otro el derecho de superficie de su suelo, por un tiempo determinado, en forma gratuita u onerosa, mediante escritura pública registrada y subsiguiente tradición. El derecho de superficie es un derecho real limitado sobre un inmueble ajeno que atribuye temporalmente parte o la totalidad de la propiedad y comprende el derecho a utilizar el bien según las disposiciones generales de la legislación aplicable y dentro del marco de los instrumentos de ordenamiento territorial y conforme al contrato respectivo. El titular del derecho de superficie tendrá respecto al bien objeto del mismo iguales derechos y obligaciones que el propietario del inmueble respecto de este.

Requiere la solemnidad de la escritura pública, inscripción registral, y presupone la existencia de título y modo. La ley lo califica de derecho real limitado.

Previamente a este claro pronunciamiento legal, era objeto de debate de los autores la admisibilidad del derecho de superficie en derecho uruguayo. Ramírez negaba la posibilidad de existencia de un derecho real de superficie.²¹⁷ Ya otros autores lo visualizaban como posible de acuerdo a la ley de Registros:

Por otra parte, juzgo que tal postura expuesta únicamente tiene hoy un valor histórico, pues legalmente se ha admitido —de manera expresa— la posibilidad de constituir un derecho real de superficie. En efecto, el Ord. 1.º del art. 17 de la ley n.º 16.871, de 28 de setiembre de 1997, determina como actos inscribibles en el Registro de la Propiedad —sección Inmobiliaria— los instrumentos públicos en los que se constituya, reconozca, modifique, transfiera, declare o extinga un derecho de superficie.²¹⁸

Gilberto Canon Nieto, expresaba que en:

Salto (Termas del Arapey) se buscaba petróleo y surgió un chorro de agua caliente; examinada el agua surgente se encontró que era medicinal. Los vecinos, pensando que debía explotarse como agua termal, comenzaron a construir casas en el campo que no era de ellos con el consentimiento del propietario, como medio para que los interesados en los baños tuviesen habitaciones.

215 Ramírez, *Curso de Derecho Civil I*, T. I, p. 66 y 67.

216 Yglesias, *Derecho De las cosas*, T. I, Montevideo, FCU, 1997, p. 178.

217 Ramírez, «El derecho de superficie. Replanteo de su admisibilidad en nuestro Derecho», *ADCU*, T. X, p. 204-213.

218 Howard, *Modos de Adquirir*, Montevideo, Universidad de Montevideo. 2002, p. 165.

En esta situación piensa el autor, que se trata de un derecho de superficie, más allá de que no estuviera documentado en escritura pública, ni inscripto. Fundamenta en que el actual dueño de la tierra: Municipio, reconocía que las construcciones no eran bienes sin dueño, que pudieran caer en el dominio del Estado.²¹⁹

Según el Esc. Washington Lanziano,

la constitución de derecho de superficie, que tiene el corolario de crear planos horizontales inmobiliarios, es de recibo en el Código Civil, no deteriora la seguridad en el dominio inmobiliario, certidumbre básica permanente en la organización jurídica de la Nación, ni colide con el orden público y el interés general, estando amparada la propiedad superficiaria por la Constitución.²²⁰

219 Canon Nieto, «El derecho de superficie», *La Justicia Uruguaya*, doctrina T. 12, capítulos IX a XI.

220 Lanziano, *Estudios de derecho de superficie y de propiedad horizontal*, 2007, p.: 149.

Los bienes considerados en sí mismos

Concepto doctrinario

Biondo Biondi²²¹ sostiene que la noción de cosa, en la antigüedad, se refería únicamente a las entidades perceptibles por los sentidos; por ello, se hablaba de *corpora*, que era la cosa tangible y no de *res*, hasta que el desarrollo de la economía y de las relaciones jurídicas hizo que se adoptara el término *res*, distinguiéndose las *cosas corporales* y las *cosas incorporales*, que son las cosas *quae tangi non possunt*, es decir, las que no pueden percibirse por nuestros sentidos, sino por nuestra inteligencia, incluyéndose en esta categoría los derechos.

Biondi considera contraria a la tradición histórica y arbitraria la opinión de que la noción de cosa se limita solo a las cosas materiales, llegando a la conclusión de que los derechos que no son reales no tienen a las cosas como objeto.

El autor entiende que

desde el punto de vista jurídico positivo, cosa es cualquier entidad, material o inmaterial, que sea jurídicamente relevante, esto es, que sea tomada en consideración por la ley en cuanto constituye o puede constituir objeto de relaciones jurídicas. Cosa es la referencia objetiva del derecho subjetivo.

Cosas y bienes

La *cosa* es una entidad objetiva por sí misma, independiente del sujeto y jurídicamente relevante; mientras que ‘bien’ supone la idea de un interés, de una ventaja o de una utilidad y por lo tanto hace referencia a un sujeto a que ese bien sirve o es útil.

La cosa tiene una referencia objetiva, en cambio, el bien tiene una referencia subjetiva.

La noción de cosa es prejurídica y neutra, es el punto de referencia objetivo a que se refiere un interés.

Por ello, es posible que frente a una sola cosa existan una diversidad de bienes; v. gr. derecho de propiedad y usufructo; copropiedad; predio dominante y sirviente en las servidumbres. En estos casos, una única cosa presta utilidad a varias personas: hay varios bienes referidos a una sola entidad objetiva.

Pero si bien, teóricamente es posible diferenciar bien y cosa es común que en las normas positivas ambos conceptos aparezcan indiferenciados.

Cosas y objetos de los derechos

El concepto de objeto del derecho es más amplio que el de cosa, ya que hay negocios jurídicos en los cuales las cosas no existen.

Por ejemplo, en los derechos reales es fácil determinar el punto de referencia objetivo (bien en referencia al cual interactúan los derechos y obligaciones que genera el derecho real)

221 Biondi, *Los bienes*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1961, p. 18.

u objeto mediato de los mismos, ya que es la cosa sobre la cual se ejercita el derecho, como en el derecho de propiedad o sobre la cual se puede hacer valer un derecho, como en la hipoteca.

Pero en los derechos personales, la situación puede asumir otras alternativas. El objeto inmediato de los derechos personales es la prestación a que se obliga el deudor, o sea el comportamiento activo o pasivo, que éste se obliga a asumir. En las prestaciones de dar, la cosa aparece como el objeto mediato del derecho, como contenido de la prestación del deudor; en cambio, en las prestaciones de hacer y no hacer la noción de cosa no aparece.

Además, el concepto de 'objeto de los derechos' es más amplio, para Biondi, por cuanto relaciones que no cabe incluir en el concepto de cosas, como las derivadas de la patria potestad o del matrimonio, asumen la calidad de objeto de derechos.

Concepto legal de bien o cosa

El art. 460 establece que «Bajo la denominación de bienes o de cosas se comprende todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad. Los bienes son corporales o incorporales».

El primer problema que se presenta es determinar si los términos 'bienes' y 'cosas' son sinónimos o no.

Para Cibils Hamilton se trata de dos términos que no son sinónimos, ya que el artículo no los emplea como tales. La preposición *o* está empleada en un sentido disyuntivo, como marcando dos supuestos diferentes.

Se basa además en el proyecto de De Freitas, fuente del CC, para el cual *cosa* implica siempre un elemento material o corporal. Por el contrario, conforme al inciso 2° del art. 460, los bienes pueden ser corporales o incorporales.

Por tanto, para Cibils Hamilton hay que diferenciar ambos términos:

- a. el concepto de cosas solo se refiere a elementos materiales;
- b. el concepto de bienes incluye tanto elementos materiales (cosas) como inmateriales (derechos).

Para Gamarra y Guillot, ambos términos son sinónimos. La partícula 'o' del art. 460 es conjuntiva. Por tanto, las cosas y los bienes pueden ser materiales o inmateriales (derechos).

Se trate de términos sinónimos o no, los bienes o las cosas, desde el punto de vista jurídico, deben constar de dos elementos:

- a. Elemento económico: debe tener una medida de valor. Cabe descartar aquellos bienes que son comunes a todos los hombres (*res communes omnium*), como el sol, el aire, el agua, etcétera. Estos bienes pueden pasar a ser jurídicos en casos de modificaciones para su uso; v. gr. energía solar, eólica, hidráulica, etcétera.
- b. Elemento dominial: deben poder ser objeto de propiedad. Por tanto, es necesario descartar las cosas o bienes que no se hallan en el comercio (por ej: los bienes del dominio público).

Caracteres de la cosa

a. Extrañeza al sujeto

Cosa se contraponen a persona como sujeto a objeto. Las cosas son externas al sujeto. Sin perjuicio de ello, ciertas partes del cuerpo humano, *una vez separadas del mismo*, pueden considerarse cosas (v. gr. cabello), pero solo lo son una vez que ha operado la separación de aquél.

b. Relevancia jurídica

Las cosas deben ser susceptibles de ser objeto de relaciones jurídicas. Por ello, no se considera cosa, desde el punto de vista jurídico, a cosas que lo son físicamente: aire, luz solar, viento, etcétera, mientras son mantenidos sin manufacturación.

c. Posibilidad de individualización y de aislamiento.

d. Debe tener una medida de valor y generar un interés en la sociedad.

e. No requiere actualidad, ni pertenencia actual

Jurídicamente son cosas no solo las que existen actualmente, sino también las entidades futuras que se espera que existan (v. gr. cosechas futuras).

Asimismo, no es esencial que las cosas se hallen sometidas a una titularidad actual para que sean tales. Por ejemplo, son cosas los minerales de una mina no explorada, las *res nullius*, un tesoro no descubierto.

Clasificación

Bienes muebles e inmuebles

La clasificación se refiere a la posibilidad de movilización. Es bien mueble, el que puede trasladarse de un lugar a otro; es bien inmueble, el que no puede trasladarse.

Un edificio es siempre un bien inmueble, sin perjuicio de que en alguna oportunidad alguno se haya trasladado. Lo mismo ocurre con la superficie terrestre: siempre es inmueble aún cuando sea arrancada por un río y trasladada a un nuevo emplazamiento. Hay que atender a un criterio de normalidad para determinar su movilidad o no.²²²

Esta clasificación no solo se refiere a las cosas materiales, sino también a los *derechos* (art. 474). Así, un derecho será inmueble o mueble, según tenga movilidad o no el objeto sobre el cual recae.

Por tanto:

- derecho real mueble: derecho de propiedad sobre un automóvil;
- derecho real inmueble: derecho de propiedad sobre una casa;
- derecho personal mueble: obligación de dar cosa mueble;
- derecho personal inmueble: obligación de dar cosa inmueble.

222 Yglesias, ob. cit. p. 51 y ss.

Importancia de la clasificación

La importancia de la clasificación se debe a que la ley ha regulado en forma diferente a los bienes muebles de los inmuebles por dos razones:

- a. los inmuebles por su propia inmovilización otorgan la *posibilidad de identificación documentaria*; en cambio, los muebles normalmente no son identificables mediante signos o números, salvo casos especiales como automóviles, naves o motores;
- b. el viejo prejuicio *res mobilis, res vilis*, conforme al cual se da la mayor trascendencia económica a los inmuebles²²³. *Las principales diferencias* entre ambas clases de bienes radican en los siguientes aspectos:
 - forma de documentación de los actos;
 - períodos de posesión exigidos para prescribir;
 - posibilidad de defenderse mediante acciones posesorias;
 - régimen de administración para representantes legales (amplia libertad para disposición de bienes muebles, limitaciones para la disposición de inmuebles);
 - disposición de cada clase de bienes por habilitados por matrimonio.

Subclasificaciones del CC

Inmuebles por naturaleza (art. 463)

Son aquellas cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro (o que pueden transportarse con excepcionales dificultades), como las tierras, las minas y los edificios.

Inmuebles por adhesión y por pendencia (art. 464)

Se consideran inmuebles por adhesión a los árboles y plantas mientras adhieren al suelo por sus raíces (inciso 1°) e inmuebles por pendencia, los frutos de aquellos mientras penden (inciso 2°).

Inmuebles por destino (art. 465)

Se trata de muebles por naturaleza, pero que debido a su destino, el legislador los ha incluido entre los bienes inmuebles.

Son bienes que están *permanentemente destinados* al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. El art. 465 enumera en forma no taxativa algunos de los inmuebles por destino, pero en forma no totalmente correcta.

Así los dos primeros ítems del artículo son erróneos, pues las losas de un pavimento y los tubos de las cañerías son inmuebles por naturaleza, ya que son parte integrante del edificio, como los marcos, ladrillos y vigas.

El texto legal exige permanencia, por lo que los bienes colocados por razones accidentales o temporarias no cambian su naturaleza, se mantienen como muebles.

El art. 468 establece que estos bienes pueden perder su carácter de inmuebles por destino, en caso de que sean separados para darles un destino diferente.

Inmuebles por accesión (art. 467)

Conforme al inciso 1°, las cosas de comodidad y ornato (v. gr. cuadros) que se fijan en las paredes y pueden removerse fácilmente son bienes muebles.

223 Ramírez, *Curso de Derecho Civil I*, T. II, p. 18 y siguientes.

Conforme al inciso 2°, los muebles embutidos en las paredes se consideran parte del edificio, aunque puedan separarse y deben considerarse inmuebles por accesión.

Muebles por naturaleza (art. 462)

Son las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismas (se-movientes) o por medio de una fuerza externa (cosas inanimadas). Se exceptúan los casos mencionados precedentemente.

Muebles por movilización ideal (art. 466)

Los productos de los inmuebles y sus accesorios se reputan muebles aún antes de su separación para constituir un derecho a favor de otra persona.

¿Puede aplicarse este artículo para enajenar las construcciones de un inmueble antes de demolerlas? No; pues al ser una norma excepcional no es procedente la analogía; por tanto, aquél negocio requiere escritura pública.

Norma interpretativa (art. 469)

La aclaración que explicita Del Campo,²²⁴ parte del supuesto que una persona dejara los muebles, dicha disposición no comprenderá el dinero, los documentos, las colecciones, los libros, las armas, ropas ni carruajes.

Bienes fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles

El art. 470 solo se refiere a los bienes muebles y confunde 2 clasificaciones.

Son bienes fungibles, aquellos que son homogéneos, es decir, los que pueden sustituirse, subrogarse unos por otros en el cumplimiento de una obligación (v. gr. el dinero, azúcar, arroz, libros de la misma edición).

Son bienes consumibles aquellos que dándoles un uso conforme a su destino se consumen o destruyen para quien los usa: leña, dinero, alimentos. Se atiende a su uso normal. Son no consumibles, los que pueden usarse por un tiempo indefinido, sin que a dicho uso corresponda ni una destrucción, ni una alteración sensible en su esencia (fundos, libros, metales, etcétera).

La consumibilidad debe entenderse en un sentido jurídico, no físico. Por eso, desde el punto de vista jurídico es posible que una cosa se consuma permaneciendo inalterable. Por ejemplo, los materiales de construcción que se incorporan a un edificio.

Para determinar si una cosa es consumible o no es menester tener en cuenta su uso normal. V. gr. una mesa puede utilizarse excepcionalmente como leña, pero no por ello deja de ser no consumible.

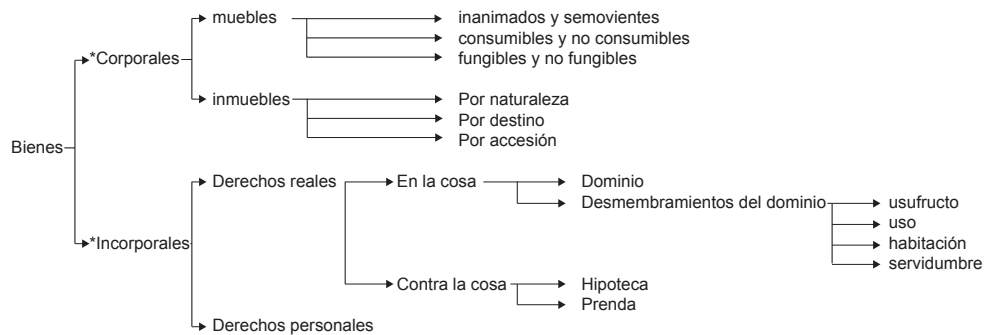
Fungibilidad y consumibilidad son dos nociones que deben distinguirse, ya que la primera implica la pertenencia a una categoría donde todas las cosas se consideran idénticas; en cambio, la segunda considera a la cosa solo con respecto a las consecuencias o efectos que tiene su uso.

Las cosas fungibles pueden ser consumibles (arroz, leche, etcétera) o no consumibles (libros, muebles fabricados en serie, etcétera).

Normalmente los bienes consumibles son fungibles, salvo casos muy excepcionales (ej. botella de cognac del siglo XVII que tiene mayor valor por ser ejemplar de colección), donde el bien no deja de ser consumible, pero pierde su carácter de fungible.

224 Del Campo, ob. cit. p. 42 a 43.

Esquema de clasificación de bienes



Los bienes en relación con sus titulares

Clasificación

El art. 476 distingue bienes de propiedad nacional y bienes de propiedad particular; mientras que el art. 477 diferencia entre los bienes de propiedad nacional en:

- a. bienes nacionales de uso público o bienes públicos, que son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes y que están enumerados, en forma no taxativa, por el art. 478;
- b. bienes privados del Estado o bienes fiscales, que son aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a todos los individuos, sino que tienen un uso restringido (arts. 481, 482 y 483 CC).

Criterios de distinción en cuanto a la dominialidad

La doctrina no es acorde en cuanto a los criterios a seguir para determinar si un bien pertenece al dominio público o fiscal del Estado, pues las leyes han seguido un criterio basado en la conveniencia del Estado, más que en razones técnicas.

La trascendencia de la distinción radica en que los bienes públicos son cosas que se hallan fuera del comercio; mientras que los fiscales en diversos aspectos cabe equipararlos con los bienes de los particulares.

Primer criterio: atiende a la naturaleza de los bienes

Son bienes del dominio público aquellos que no admiten ser propiedad de los particulares: no son susceptibles de propiedad privada.

Críticas de Planiol, citado por Ramírez:²²⁵

- a. el hecho de que la carretera que une Toulouse con París no sea susceptible de propiedad privada no depende de su naturaleza, sino de su dimensión. No hay persona que pueda ser propietaria de un inmueble de tal dimensión.
- b. en realidad, los únicos bienes que por su naturaleza no pueden ser apropiables son aquellos como el aire y la luz, que por sí mismos no tienen valor de cambio, por no tener una medida de valor.

225 Ramírez, ob. cit. p. 50 y ss.

Segundo criterio: afectación al uso de todos los habitantes

Es el criterio seguido por el CC: ingresan dentro de los bienes públicos solo aquellos que directamente pueden ser usados por todos los individuos, v. gr. las calles, plazas y caminos públicos.

Quedarían fuera de los bienes públicos, v. gr. las fortalezas, que es un bien del Estado, pero al no ser pasible del uso por todos sería bien fiscal.

Tercer criterio: afectación a un servicio público

Son bienes públicos todos los que están afectados a un servicio público, v. gr. las fortalezas, las facultades, etcétera. Es un criterio demasiado amplio, todos los bienes del Estado serían *bienes públicos*.

Régimen nacional

Según el art. 477, son bienes públicos aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado. De acuerdo al art. 478 n.º 6 se menciona como bienes públicos «los puentes, canales y demás obras públicas construidas y conservadas a expensas de la Nación».

Problema

Una fortaleza construida y conservada a expensas de la nación: ¿es un bien público? De acuerdo al art. 478 n.º 6 lo sería; de acuerdo al art. 477 no, por cuanto su uso no pertenece a todos los habitantes.

El problema se presenta por la diferente fuente de cada disposición. El art. 477 proviene del CC chileno y el 478 del proyecto de García Goyena. El artículo transcrito de este último se está refiriendo a cuáles son los bienes del Estado y no solo a cuáles son bienes públicos, por lo que comprende también los bienes fiscales.

En definitiva, el criterio a seguir, para considerar un bien como público, conforme a nuestro Derecho, es el uso directo por todos los habitantes.²²⁶

Caracteres de los bienes públicos

- a. Los bienes públicos son propiedad del Estado, pero se hallan limitados por las facultades de uso concedidas a los individuos.

Dichas limitaciones han llevado a algunos autores (v. gr. Bielsa) a sostener que no existe un verdadero derecho de propiedad, ya que no cuenta con muchos de sus atributos, sino que solo hay un poder de reglamentación.

A tal postura se le critica que serían bienes sin propietario.

- b. Para determinar el carácter de bien público se requiere una norma legal que lo establezca; lo mismo para proceder a su desafectación.²²⁷

²²⁶ Se comparte la opinión de Lanziano (*Estudio de Derecho Administrativo*, pp. 181-182) en cuanto sostiene que si un bien público (una calle, un camino por ejemplo) deja de tener uso público y «fuere detentado con privacidad, cualquiera, en defensa del dominio público puede excitar a las autoridades para que ejercite sus potestades [...] sin perjuicio de destacar que el no uso público no implica ningún caso de desafectación». TAC I°, S. n.º 67. 18.4.2001. C. 79 (*ADCU*, T. XXXII, p. 51, Montevideo, FCU)

²²⁷ El Decreto-ley n.º 14.530 dispone que «Quedan transferidas de pleno derecho sin indemnización alguna a favor de los municipios desde el libramiento efectivo del uso público las áreas que en los fraccionamientos de tierra ya efectuados o a efectuarse por particulares se han destinado a espacios libres u otros destinos de interés general de acuerdo a lo dispuesto en las respectivas ordenanzas municipales». La *ratio legis* del

- c. El derecho al uso que tienen todos los habitantes puede ser limitado por:
 - concesiones o permisos que confieran el uso en forma exclusiva a determinadas personas;
 - el cobro de determinadas tarifas para su uso: proventos, peajes, etcétera.
- d. Son bienes inalienables. Se hallan fuera del comercio (art. 1668). La inalienabilidad, al igual que la imprescriptibilidad resultan de la remisión del art. 477 a los arts. 1191, 1194 y 1668.
- e. Son bienes imprescriptibles (art. 1193). Desde que se hallan librados al uso de todos los habitantes no es posible ejercer sobre ellos una posesión exclusiva. Además, la posesión sería equívoca, no se podría determinar si se está poseyendo o ejerciendo un derecho.
- f. Son bienes inembargables (arts. 381 Y 382 CGP.). Esta característica la tienen también los bienes fiscales, pues se basan en el principio de que el Estado siempre es solvente.

Bienes fiscales

Para su determinación se emplea un criterio residual: son todos aquellos que son propiedad del Estado y no son bienes públicos (art. 485).

Etimología: *fisco* viene del latín *fiscus*, que era la cesta de mimbre en la que los romanos tenían la costumbre de guardar dinero.

Como modo de ilustrar el debate entre las categorías bienes de dominio público y bienes fiscales resulta provechoso tener en cuenta un caso práctico que resolvieron nuestros jueces, recogido en el *ADCU* T. XL, caso 47. En que un particular pretende prescribir un predio en el departamento de Maldonado, zona delimitada como playa Las Delicias, y en el fallo de primera instancia la juez interviniente entendió que dicho espacio había quedado desafectado del dominio público.

Interpuesto recurso de apelación, el Tribunal de Apelaciones compuesto de tres miembros, en segunda instancia revocó el fallo de primer grado de acuerdo a profusa argumentación, básicamente porque el predio se encontraba en la faja de 150 metros medidos desde la rivera del Río de la Plata. Por tanto entiende que sigue siendo un bien de dominio público y de imposible prescripción.²²⁸

sistema local consiste en sanear los fraccionamientos de terrenos ya hechos en el pasado, en los que, por expresa voluntad del fraccionante se libraron efectivamente al uso público determinadas áreas; de ahí su efecto retroactivo... Tres son pues los supuestos de existencia para que opere el instituto creado por el Decreto-ley de referencia, de transferencia ipso jure del dominio de un bien de los particulares al municipio: a) que se trate de fraccionamiento propiamente dicho; b) que las áreas en cuestión estén efectivamente libradas al uso público; y c) que el propietario del inmueble haya consentido ese libramiento al uso público. (SCJ, S. n.º 265, 9.11.2001. C. 393 (*ADCU*, T. XXXII, p. 183, Montevideo, FCU)

228 *ADCU*. T. XL, caso 47, Montevideo, FCU.

Caracteres

- a. Son bienes cuyo uso no pertenece a todos los habitantes del Estado (art. 477/2).
- b. Se determinan por su pertenencia al Estado y por su exclusión de los bienes públicos.
 - El CC solo enumera algunos:
 - tierras sin dueño (art. 481);
 - herencias yacentes (art. 482).
- c. Son alienables.
- d. Son prescriptibles. Es menester distinguir al respecto:
 - tierras fiscales: aquellas que habiendo pertenecido al Estado salieron de él y han vuelto a su dominio por compraventa, donación, etcétera. Conforme al art. 1194, rige, al respecto, el régimen común del CC.
 - tierras públicas: aquella que pertenecieron desde siempre al Estado, nunca salieron de su dominio. Hasta 1960 no tenían normas que la regularan. La ley n.º 12.802 (30. XI. 1960), art. 121, admitió su prescripción.
- e. Son inembargables.

El derecho de propiedad en general

Evolución histórica

El concepto liberal de la propiedad surgido de la Revolución Francesa al derrotar a las oligarquías feudales está siendo cada vez más disminuido.

Se va pasando del tradicional *laissez faire, laissez passer*, principios básicos del liberalismo al Estado intervencionista, donde ya no existe un derecho absolutamente ilimitado de propiedad (se fijan condiciones de los arrendamientos, precios, proventos, se ataca impositivamente la propiedad, etcétera).

Continuando con la evolución del dominio en ciertas naciones se ha comenzado a considerar que la propiedad debe cumplir una *función social*.²²⁹ Su titular no solo tiene el derecho a su uso y goce, sino que también tiene un deber, en cuanto la misma debe cumplir con la función que está destinada a cumplir. Así, se establecen limitaciones de variada naturaleza, por Ej. referentes a la adquisición de inmuebles rurales, la prohibición de su adquisición por extranjeros o en relación con los inmuebles urbanos, los impuestos a propiedades deshabitadas, etcétera.

En dicha línea se inscribe la ley 18.308 de fecha 18 de junio de 2008, que suele denominársele de ordenamiento territorial y que para parte de la doctrina instaura una nueva disciplina de la propiedad inmobiliaria.²³⁰ Por primera vez, en el orden normativo nacional se atiende al territorio como concepto, y no como una sumatoria de propiedades inmuebles individualmente consideradas. Se intenta pues, priorizar el orden territorial mitigando los desplazamientos poblacionales irracionales de los últimos años, usos desequilibrantes del medio ambiente, pérdida de paisajes, etcétera.

Concretamente el art. 35 de la ley 18.308 limita claramente los poderes del propietario, los que dejan de ser plenos. Sobre todo importa destacar el inciso 4° del art. 35 que se viene comentando:

El ejercicio del derecho a desarrollar actividades y usos, a modificar, a fraccionar o a construir, por parte de cualquier persona, privada o pública, física o jurídica, en cualquier parte del territorio, está condicionado a la obtención del acto administrativo de autorización respectivo, salvo la excepción prevista en el suelo de categoría rural productiva. Será condición para el dictado del presente acto administrativo, el cumplimiento de los deberes territoriales establecidos en la presente ley.

La condición es obtener una autorización administrativa según los requerimientos de los artículos 68 y 69 de la mentada ley. Por tanto no es el propietario que hace y deshace antojadizamente en su fundo, sino que requiere el beneplácito de la Administración, traducido esto en la Junta Departamental del departamento respectivo, o Intendente municipal. El

229 En dicho sentido Sentencias de la Suprema Corte de Justicia, n.° 127/2010 y 466/2009.

230 Guerra Daneri, «La nueva concepción de la propiedad inmueble. Ley 18.308», en *Tribuna del Abogado*, n.° 166.

referido autor, advierte que puede tener aspectos negativos este punto ante funcionarios que abusen de su poder, ya que ejercerían un derecho de «veto» sobre el propietario.

Una visión diferente a la que viene de explicitarse, manifiesta Yglesias,²³¹ en el entendido que gran parte de los problemas de inseguridad y violencia que nos arrecian por estas latitudes, guardan relación con inequidades en la segregación de acceso a la vivienda, y la falta de planificación urbana y utilización adecuada del territorio. Según este autor, el legislador puede restringir por razones de interés general el abuso que se haga del derecho de propiedad. En la ecuación derecho individual de propiedad e intereses de la colectividad es lícito privilegiar el interés común.

A pesar del poco paso del tiempo vinculado a la promulgación de la ley de ordenamiento territorial, lo que hace que sea escasa la discusión doctrinaria, se comparte la línea argumentativa del Prof. Guerra, que se compadece con los desarrollos del derecho de dominio «tradicional».

Conservación del instituto

La evolución del instituto no quita que la propiedad individual continúe siendo reconocida y protegida como un poder exclusivo y pleno del propietario, aún cuando se le da amplia importancia a las exigencias sociales.

La propiedad continúa siendo un derecho individual, a pesar de que ya no se inspire en criterios individualísticos. Ambas calificaciones no coinciden. Cuando se dice que es un derecho individual, de lo que se trata es de reconocer la existencia del derecho a la propiedad privada, negando concepciones colectivistas abrogadoras de aquél; cuando se dice que no tiene carácter individualístico, significa que el poder del propietario se halla templado por las exigencias sociales.

Caracteres del derecho de dominio

- a. Inmediatez (art. 486): me remito a lo considerado en el apartado III, punto 5.3, capítulo 1 Patrimonio, de la parte III de esta obra, denominada Bienes y Modos de Adquirir.
- b. Inherencia (art. 489): En el derecho de dominio se confunde con la absolutez.
- c. Absolutez: Ramírez²³² citando a Josserand, expresa que el derecho de propiedad es absoluto desde cuatro puntos de vista:
 - en cuanto a las *personas contra las que se ejerce*. Como todo derecho real implica la posibilidad de oponerlo a terceros, es decir que existe un sujeto pasivo universal. El art. 490 reconoce al propietario el derecho de poseer, que se manifiesta en la posibilidad de interponer acción reivindicatoria (arts. 676 y 677);
 - en cuanto a su *objeto sobre el que se ejerce*. El derecho de propiedad cuando se trata de inmuebles recae sobre el suelo, el dominio aéreo y el subsuelo (es tridimensional); pero además, recae sobre todo lo que se le incorpore por accesión (arts. 748 y 749);
 - en cuanto a su *contenido*, ya que importa la facultad del propietario de aprovechar íntegra y totalmente las utilidades de la cosa;

²³¹ Yglesias, «La propiedad que viene», *ADCU*. T XL, FCU 2010, pp. 1011-1017.

²³² Ramírez, ob. cit. p. 69.

- en relación con su *duración*, por cuanto el derecho de propiedad es *perpetuo*, desde que no caduca por el mero transcurso del tiempo; no se extingue —a diferencia de los derechos reales limitados— por el no uso. Para Messineo, este último carácter no es esencial, aun cuando pueda ser normal. La perpetuidad no se da por ejemplo en la propiedad adquirida en base a un contrato sometido a condición resolutoria o en una compraventa con pacto de retroventa (art. 1748), etcétera.
- d. Elasticidad: consiste en la posibilidad de que el derecho sea comprimido sin que por ello pierda su naturaleza y en su vocación permanente a readquirir su amplitud originaria (V. gr. en el caso de que se constituya un derecho de usufructo sobre el bien) ²³³
- e. Independencia: El dominio es independiente a diferencia de los derechos reales menores, en cuanto no presupone la existencia de un derecho ajeno de alcance mayor.
- f. Exclusividad: No existe otro sujeto con un derecho idéntico al del propietario sobre el mismo bien en forma simultánea.

Contenido del dominio

El contenido del dominio se compendia en el binomio: poderes y límites, desde que es necesario fijar ambos para comprender su alcance.

Poderes

El italiano Luigi Ferri en su obra *La autonomía privada* establece que el poder consiste en la «potencia que tiene el sujeto para modificar una situación jurídica». Adaptando la conceptualización de Ferri, que se refiere a cualquier clase de poder, a la propiedad, es posible sostener que es la potencia que tiene el propietario de un bien para actuar sobre él, incluso modificando su situación jurídica (contrayendo respecto al mismo ciertas obligaciones y/o gravámenes) y su situación material.

Conforme a la disposición del art. 486 y como *derecho subjetivo* que es, la propiedad implica la posibilidad que tiene su titular *de gozar y disponer* plena y exclusivamente de la cosa (*plena potestas in rem*).

El *poder de goce* se resuelve en la utilización directa del bien y en la obtención de sus frutos.

En el *poder de disposición* deben comprenderse:

- a. disposición jurídica: transmisión del derecho o constitución de derechos reales o personales;
- b. disposición material: consiste en la realización de actos materiales sobre la cosa: construir o destruir, plantar, talar, etc, dependiendo su extensión de la clase de bien objeto del derecho.

La noción dada por el art. 486 y el contenido del derecho que prevé el art. 487 tienen un carácter meramente descriptivo, enunciativo, no taxativo, ya que la propiedad no agota su contenido en ellos.

Hay ciertas facultades que difícilmente puedan calificarse como de goce o de disposición (v. gr. el derecho a oponerse a la expropiación si no se cumplieron los requisitos exigidos

²³³ Ramírez, ob. cit. p. 71 y ss.

legalmente o el derecho del propietario de una farmacia a no ver perjudicado su comercio por una nueva farmacia a menos de 200 o 400 metros, según sea zona urbana o suburbana).

El contenido del derecho de propiedad reside en la plenitud de los poderes que mencionan los arts. 486 y 487, pero también, y fundamentalmente, en la *indeterminación* de ellos, en cuanto a poderes concretos se refiere. De esta forma, debe considerarse que el propietario puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley.

Pero, si bien la propiedad en el sentido antedicho es más que goce y disposición, también puede ser menos que goce y disposición. Ello ocurre cuando el propietario vea disminuidos sus derechos voluntariamente (v. gr. por la constitución de derechos reales menores o personales) o involuntariamente (embargo o secuestro de bienes muebles).

Sería erróneo considerar que el derecho de propiedad desaparece por el hecho de que su titular carece de los poderes de goce y disposición, como en los ejemplos citados. Por eso, es que si la propiedad puede sobrevivir a esas mutilaciones —aun cuando las mismas sean temporarias— no puede considerarse a la misma una yuxtaposición de los poderes de goce y disposición.

Por ende, para encontrar el verdadero sentido del instituto será menester recurrir al concepto de poder y considerar a la propiedad como lo hace Messineo como un «poder complejo omnicompreensivo, de alcance genérico e indeterminado». Es el máximo poder jurídico patrimonial desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo.

Visto el dominio de esa forma, es apreciable que la enumeración que hace el art. 487 es necesariamente incompleta y por ende, inútil y sin utilidad práctica: antes que lo que el propietario puede hacer es más trascendente establecer lo que no puede hacer.

Límites

Para Ramírez²³⁴ hay dos clases de límites: concretos y genéricos.

Límites concretos

Son aquellos específicamente establecidos por la ley o por el acuerdo de voluntades. Pueden ser de dos clases:

- a. Límites normales o legales. Son todos aquellos establecidos en la propia ley. También se denominan *fórsasos*, en oposición a los voluntarios. Pueden consistir en obligaciones de:
 - no hacer: art. 619/2, no construir una casa de modo que el tejado haga que las aguas pluviales caigan en el predio del vecino. También art. 613.
 - soportar: art. 603, soportar que el dueño del predio vecino apoye en mi pared su construcción. También art. 581.
 - de hacer: art. 599, obligación de cada vecino de contribuir a la refacción de la medianera (obligación *propter rem*).

También cabe incluir las situaciones generadas por la expropiación, las legítimas en materia sucesoria y la disposición del art. 1625 del CC.

- b. Límites excepcionales o voluntarios. Son aquellos límites que el titular del derecho establece voluntariamente sobre su bien. Puede tratarse de derechos reales o personales. Se trata de *autolimitaciones* al poder del dueño.

234 Ramírez, ob. cit. p. 76 y ss.

Límites genéricos

Son los basados en la teoría del abuso de derecho.

El Prof. del Campo²³⁵, considera que las limitaciones al derecho de propiedad de índole legal son el instituto de la expropiación, previsto por el art. 32 de la Constitución de la República, el que estipula que por razones de necesidad o utilidad pública puede privarse a los particulares de la propiedad, con una justa y previa compensación. Se hace primar en este proceso el interés de la sociedad por sobre el individual.

Menciona también dentro de las limitaciones legales el instituto de las legítimas: indicando que es la previsión del Derecho Sucesorio, que limita al testador sobre la disponibilidad de los bienes. Con un justo, social y humano criterio de protección de la familia, el Derecho Civil reconoce a favor de algunos de sus integrantes el derecho a heredar forzosamente una parte de los bienes que deben transmitirse sucesoriamente. (Ver artículos 884 y siguientes del CC); la reducción de las donaciones inoficiosas (arts. 1626 y 1639 del CC), que impide donar entre vivos más de aquello que pudiera disponerse por última voluntad, así como la prohibición de donar todos los bienes (art. 1625 del CC)

Se distinguen asimismo limitaciones de orden administrativo, emanadas de disposiciones municipales que atienden básicamente a situaciones urbanísticas referidas a la observancia de servidumbres de alineamiento de las construcciones, limitación de altura en determinadas zonas (como por ejemplo balnearias), o edificaciones en zonas calificadas como barrios jardines.

La teoría del abuso del derecho

Lo importante en este asunto, es encontrar el punto neurálgico donde pueda determinarse que de un actuar lícito se trasciende a un accionar con abuso de derecho. Resulta ilustrativo el planteo del Dr. Jorge Luis Gamarra.²³⁶ Si se instala una discoteca en un tranquilo barrio residencial, puede ostensiblemente provocar dicho hecho una disminución del valor de los inmuebles linderos o vecinos. En realidad en el caso que comenta Jorge Luis Gamarra, sí existe un daño claramente ocasionado, pero conforme al art. 1321 CC, no debe indemnizarse ya que opera una causa de justificación, que radica en actuar ajustado a derecho por el dueño del establecimiento bailable.

Las facetas del abuso del derecho pueden ser numerosas, pero circunscribiéndonos a los dos grandes bloques de responsabilidad: contractual y extracontractual, detectaremos algunos rasgos peculiares. En lo que tiene que ver con los contratos, hay abuso de derecho si una de las partes arbitrariamente pone fin a la relación con ilicitud. Entra en juego el art. 1253 CC, que regula que el cumplimiento de los contratos no puede quedar sometido al arbitrio de una sola de las partes. Si se revisa los contratos de distribución comercial, para parte de la jurisprudencia deben probarse causas que justifiquen el receso del contrato, de lo contrario el desistimiento unilateral será abusivo. Otros jueces hacen primar lo estipulado por las partes.²³⁷

En el ámbito de abusos entre personas que no las liga una relación contractual, nos ayuda el trabajo ya citado (Gamarra: 641 y 642), que internándose en la labor periodística intenta dirimir el delgado límite entre la libertad de prensa, y la protección de derechos tan caros

235 Del Campo, ob. cit. p. 57 y 58.

236 Gamarra, «Abuso de Derecho». *ADCU*. T. XXXVI, FCU 2006, p.: 633 y ss.

237 *LJU*. Caso 15088.

como la intimidad, imagen, honor de las personas. El periodista o el medio de comunicación deberían evaluar si es útil la información a divulgar, veracidad del contenido con su consiguiente trabajo de sondeo, y forma civilizada de presentación de la noticia, a fin de no injuriar o infamar gratuitamente.

Condominio

Requisitos

Para que haya condominio se requiere:

- a. Una pluralidad de sujetos, esto es, más de una persona física o jurídica.
- b. Unidad de objeto sobre el que los condóminos ejercen en conjunto derechos de la misma naturaleza.

Distinción previa

Existe comunidad o indivisión, cuando varias personas ejercen derechos de igual naturaleza sobre un bien o conjunto de bienes. Por ejemplo: coherederos, copropietarios, cusufructuarios, etcétera.

Hay condominio, en los casos en que esas personas ejercen el dominio, esto es, el derecho real mayor, en forma conjunta sobre uno o más bienes determinados.

La copropiedad implica que la pluralidad de personas tiene derechos de igual naturaleza frente a derechos reales o derechos personales. V. gr. A y B son copropietarios de un derecho de usufructo o de un derecho de crédito.

La comunidad o indivisión es el género, el condominio y la copropiedad son especies de aquella.

Posibles fuentes de condominio

El condominio puede ser: contractual, sucesorio, por disolución de la sociedad conyugal, por disolución de una sociedad comercial, etcétera.

Tipos históricos de condominio

Condominio romano

Características:

- a. Ningún condómino es dueño exclusivo de porción determinada de la cosa, sino que su derecho consiste en una parte ideal, indivisa o alícuota que se expresa en una fracción o cuota. V. gr. $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, etcétera.
- b. Cada propietario es propietario exclusivo de su cuota, en consecuencia, podía enajenarla libremente, constituir usufructo, prenda o hipoteca sobre la misma, arrendarla, etcétera.
- c. Con respecto al uso del bien, cada condómino tiene facultades limitadas, que se traducen en que puede usarlo siempre que respete el derecho al uso que tienen los demás.
- d. Cada uno puede ejecutar actos materiales, pero cualquier condómino puede oponerse ejercitando el *jus prohibendi*.
- e. Con respecto a las facultades jurídicas (enajenación, constitución de servidumbres, etcétera) se requiere el consentimiento unánime de todos los condóminos.

- f. El condominio es considerado como un régimen transitorio y voluntario, en cuanto cualquiera de los condóminos puede pedir en todo momento la división.

Condominio germánico (*gesammte hand*) (propiedad en mano común)

Características:

- a. Existe un vínculo personal muy fuerte entre los miembros del condominio, lo cual no es de esencia en el condominio romano, ya que deriva, fundamentalmente, de la familia.
- b. Inexistencia de cuotas hasta el momento de la disolución.
- c. La *gesammte hand* constituye una unidad patrimonial separada de los patrimonios de sus integrantes: estos, además de aquel, tienen su propio patrimonio.
- d. Los derechos se obtienen y las obligaciones se contraen por el concurso unánime de todos los comuneros.
El acto de un comunero, aún en relación con su parte, es ineficaz.
- e. Si fallece un comunero, normalmente, su parte acrece a los demás.

Régimen nacional

- a. Nuestro Derecho Positivo no regula el condominio en forma orgánica por dos motivos: a) existe la voluntad legislativa de que sea una situación transitoria, accidental; b) se considera que es antieconómico, por cuanto motiva la inacción del titular.
- b. Solo hay disposiciones dispersas que se refieren al fenómeno: arts. 628, servidumbres; 677/3, reivindicación; 1115, partición forzosa; 1151, efecto retroactivo de la partición; 1202 y 1239, prescripción; 1136 y 1137, partición; 1755 y 1756, compraventa; 1876, sociedad civil (para Supervielle, la norma veda la integración analógica); 1956, sociedad conyugal; 2330, hipoteca²³⁸.
- c. En principio, nuestro Derecho recibió el condominio de tipo romano, con excepción de los casos de sociedad conyugal, en que se adoptó, para la mayoría de la doctrina, la *gesammte hand*.

Facultades de los condóminos

Principio general

Cada condómino tiene amplias facultades sobre su cuota, pero poderes restringidos sobre la cosa común. Pueden:

- a. Realizar actos jurídicos sobre su cuota: enajenarla, hipotecarla (2330), reivindicarla (677/3), pedir la partición del bien o bienes comunes (1115, 1136 y 1137).
- b. Usar del bien con la limitación que impone el igual uso a que tienen derechos los demás.
- c. Impedir actos materiales sobre el bien común por parte de los demás (*jus prohibendi*).
- d. La administración del bien, en principio, es conjunta.
- e. Los frutos se dividen en proporción a cada cuota.
- f. Cada condómino puede realizar actos conservatorios con relación al bien y repetir contra los demás por enriquecimiento sin causa (art. 1308).

238 Supervielle, *Condominio*, capítulo II, p. 219 y siguientes.

- g. Ningún condómino puede por sí solo enajenar o gravar la totalidad de la cosa, en virtud del principio de que «nadie puede transmitir más derechos de los que tiene».
- h. En nuestro Derecho, no existe la comunidad o condominio *pro diviso*, o sea la concreción de las cuotas *avas* partes de cada integrante en zonas físicas determinadas del bien; sino que es un condominio indiviso, es decir, que las cuotas no se concretan a una zona determinada del bien.

Ello, sin perjuicio de la posibilidad de realizar convenios en cuanto a la utilización del bien, los que solo crean derechos personales.

Extinción del condominio

- a. Por las mismas causas que se extingue la propiedad: destrucción del bien; expropiación, incorporación al elenco de bienes públicos, prescripción adquisitiva de un tercero o excepcionalmente, de uno de los condóminos, etcétera.
- b. Por partición, que consiste en convertir las alcuotas que tenía cada condómino en el bien o indivisión y transformarlas en bienes concretos.

Sistematización normativa de los caracteres de la partición:

- a. Partición forzosa (1115)
- b. Efecto declarativo de la partición (1151)
- c. Formas: judicial, extrajudicial o mixta.
- d. Puede recaer (1137, 1755 y 1756):
 - en los mismos bienes que integraban la indivisión
 - en otros bienes (no hay efecto retroactivo) o en dinero *soulte*.
- e. Hay casos de condominio forzoso, en los cuales no puede pedirse la partición: medianería, bienes comunes de propiedad horizontal.

Propiedad especial

Propiedad literaria y artística

El marco normativo de este tema, parte de: la Constitución de la República art. 33; Código Civil uruguayo, art. 491 CC; Ley de derechos de autor, n.º 9.739 de fecha 17/12/1937; Ley modificativa de la precedente n.º 17.616 de 10/1/2003.

En forma resumida puede decirse que se trata de proteger la obra o creación con la característica de originalidad y que sea perceptible por los sentidos. La enumeración sobre lo que puede recaer es sumamente amplia, a modo de ejemplo menciono: composiciones musicales, libros, obras plásticas, seudónimos, programas de ordenador, fotografías, etcétera (art. 3 ley 17.616).

Quizás la nota de destaque que torna especial este tipo de propiedad, es la falta de materia que la represente.

Difiere del concepto tradicional de propiedad en que es limitada en el tiempo, mientras el derecho de dominio es perpetuo.

Amalgama a la faceta patrimonial o de contenido económico de la propiedad, otro de raigambre estrictamente moral como el respeto de la voluntad del autor, o evitar que se tergiversen o se atente contra la integridad de la obra.

Recientemente se discutió un caso de violación de derecho de autor que cabe mencionar. Se trataba de la utilización de una fotografía que realizó un fotógrafo de profesión y la misma ya había salido en un periódico de difusión nacional, para la tapa de un libro, sin haber recabado su consentimiento. Existiendo un fin comercial el Tribunal entendió adecuado resarcir el trabajo del fotógrafo, basándose en el art. 24 de la ley 9.739.²³⁹

Bien de Familia

La legislación reguladora del tema es: Constitución de la República, art. 49; decreto-ley 15.597 de 19/7/1984; modificaciones introducidas por ley 16.095 de 26/10/1989 (art. 19 a 23); Ley 18.651 de Protección integral de personas con discapacidad, promulgada el día 19 de febrero de 2010; decreto reglamentario n.º 504/1984 de 13/11/1984.

El fundamento del instituto es proteger la propiedad familiar, poniendo al abrigo de los acreedores un bien destinado a la vivienda o subsistencia familiar, que se encuentra limitado en valor (no acceden mansiones o grandes latifundios).

La nota de especialidad es sin lugar a dudas que escapa al régimen de la prenda común, esto es no es garantía común de los acreedores, pero ello implica que las referidas deudas se contraigan después de ingresar en el estatuto de bien de familia. Esto es, no sana patrimonios comprometidos por deudas anteriores al amparo de esta legislación tuitiva.

Jurisprudencialmente se han puesto de manifiesto distintas interpretaciones sobre la procedencia de los requisitos legales para alcanzar el estatuto de bien de familia.²⁴⁰

Propiedad Horizontal

Se hará referencia a las normas más importantes dedicadas a esta materia, en función de que son numerosísimas las disposiciones atinentes a la propiedad horizontal.

- a. Ley 10.751 de 25/6/1946. Conocida como ley «madre», es la base de la regulación, normas de orden público.
- b. Ley 13.870 de 17/7/1970. Norma que flexibiliza algunos requisitos para posibilitar que más cantidad de bienes inmuebles ingresen al estatuto de propiedad horizontal.
- c. Decreto-ley 14.261 de 3/9/1974. Amplía la línea de flexibilizar el mayor ingreso posible de inmuebles al régimen de horizontalidad.
- d. Ley 16.760. Permite que el capital privado participe de la financiación de los edificios.
- e. Ley 17.292. Llamada de urbanizaciones. Intenta destrabar la construcción en zonas rurales de regímenes de urbanizaciones.
- f. Ley 18.308 de 30/6/2008 Modifica algunas normas de la ley de urbanizaciones.

La especialidad reposa en un factor de índole económica, resultando menos oneroso para un sector de la población (clase media) adquirir un terreno o solar entre varios núcleos familiares y construir unidades, que comprar un terreno por casa. Justo es decir, que hoy en día —siglo XXI— esta distinción se desdibuja un poco, ya que hay propiedades horizontales que han adquirido subido valor, habida cuenta de factores externos, como la inseguridad.

Las limitaciones a los derechos de propiedad en esta especie, se hace patente pudiendo llegarse en casos extremos, a la privación del goce (art. 11 de la ley 10.751).

239 ADCU T. XL, caso 310

240 Cfme. S. n.º 153/2008, TAF 2º.

Conviven bienes individuales, con bienes de uso común destinados a todos los copropietarios.

Propiedad minera

Regulada específicamente por el Código de Minería, Decreto-ley 15.242 de 8 de enero de 1982.

Se dedica a pautar el régimen de explotación de los yacimientos minerales, y se los califica de utilidad pública.

Propiedad funeraria

El marco de disposiciones se compone de 19 reglamentaciones distintas en tanto, cada departamento de nuestro país es competente para disponer sobre esta materia. Tanto es así que algunos departamentos admiten los cementerios privados parquizados y otros no.

Son materia básicamente del derecho administrativo, excepcionalmente involucra al derecho civil.

Con relación a la naturaleza jurídica de aquellos que están adjudicados al municipio se sostienen diversas posiciones en doctrina, al discutirse si integran o no el dominio público municipal. Quienes participan de tal opinión se fundan en que al encontrarse afectados a un servicio público municipal participan de tal naturaleza, caracterizándose como dominio público del Estado con todas las consecuencias en cuanto a su régimen jurídico, rigiéndose por normas del derecho administrativo. Otra posición entiende que en tanto el municipio otorga concesiones, al no estar destinado al uso colectivo de todos los habitantes, integra el dominio privado municipal. Otros autores entienden que pertenecería a un sistema mixto, en tanto si bien los accesos son del dominio público municipal, las parcelas pertenecen al dominio privado de la comuna.

Derecho de usufructo, uso y habitación

Generalidades

El Código Civil no conoce el concepto de derechos reales limitados, sino que el art. 472 habla de «desmembramientos del dominio», partiendo de la base de que el dominio se fraccionaba en *ius utendi, ius fruendi e ius abutendi*.

Concordante con dicha teoría en el usufructo tales fragmentos correspondían el primero y el segundo al usufructuario y el tercero al nudo propietario. Habría una traslación de parte de los contenidos de la propiedad al usufructuario.

Pero debe concordarse que entre el uso y goce que puede hacer el usufructuario y el que podría hacer el propietario median profundas diferencias (v. gr. art. 520).

El error de la tesis del desmembramiento del dominio, seguida por el CC, consiste en considerar al dominio como un conjunto de derechos autónomos y separables, cuando las facultades de usar, gozar y disponer son simplemente atributos de un derecho único e indivisible, que no puede fragmentarse.

En suma, los derechos reales limitados constituyen gravámenes, limitaciones extraordinarias, cuya existencia hace que se desplace la propiedad, que implica para el propietario una disminución patrimonial.

Usufructo

Concepto y caracteres

El art. 493/1° se refiere tanto al usufructo propiamente dicho como al cuasiusufructo.

Caracteres

- a. Derecho real. Al ser un derecho real posee todos los caracteres de ellos; pero además posee cierta *inherencia a la persona del usufructuario*, en cuanto su subsistencia depende de la existencia de aquél (art. 537 n.º 1, en cuanto establece que el usufructo se acaba por la muerte del usufructuario).

Es un derecho limitado y a la vez limitante de la propiedad.²⁴¹

- b. Sobre cosa ajena (*Iura in re aliena*) (arts. 493/1° y 537 n.º 3°). En casos excepcionales puede ser un derecho sobre cosa parcialmente propia (v. gr. usufructo sobre bien en indivisión) y en casos excepcionalísimos sobre cosa propia (v. gr. en caso de bienes en los beneficios de inventario o de separación).
- c. *Salva rerum substantia*. Significa que el derecho debe ejercerse sin alterar la sustancia de la cosa. La sustancia es el conjunto de cualidades esencialmente constitutivas

241 Yglesias, *Derechos reales Limitados*. p. 23 y ss.

de los cuerpos, que hacen que éstos tengan cierta forma y cierto nombre, de forma que cumplan un determinado destino.

El principio *salva rerum substantia* implica dos consecuencias:

- no alterar o transformar la cosa en lo referido a sus caracteres fundamentales;
- no alterar el destino económico conferido por el propietario.

Ej: transformar en local comercial un inmueble destinado a casa-habitación.

Artículos aplicables: 493/1° y 520.

Corresponde tener presente el art. 494, ya que el principio puede llegar a variar por acuerdo de partes, siempre que no se desnaturalicen los fines del usufructo. Por ej. para Yglesias²⁴² no podría facultarse a demoler el edificio y apropiarse de los materiales. Parece correcta esta solución.

- d. Es un derecho temporario: arts. 493/3, 500/2, 537 n.° 1, 501.

El fundamento de este carácter es la protección de la propiedad.

La violación de los límites temporales por acuerdo de partes implica una violación al orden público, por lo que la cláusula debe considerarse nula (arts. 8 y 11).

Cuando se fija un plazo pero el usufructuario muere antes termina el derecho (art. 537 n.° 1).²⁴³

- e. Intrasmisibilidad *mortis causa* a los herederos del usufructuario. Es reafirmación del carácter anterior (art. 537 n.° 1).

La muerte del nudo propietario no afecta el derecho del usufructuario, como consecuencia de los caracteres de absolutez e inherencia.

Cuasiusufructo: arts. 493/1° y 507

El usufructuario se hace dueño de las especies que recibe debiendo restituir otro tanto de la misma especie y calidad o el valor que tengan al fin del usufructo.

Se debe considerar que comprende tanto los bienes fungibles como los consumibles.

- a. Diferencias con el usufructo

En el cuasi usufructo:

- no rige el principio *salva rerum substantia*;
- se invierte la carga de los riesgos por el perecimiento.

- b. Diferencias con el mutuo

El cuasi-usufructo se extingue por la muerte del usufructuario; el mutuo no se extingue aunque fallezca el mutuario.

Constitución de usufructo

Conforme a los artículos 495 y siguientes el usufructo se constituye:

- por ley: se refiere al usufructo legal previsto por el art. 266 CC. Se trata de un usufructo que siempre recae sobre una universalidad: el patrimonio del menor.
- por acto entre vivos: son hábiles para constituir usufructo los mismos negocios que son hábiles para transmitir el dominio, y al igual que en ellos se requiere el modo tradición.

²⁴² Yglesias, ob. cit. 26.

²⁴³ Yglesias, ob. cit. p. 32

Cuando tiene por objeto bienes inmuebles se requiere escritura pública (arts. 1619, 1664, 1775) y debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble —sección Traslaciones de Dominio— del lugar de ubicación del bien.

- c. por disposición de última voluntad: la disposición de última voluntad puede asumir dos formas: legado o herencia. Normalmente se dispone a título de legado, cuando se constituye el usufructo sobre un bien determinado, mientras que si se constituye sobre toda la herencia o una parte alícuota de ella se dispone a título de herencia. El inc. 2° del art. 496/2° se contradice con los arts. 1037 y 1039.
- d. por prescripción adquisitiva o usucapión: se admite por el art. 497. Los casos deben considerarse excepcionales, ya que no hay razón para adquirir el usufructo pudiendo adquirirse el dominio.

Sin embargo, se aprecian dos situaciones que debe darse trascendencia:

- cuando se tenga justo título para adquirir el usufructo y se logre por prescripción de 10 o 20 años;
- art. 1196.²⁴⁴

Diversas modalidades

Usufructo alternativo o sucesivo (art. 498)

Se prohíbe esta clase de usufructo.

Para Guillot,²⁴⁵ la razón de esta prohibición se encuentra en que el usufructo no puede durar más que la vida del usufructuario y al hacerlo alternativo o sucesivo podría ser por tiempo indefinido.

Para Yglesias la razón es evitar que se diluya la responsabilidad del usufructuario.²⁴⁶

Usufructo conjunto (art. 499)

Salvo pacto en contrario, hay derecho de acrecer (art. 513), esto significa que al fallecimiento de un co-usufructuario su cuota parte acrece o beneficia a los demás. Igual solución puede plantearse por el testador (arts. 1049 y 1050).

En el CC argentino no hay derecho de acrecer, salvo pacto en contrario. Dicha solución parece más adecuada ya que el usufructo es un derecho personalísimo, o sea un derecho en donde tiene gran trascendencia la persona de su titular.

Al no haber norma expresa que establezca la solidaridad cada usufructuario responde por su parte. Sin perjuicio de ello, la solidaridad puede pactarse.

Usufructo bajo plazo o condición (art. 500)

También puede constituirse sujeto a un modo (art. 956).

El art. 538 es una norma interpretativa de la voluntad de las partes. Se considera que se quiso fijar un plazo cierto.

244 Yglesias, ob. cit., p. 36

245 Guillot, *Comentarios del Código Civil de los bienes*, 2ª edición, Montevideo, Jerónimo Sureda editor, 1926, p. 245.

246 Yglesias, ob. cit. p. 43.

Usufructo reversivo (arts. 515/2° y 767/2°)

Se trata de casos en que el propietario enajena la nuda propiedad reservándose el usufructo.

La única disposición que se refiere al mismo es la que exonera al usufructuario de afianzar.

Objeto del usufructo

En principio, puede constituirse usufructo sobre cualquier bien que se halle en el comercio. No puede constituirse sobre bienes integrantes o accesorios de otros; v. gr. sobre una escalera, si es un bien común de propiedad horizontal no hay posibilidad de constituir usufructo.

Tampoco puede constituirse sobre:

- a. bienes del dominio público del Estado;
- b. inmuebles afectados al régimen de *Bien de Familia* (Decreto-ley n.° 15.597);
- c. una servidumbre separadamente del predio al que accede.

El usufructo puede constituirse sobre:

- a. bienes muebles o inmuebles;
- b. una renta vitalicia (art. 506). Concepto de renta vitalicia: arts. 2182/1° y 2184.
Ej.: A deudor de la renta; B acreedor de la renta. Puede constituirse a favor de C un derecho de usufructo sobre dicha renta.
- c. cosas que se deterioran con el uso (art. 508). Son bienes no consumibles pero que se deterioran por su uso normal, de forma que se produce una depreciación en su valor. El usufructuario cumple con su obligación de restituir entregando la cosa en el estado en que se encuentre al fin del usufructo.
- d. un crédito (art. 505). Al usufructuario le corresponden los intereses que se devenguen durante todo el plazo que dure el usufructo.
Si hay intereses atrasados, aun cuando se paguen durante el tiempo del usufructo corresponden al propietario (acreedor).
Por analogía, corresponde aplicar el art. 1758: notificación al deudor.
- e. un bien arrendado. El usufructuario tiene derecho a percibir las rentas generadas durante la vigencia del usufructo. Rige el art. 505 por tratarse de un fruto civil. No todo lo que puede considerarse como «producto» de una cosa es al mismo tiempo «fruto» de la misma. Se considera fruto todo lo que el bien produce periódicamente y de ordinario. El producto de la chacra, la fruta pendiente de los frutales, el interés de un préstamo, el alquiler de una casa²⁴⁷.
Puede celebrar un nuevo contrato de arrendamiento (art. 511) y tiene legitimación procesal para iniciar el desalojo (art. 45 del decreto-ley n.° 14.219).
- f. un usufructo. Hay diferencias con la cesión de usufructo, en cuanto:
 - el titular del usufructo lo recupera si el segundo usufructuario fallece antes que él;
 - podría constituirse el nuevo usufructo por tiempo más limitado que el primero o con menos facultades, es decir que no se requiere igualdad de contenido entre ambos derechos.

²⁴⁷ Del Campo, ob. cit., p. 86.

Obligaciones del usufructuario

Se hallan reguladas por los arts. 514 y ss. y se pueden distinguir obligaciones anteriores a entrar en contacto con el bien, obligaciones durante el goce del mismo y obligaciones posteriores.

Obligaciones anteriores a la entrada en el bien.

Obligación de inventariar

Surge del art. 514 n.º 1. El inventario es el documento vinculante (obligatorio) para las partes del cual surgen los datos cuantitativos y cualitativos de un bien a efectos de facilitar y asegurar su restitución.²⁴⁸

Tradicionalmente se sostuvo que la realización de inventario solemne o judicial es preceptiva, basándose en que:

- a. si se hubiera querido establecer su carácter facultativo, la ley lo hubiera indicado expresamente como ocurre con la fianza (art. 515 n.º 3);
- b. la falta de inventario haría que el negocio tuviera una determinación insuficiente, por lo que de acuerdo a los arts. 1261 n.º 3 y 1560 habría nulidad absoluta;
- c. la falta de inventario convidaría a delinquir, pues el usufructuario podría evadir su obligación de cuidar la cosa y devolverla en el estado en que la recibió.

Yglesias critica la doctrina expuesta en cuanto:²⁴⁹

- a. si por el art. 494 la voluntad de las partes es la que determina el contenido del negocio y supletoriamente la ley es la que regula las situaciones no previstas por las partes, no corresponde que el CC en cada obligación esté estableciendo la posibilidad de dispensa por las partes. El argumento debe ser el contrario, esto es, que si el legislador consideró preceptivo el inventario solemne debió haberlo dicho expresamente;
- b. si así fuera habría nulidad absoluta por un requisito que debe cumplirse o puede cumplirse posteriormente a la celebración del negocio;
- c. si la no realización de inventario convidara a delinquir, habría necesidad de inventario solemne cada vez que hay obligación de restituir una cosa en el futuro (v. gr. arrendamiento, prenda, etcétera).

Para Yglesias es totalmente posible que el nudo propietario renuncie o dispense al usufructuario de hacer inventario, ya que es una obligación establecida en su propio beneficio, aun cuando también puede existir interés del usufructuario en realizarlo.

Lo que resulta del inventario se podrá probar a través de otros medios de prueba.

Según Yglesias si el usufructo se constituye por testamento la facultad de dispensa igualmente la tiene el nudo propietario y se tendrá por no escrita la dispensa hecha por el testador.

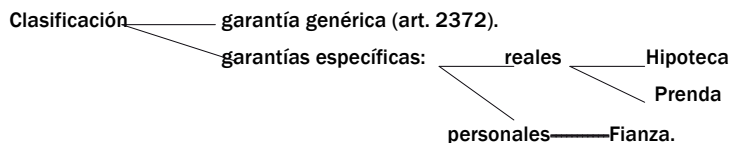
Si el nudo propietario es incapaz, sus representantes legales no pueden dispensar la realización de inventario, ya que no se puede remitir voluntariamente los derechos de los incapaces (arts. 271 n.º 5 y 412 n.º 6).

²⁴⁸ Yglesias, ob. cit., p. 45

²⁴⁹ Yglesias, ob. cit. pp. 47-51.

Obligación de afianzar

Resulta del art. 514 n.º 2. La fianza es un negocio de garantía, es decir, un medio del cual goza el acreedor para asegurar el cumplimiento de una obligación. Por la fianza se adhiere a la obligación originaria un nuevo sujeto que refuerza la obligación del deudor principal.



El art. 514 n.º 2 prevé el contenido de la fianza: debe asegurar que el usufructuario cuidará las cosas con diligencia y las restituirá no empeoradas, ni deterioradas por su negligencia.

Los deterioros producidos por el uso normal son de cargo del propietario.

El inc. final del art. 514 establece el contenido de la fianza en el cuasi-usufructo.

Esta fianza por ser legal puede sustituirse por prenda o hipoteca (art. 2111). La sustitución puede convenirse al constituirse el usufructo o posteriormente, aun contra la voluntad del nudo propietario.

La obligación de afianzar no existe, conforme al art. 515 cuando:

- se trata de usufructo legal;
- el donante se reserva el usufructo de la cosa donada;
- el que constituye el usufructo (testador o donante) o el nudo propietario exonera de la fianza al usufructuario.

Obligaciones durante el goce del bien

Conservación de la cosa

La obligación la establece el art. 493: *'con cargo de conservar su forma y sustancia'*. Es la principal obligación del usufructuario y tiene un doble contenido:

- (contenido negativo) abstenerse de realizar actos que deterioren en forma ilegítima la cosa;
- (contenido positivo) realizar actos positivos de conservación.

El art. 514 n.º 1 establece que cuidará las cosas como un buen padre de familia. El usufructuario no es responsable del deterioro natural que se produzca en el bien por un uso normal.

Yglesias²⁵⁰, encuentra dentro de esta obligación ciertos deberes específicos previstos por el CC:

- obligación de no deteriorar (arts. 514 n.º 2 y 540);
- obligación de mantener el destino del bien (art. 520);
- obligación de informar perturbaciones (art. 530).

Realización de reparaciones

Reguladas por los arts. 523 y 524. Corresponde complementarlos con los arts. 1798 y 1818 a 1820 que en materia de arrendamientos distinguen las reparaciones locativas

²⁵⁰ Yglesias, ob. cit. p. 61 y siguientes.

(a cargo del arrendatario) de las mejoras necesarias (a cargo del arrendador), a efectos de determinar concretamente, en materia de inmuebles, qué obligación pesa sobre cada parte.

Los arts. 523 y 524 distinguen dos situaciones:

- a. reparaciones menores: está obligado a realizarlas el usufructuario. Si no lo hace, de acuerdo al art. 534 puede ejecutarlas el nudo propietario por cuenta del usufructuario.
- b. reparaciones mayores: el concepto lo da el art. 523/3: son «los extraordinarios y que convienen a la utilidad permanente de la finca, como las paredes principales, techos o bóvedas tratándose de edificios». Estos reparos el nudo propietario *los hará si le conviene*.

Con respecto a los reparos mayores, el usufructuario se obliga a (art. 524, inc. 1°):

- a. dar noticia siempre que fueren urgentes;
- b. permitir que se hagan dichos trabajos,
- c. pagar al nudo propietario todo el tiempo que dure el usufructo el interés medio que produzcan los capitales empleados.

Si los reparos mayores los efectúa el usufructuario, conforme al art. 524, inc. 2°, tendrá derecho a que se reembolse lo invertido, sin interés, al finalizar el usufructo.

Pago de tributos

Establecido por los arts. 525 y 526. A pesar de lo confuso del articulado, para Yglesias debe regir el siguiente principio: lo que grava la renta es de cargo del usufructuario; lo que grava el capital de cargo del nudo propietario.

Informar perturbaciones

Regulada por el art. 530. La obligación solo existe si la perturbación alcanza los derechos del dueño. Si solo afecta al usufructuario no es necesario dar noticia.

Las perturbaciones pueden ser tanto de hecho (v. gr. actos posesorios de un tercero que pueden llegar a hacer prescribir el bien) como de derecho (v. gr. ocupante precario que quiere intentar hacerse pasar por arrendatario).

El art. 667 parte final del CC, refiere a que las sentencias obtenidas contra el usufructuario (entre otros), vinculan al propietario, y es por ello que debe darse aviso.

La ley no fija plazo para el aviso debiendo realizarse dentro del tiempo en que el nudo propietario pueda ejercer una defensa útil de su derecho, en caso contrario, será responsable de los perjuicios causados.

Obligaciones al término del usufructo

Obligaciones consecuenciales.

- a. Restituir la cosa (arts. 493 y 514 n.° 2).
- b. Liquidación de cuentas: pago de reparaciones, tributos, etcétera.

Derechos del usufructuario

Uso y goce de la cosa

Este derecho surge fundamentalmente del art. 493 y consiste en utilizar la cosa como de forma normal lo hace el propietario, conservándola en su forma y sustancia y manteniéndola afectada al destino que se encontraba.

El usufructuario puede gozar del bien en forma directa o indirecta, ya que conforme al art. 511 puede arrendar el bien y enajenar su derecho.

Si el usufructuario no pudiera arrendar y enajenar, para Yglesias en conclusión errónea, correspondería hablar de uso.

En caso de que el usufructuario arriende el bien o enajene su derecho, igualmente mantiene su responsabilidad acerca del bien (art. 521).

Exclusión de algún beneficio

El derecho del usufructuario alcanza, en principio, a todos los provechos que proporcione la cosa, pero es posible que contractualmente se excluya algún beneficio; por ej. que se reserve el nudo propietario la cosecha de tomates del año, quedando el usufructuario con la cosecha de otros productos.

Se reconoce al usufructuario la facultad de obrar de hecho sobre la cosa, dentro de los límites legales, pudiendo efectuar las instalaciones pertinentes a efectos de aumentar la producción.

Percepción de los frutos

Consagrado por los arts. 502 y ss. del CC.

El art. 503 distingue los frutos en naturales, industriales y civiles.

El art. 504, referente a los frutos naturales e industriales sigue la regla de que los frutos pertenecen a quien los percibe, o sea, que los existentes al comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario y los pendientes al terminarlo al nudo propietario.

El art. 505 establece que los frutos civiles pertenecen a cada parte en proporción al tiempo del usufructo.

El fundamento de la distinción es que los frutos civiles pueden dividirse día a día y no los naturales e industriales.

Estas disposiciones son supletorias de la voluntad de las partes.

Mejoras

Reguladas por el art. 512.

De acuerdo a la referida norma, el usufructuario no tiene derecho a que se le abonen las mejoras que haya hecho, pero tiene 2 posibilidades:

- a. compensarlas con los deterioros que se le imputen;
- b. retirar los materiales si no hay detrimento para la cosa (Concepto de detrimento: art. 702).

El art. 512 inc. 2° reafirma la disposición del art. 494 del CC.

Derechos y obligaciones del nudo propietario

Previstas en los arts. 533 a 536 y 540.

- a. No turbar ni obstaculizar el goce del bien (art. 533). Aplicación concreta: art. 623.
- b. No cambiar, ni alterar el estado del bien. Solo puede realizar actos de conservación (art. 534).
- c. Puede enajenar la nuda propiedad (art. 535). Surge la inherencia del derecho del usufructuario.
- d. No puede remitir derecho de servidumbre (art. 536).
- e. En caso de uso abusivo por el usufructuario puede reclamar la tenencia del bien pagando al usufructuario el producto líquido de los bienes y dando fianza (art. 540).

Cesión del usufructo

Con la celebración del usufructo no solo nace un derecho real, sino que se crea entre las partes un haz de obligaciones de diverso contenido.

Este vínculo obligacional es transmisible activa y pasivamente.

Desde el punto de vista activo, no hay mayores problemas: si se opera la enajenación del bien el adquirente quedará ubicado en la misma situación que el enajenante en cuanto a la titularidad de derechos y obligaciones (art. 535).

Desde el punto de vista pasivo, el usufructuario puede ceder tanto el derecho real de usufructo como algunos de los derechos y obligaciones que integran su derecho (arts. 511 y 521).

En interés de los terceros, lo que no puede hacerse es pactar que el derecho de usufructo vaya más allá de la muerte del usufructuario originario, pues podría afectar derechos de acreedores embargantes.

Si se pactara sobre la vida del cesionario no habría cesión sino nuevo usufructo.

Influencia de la muerte del cesionario

Con respecto al cedente, éste no puede transmitir más derechos de los que tiene, por lo tanto no puede ceder su derecho por más tiempo del que él lo tenía (*inherencia personal*). Por ende, si fallece el usufructuario original se termina el usufructo.

Con respecto a lo que ocurre si muere el cesionario, se han sostenido 3 posiciones:

- a. el derecho de usufructo vuelve al cedente. Crítica: quién cede su derecho se desprende definitivamente de él.
- b. Guillot sostiene que²⁵¹ al fallecer el cesionario, el usufructo se extingue por completo, el usufructo se consolida con la nuda propiedad.
- c. Fundamento:
 - el art. 498 prohíbe la constitución de usufructo sucesivo y tendría ese carácter el que se estableciera a favor del cesionario y sus herederos;
 - es de esencia, que el usufructo no se trasmite *mortis causa*.
- d. Del Campo e Yglesias postulan que si fallece el cesionario, el derecho se transmite a sus herederos y durará hasta que fallezca el usufructuario originario. Ello por cuanto, la vida que se tuvo en cuenta para constituir el derecho fue la vida del usufructuario originario (cedente) y no la del cesionario.

Extinción del usufructo

Causales establecidas por el art. 537.

- a. Muerte del usufructuario. art. 537 n.º 1. Esta causal opera aun cuando se haya pactado un plazo superior debido a la *inherencia personal* a la persona del usufructuario que tiene el instituto.

Opera como plazo supletorio, cuando no se estableció plazo fijo de duración del derecho.

También se equipara a esta situación la declaración de ausencia (art. 61/3º) y la de las personas jurídicas que se disuelven (art. 501/2º).

- b. Cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria: Art. 537 n.º 2.

251 Guillot, ob. cit. p. 248.

- c. Consolidación con la propiedad: Art. 537 n.º 3. Esta causal es consecuencia del carácter de derecho real sobre cosa ajena que tiene el usufructo. Para Yglesias²⁵² solo se refiere al caso en que el usufructuario adquiere la propiedad, ya que si el propietario adquiere el usufructo se ingresa en la del Nal. 5.
- d. No uso: Art. 537 n.º 4. La extinción por el no uso opera a los 30 años de acuerdo al art. 1215, sin distinción entre bienes muebles e inmuebles.
- e. Renuncia del usufructuario: Art. 537 n.º 5. La renuncia es un acto unilateral del usufructuario que opera aún contra la voluntad del propietario. Puede ser gratuita u onerosa.
La renuncia del usufructuario podría ser atacada por *acción pauliana* (art. 1296), ya que el concepto de enajenación que maneja el artículo es el amplio que comprende los negocios traslativos, constitutivos o modificativos.
- f. Destrucción del objeto: Art. 537 n.º 6. Solo se extingue el usufructo cuando hay destrucción total; si la destrucción es parcial subsiste respecto a lo que haya quedado de la cosa.

El art. 539 se refiere a la existencia de un inmueble edificado y plantea 2 posibilidades: cuando el objeto es una heredad y cuando es un edificio.

Debe considerarse que hay destrucción cuando desaparece la utilidad que da el bien.

Causas no previstas en el CC

- a. Resolución del derecho del constituyente. V. gr. art. 1431 del CC.
- b. Anulación del negocio constitutivo. Si había nulidad absoluta, el negocio no llegó a existir.
- c. Por expropiación del Estado del bien usufructuado.
- d. Por quedar la cosa fuera del comercio.

Uso y habitación

Concepto de uso y habitación

El uso se halla definido por el art. 541/1º y puede asumir 2 formas:

- a. servirse de la cosa (*uso propio*);
- b. exigir una porción de los frutos que la cosa produce (*uso impropio*)²⁵³

En el primer caso, el usuario hace un uso directo de la cosa; en el segundo no, careciendo su derecho de immediatez. En este caso no se ve alterado el principio *servitus in faciendo consistere nequit* pues se trata de obligación de dar.

La habitación está definida por el art. 542/2º y consiste en «habitar gratuitamente la casa de otro». Por casa, debe entenderse todo inmueble urbano o rural, sujeto al régimen común o de propiedad horizontal apto para casa habitación, lo cual presupone la existencia de una construcción.

Si la habitación se constituye onerosamente para la mayoría de la doctrina se ingresa en el derecho real de uso.

²⁵² Yglesias, ob. cit. p. 74.

²⁵³ Yglesias, ob. cit. p. 79 y siguientes.

Límites de estos derechos

Establecidos por el art. 545/1°. Su límite son las «necesidades personales del usuario o habitador». El concepto de necesidades personales es un concepto variable: aumenta y disminuye de acuerdo a las circunstancias (arts. 545 a 547).²⁵⁴

Si por el título constitutivo se le da una extensión mayor que desnaturalice el uso se ingresaría en el campo del usufructo, lo cual tiene importancia desde que no tienen lugar los caracteres de indisponibilidad e inembargabilidad.

Inherencia personal

Art. 549. El vínculo a la persona del titular del derecho es más fuerte que en el usufructo y ello trae como consecuencia que:

- a. solo se refiere a las necesidades personales de su titular;
- b. es incedible (art. 549);
- c. es inembargable (art. 2368 n.º 8). La razón de la incedibilidad surge de que la extensión del derecho la dan las necesidades del titular y no las del cesionario;
- d. no puede beneficiar a una persona jurídica (hay una ‘incapacidad específica de goce’).

Constitución y extinción

El art. 542 remite a las normas de usufructo para la constitución y extinción de estos derechos.

La habitación y uso legales resultan de:

- a. los previstos por el art. 881, en la redacción dada por la ley n.º 16.081, que creó derecho de habitación para el cónyuge supérstite y conjuntamente un derecho de uso respecto de los muebles que alhajaban el hogar conyugal; generan interés algunos casos en que fueron llamados nuestros jueces a resolver por el derecho real de uso y habitación del cónyuge supérstite. En una sentencia comentada, el debate se centra en determinar en caso de que el viudo o viuda sea propietario de bienes inmuebles pero no de similares características con el que fuera sede del hogar conyugal, si pervive o no el mismo derecho. En este caso el Tribunal entendió que subsistía el derecho de la viuda ya que ella tenía en su patrimonio: un apartamento arrendado, que no se compadecía con la que fuera su casa, hogar conyugal.²⁵⁵ La ley n.º 18.246, de 27 de diciembre de 2007, de Uniones concubinarias, extendió este beneficio para los concubinarios supérstites bajo condición de que la unión se haya extendido al menos durante diez años, el sobreviviente tenga cuando menos 60 años de edad y no pueda satisfacer sus necesidades habitacionales;
- b. la previsión del art. 23 de la ley n.º 16.095, de 26 de octubre de 1989, que crea derecho de habitación para discapacitados. Recientemente se volvió a legislar en materia de personas con discapacidad, en la ley 18.651 de marzo del año 2010, llamada de protección integral de personas con discapacidad.

²⁵⁴ Yglesias, ob. cit. p. 81.

²⁵⁵ Gómez. «Derecho real de habitación del cónyuge supérstite», *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 13. Sección jurisprudencia anotada. Montevideo, FCU, 1998. pp. 77-80.

Derechos y obligaciones

En cuanto a los derechos y obligaciones del usuario y el habitador la ley no remite a las normas del usufructo, sin perjuicio de que habrán de tenerse presentes en cuanto pueden aplicarse a cada caso concreto por analogía.

Se establece que:

- a. no hay obligación de afianzar (art. 543/1°);
- b. hay obligación de inventariar en caso de (art. 543/2°):
 - habitación;
 - cuasi-uso.
- c. obligación de contribuir a las expensas ordinarias de gastos y conservación en proporción al beneficio que el predio les reporta (art. 548);
- d. el usuario solo tiene derecho a los frutos comunes, no a los de mejor calidad. Puede modificarse por acuerdo de partes (art. 547).

Servidumbre

Concepto

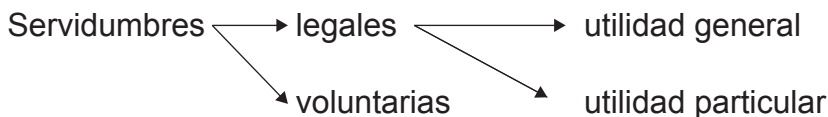
Se considera a las servidumbres como un gravamen por cuanto el artículo referido las observa desde el punto de vista del titular del predio sirviente, para el cual constituye una limitación de sus facultades. Desde el punto de vista del predio dominante, la servidumbre es un derecho, un poder, un aumento de las facultades respecto a un predio ajeno. (Art. 550 CC.)

Elementos

- a. Coexistencia de dos predios de diferente dueño. No constituye servidumbre la realización por parte de una persona dueña de dos fracciones de una senda de paso entre dos potreros.
- b. Predios generalmente vecinos. Este elemento no es de esencia; v. gr. las servidumbres de cortar leña o sacar agua.
- c. Gravamen de un predio consistente en un *no hacer*, en cuyo caso es negativa (v. gr. servidumbre de vista) o en *soportar*, siendo en tal caso activa (v. gr. servidumbre de paso) en utilidad de otro predio.
- d. La causa de la servidumbre es el beneficio que se produce en el predio dominante.
- e. Necesidad de acto constitutivo: escritura pública o sentencia de donde surja el derecho y se determine su alcance y contenido.²⁵⁶

Clasificaciones

Primera clasificación. Servidumbres legales (o forzosas) y voluntarias



El art. 555 establece esta clasificación que atiende a la fuente de su constitución. El art. 556 preceptúa que las legales tienen por objeto la utilidad general, de un pueblo o de los particulares, mientras que el art. 557 dispone que solo las que tienen por objeto la utilidad de los particulares pueden ser derogadas o modificadas por estos. De ahí la importancia de determinar quien es el beneficiado por una servidumbre legal.

²⁵⁶ Del Campo, *Bienes*. Volumen II, p. 111.

Conceptuación.

Servidumbres legales

Son aquellas que ha establecido el legislador, no requiriéndose para su constitución la voluntad del titular del predio sirviente, por eso también se llaman forzosas. Un sujeto tiene un derecho personal a la servidumbre que luego de constituida se transforma en un derecho real de servidumbre.

La existencia de un total acuerdo de voluntades entre los titulares de los predios no les quita el carácter de legales, ya que aun cuando inexistiera acuerdo igualmente se hubiera llegado al mismo resultado. La diferencia consiste en que la determinación y alcance de la servidumbre se habría producido por vía judicial. Por ej. art. 586.

Servidumbres voluntarias

Son aquellas en las que las partes por medio de un acuerdo de voluntades o por una manifestación de voluntad testamentaria constituyen el derecho real. También lo son las que se constituyen por prescripción, pues se entiende que hay una aceptación tácita del dueño del predio sirviente.

Tienen como fuente el «principio de la autonomía de la voluntad».

Servidumbres legales y limitaciones al derecho de propiedad

Hay ciertas disposiciones del CC que si bien están colocadas en el título referido a las servidumbres, la doctrina es contraria a tal conceptuación; v. gr. arts. 613, 619.

Las obligaciones que resultan de estas normas no implican la existencia de un predio dominante y un predio sirviente; no se trata de limitaciones excepcionales al derecho de propiedad, sino que son limitaciones generales para todos los predios, que se basan en el derecho de vecindad. Se trata de *obligaciones recíprocas*.

Se trata de una situación jurídica en que se encuentran todos los predios, lo cual hace que sea el estado natural de la propiedad.

Messineo distingue entre servidumbres y limitaciones al derecho de propiedad.

| Servidumbres | Limitaciones |
|---|---|
| 1. Son una carga para un predio y un beneficio para otro. | Son cargas recíprocas entre predios. |
| 2. Generan derecho a compensación. | No generan derecho a compensación. |
| 3. Necesitan un título constitutivo. | Surgen automáticamente por disposición de la ley. |
| 4. Se extinguen por el no uso. | No se extinguen por el no uso. |

Las limitaciones al derecho de propiedad pueden modificarse mediante la constitución de servidumbres voluntarias.

Segunda clasificación. Servidumbres continuas y discontinuas

El art. 551 establece 2 requisitos para calificar la continuidad o discontinuidad:

- a. si es necesario o no un hecho actual del hombre;
- b. que se ejerza a intervalos más o menos largos.²⁵⁷

²⁵⁷ Del Campo, ob. cit. pp. 17-18.

Los dos requisitos no armonizan entre sí, por lo cual la doctrina a efectos de determinar la continuidad emplea el criterio de la necesidad o no de un hecho actual del hombre para su ejercicio.

Así:

- a. las servidumbres de luces: son continuas porque no se requiere un hecho actual del hombre para su ejercicio. Hecha la abertura, la luz ingresa sin necesidad de que actúe su titular;
- b. las servidumbres negativas: son todas continuas;
- c. la servidumbre de paso: es discontinua;
- d. la servidumbre de acueducto: puede ser continua o discontinua, según se requiera o no un hecho actual del hombre para su ejercicio, es decir, será discontinua siempre que haya que abrir una llave, prender una bomba, etcétera.

Tercera clasificación. Servidumbres aparentes e inaparentes

Art. 552. La distinción se basa en que haya signos u obras materiales que indiquen la existencia de la servidumbre.

Son aparentes las que implican la existencia de signos que hacen ver la existencia del gravamen.

Importancia de las clasificaciones 2ª y 3ª.

Cuando las servidumbres son continuas y aparentes a la vez, pueden adquirirse por prescripción (632) y defenderse mediante acciones posesorias (659).

Solo las servidumbres aparentes pueden constituirse por destinación del padre de familia (635).

Solo las inaparentes y discontinuas pueden adquirirse por reconocimiento (634).

Constitución de servidumbres voluntarias

Las servidumbres voluntarias no tienen porque limitarse a las hipótesis que señala el legislador como servidumbres legales (art. 621). El contenido del derecho a favor del predio dominante puede ser cualquiera, siempre que: a) signifique una utilidad para el predio mismo y b) no consista en un hacer del propietario del predio sirviente.

En cuanto a su contenido rige el *principio de autonomía de la voluntad* (pilar básico del Derecho Privado), pero no es admisible que se viole ni el orden público, ni las leyes (pilares básicos de los derechos reales y de la vida en sociedad, respectivamente). Rige la denominada *tipicidad abierta*.

Formas de constitución (art. 632 y ss.)

- a. Por título hábil para constituir derechos reales y tradición (art. 632). Rige el principio *prior in tempore, potior in iure*.
- b. Por sucesión testamentaria (art. 632).
- c. Por prescripción, cuando son continuas y aparentes, a la vez (art. 633).
- d. Por reconocimiento expreso del titular del predio sirviente (art. 634). Solo rige para las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, esto es, las que no son continuas y aparentes, a la vez.

- e. Por destinación del padre de familia (art. 635). Es una forma tácita de constitución de servidumbres que rige solo para las servidumbres aparentes. La judicatura ha requerido:
- comunidad de origen.
 - relación de dependencia impuesta en forma de servicio por el dueño común de uno de los predios respecto al otro.
 - ausencia de toda convención expresa sobre el cese del servicio en la escritura de enajenación de cualquiera de los dos predios.²⁵⁸

Extinción de las servidumbres (arts. 643 y ss)

- a. Consolidación o confusión. Ocurre cuando en una misma persona se reúne las calidades de titular del predio sirviente y del predio dominante.
- b. Remisión o renuncia del titular del predio sirviente. Puede ser gratuita u onerosa.
- c. Resolución del derecho del constituyente (art. 624).
- d. Vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria establecida convencionalmente.
El art. 586 establece un supuesto de condición resolutoria implícita.
- e. No uso durante 10 años. El plazo se cuenta en diferente forma, según el tipo de servidumbre:
- si es servidumbre discontinua, se cuenta desde que dejó de usarse.
 - si es continua, desde que se realizó un acto contrario a la servidumbre (v. gr. se tapó el acueducto).
- f. Cambio de estado de los predios que haga imposible su uso. La servidumbre puede revivir si cesa la causa que imposibilitaba su ejercicio. Por ello, más que una causa de extinción es una causa de suspensión.²⁵⁹

258 *ADCU*, T. XVIII, ficha 1184.

259 Del Campo, ob. cit., pp. 83 a 86.

Posesión

Concepto (art. 646)

El CCU diferencia la posesión y la cuasi-posesión, confundiendo la cosa con el derecho que sobre ella se tiene. En puridad, toda posesión es el goce de un derecho, pero cabe distinguir como lo hace Ramírez,²⁶⁰ conforme al CC:

- a. posesión: ejercicio del derecho de propiedad,
- b. cuasi-posesión: ejercicio de otros derechos, sobre los que haya inmediatez o vinculación directa con la cosa. Se excluyen los derechos reales de garantía.

El precepto recibe la teoría subjetiva de Savigny.

Diferencia entre propiedad y posesión

El poseedor típico es el propietario. La posesión es el hecho revelador de la propiedad, la manifestación externa del dominio. Para Troplong, «es la manifestación a los ojos de todos del derecho de propiedad».

Normalmente, el propietario (quien tiene el derecho de poseer —derecho a iniciar acción reivindicatoria—) es quien tiene la posesión, en cuanto, tiene el derecho de gozar de la cosa con ánimo de dueño; pero, puede ocurrir que exista una discordancia. En efecto, la posesión puede tenerla un tercero, que sería quien actuaría como dueño, aun cuando aquél mantenga su *status*. Más aún, puede ocurrir que otra persona tenga el derecho de posesión (art. 490). De la simple observación de los hechos no es posible determinar quien es propietario, quien es poseedor no propietario y quien es tenedor.

Por ello, para explicar en que consiste la posesión se formularon, principalmente, dos teorías: la subjetiva de Savigny y la objetiva de Ihering.

La doctrina subjetiva (Savigny)

Para esta teoría para que haya posesión se requiere la concurrencia de dos elementos:

- a. elemento material: la relación efectiva con el objeto, la realización de actos sobre el mismo. Es la tenencia de la cosa, el goce del derecho (*corpus*);
- b. elemento psicológico: el ánimo de tener la cosa como dueño (*animus domini*).²⁶¹ La falta de cualquiera de estos elementos implica que no hay posesión. Por ej. el arrendatario tiene la cosa, el *corpus*, pero carece del ánimo de dueño, del *animus domini*. Por eso hay mera tenencia y no posesión.

²⁶⁰ Ramírez, *Curso de Derecho Civil I*, T. 3, Dra. Ferrando y Dr. Ramírez, p. 4 y ss.

²⁶¹ Del Campo, ob. cit. pp. 90-91.

No debe confundirse el ánimo de dueño con la creencia de ser dueño. El primero puede existir aún en el poseedor de mala fe, o sea en el que le consta que no tiene título o que el que tiene es vicioso o insuficiente. Para la creencia de ser dueño, se requiere buena fe.

Ánimo concreto o abstracto

¿Qué ánimo se requiere? El concreto, es decir el que tiene la persona en un momento dado o el abstracto o típico, o sea el que tiene cualquier persona que se encuentra en una situación determinada.

Si admitimos el ánimo concreto, dependería de cada persona determinar si hay posesión o mera tenencia, por lo que la naturaleza de la relación quedaría librada a la voluntad de quien tiene la cosa.

La trascendencia del fenómeno posesorio exige una mayor precisión, por lo que los partidarios de la doctrina subjetiva reciben el ánimo abstracto o típico. Es decir, se observa el ánimo que el sujeto *debe tener* y no el que realmente tiene. No importa el ánimo de cada comprador o arrendatario en especial, sino el del comprador o arrendatario tipo. Por ende, el arrendatario siempre es mero tenedor, aun cuando individualmente tenga *animus domini*.

Por lo tanto, se sustituye la voluntad del sujeto por la causa de la posesión, lo cual hace que se la denomine *teoría de la causa*. El *animus domini* es eliminado y se sustituye por la causa en virtud de la cual se posee o se tiene la cosa.

A esta teoría se le critica que no establece como se prueba el *animus domini*, ni quien debe probarlo. Por ello, el CC admite que con la sola prueba del elemento material se prueba la posesión (art. 666). Se atiende solo a las condiciones exteriores, no exige la prueba del *animus*.

La doctrina objetiva (Ihering)

Para ambas doctrinas, la simple relación de lugar, el simple contacto material no querido (la yuxtaposición local) no llega a interesar al Derecho. Sólo hay posesión o mera tenencia, cuando hay un «acto de voluntad tendiente a satisfacer un interés». Por ejemplo, no hay posesión en el caso del preso con las esposas que lo tienen amarrado, ni en el caso del enfermo con la camilla que lo lleva, etcétera.

Ihering postula su teoría por un problema de orden práctico, de orden procesal: la dificultad de probar el ánimo.²⁶²

Mientras la doctrina subjetiva parte de la tenencia para probar la posesión, la doctrina objetiva parte de la posesión para llegar a la tenencia.

Para Ihering, donde se pruebe el *corpus* debe admitirse la posesión y por ende, la protección posesoria, salvo que el contrario pueda demostrar que la ley ha exceptuado a esa persona de la protección posesoria,

- a. ya sea porque es un bien que no es susceptible de posesión (v. gr. bien nacional de uso público),
- b. ya sea porque quien detenta el bien lo hace a nombre de otro (existencia de una *causa detentionis*) (v. gr. se es mero tenedor: arrendatario, depositario, acreedor prendario, comodatario).

²⁶² Del Campo, ob. cit. pp. 93-94.

No es que falte ánimo de dueño, sino que hay una prohibición legal. La doctrina objetiva no requiere el ánimo de dueño, pero sí la necesidad de que exista voluntad para que haya posesión («una relación de lugar querida»).

La *causa detentionis* implica la existencia de una causa que impide a un sujeto ser poseedor de un bien y consiste en un obstáculo establecido por el legislador que se traduce en que a pesar de tener la cosa (*corpus*) no tenga la calidad de poseedor. Sólo se da en la mera tenencia relativa. Ese obstáculo debe probarlo quien niega la calidad de poseedor; v. gr. en razón de que es arrendatario, mandatario, depositario, etcétera, quien se encuentra en el bien.

Concepto de mera tenencia (art. 653)

Doctrina subjetiva

Tenencia de una cosa a nombre de otro, reconociendo en otro la calidad de dueño; se tiene el *corpus*, no el *animus domini*.²⁶³

Doctrina objetiva

Relación de una persona con una cosa con efectos jurídicos menores a los de una relación de posesión. Se tiene el *corpus*, pero existe una *causa detentionis* o la relación material se desarrolla sobre un bien que no puede ser objeto de posesión.

Fundamento de la protección posesoria

Para la doctrina subjetiva de Savigny, se procura interdictar la violencia, evita que se haga justicia por la propia mano.

Se le critica que no explica porqué se niega la protección posesoria al mero tenedor.

Para la doctrina objetiva de Ihering, la protección posesoria tiene como fundamento defender al propietario. Si no existieran las acciones posesorias, el propietario, que normalmente es quien posee, tendría que recurrir a la acción reivindicatoria para defender su derecho, que requiere un juicio ordinario.

Es cierto que excepcionalmente se protege al no propietario, pero al *dominus* siempre le queda la posibilidad de la reivindicación.

Al mero tenedor y al ocupante de un bien nacional de uso público no se le conceden acciones posesorias, por cuanto no son propietarios, ni pueden llegar a serlo, ya que donde no es posible la propiedad, no es posible la posesión.

Modernamente se han esbozado otras concepciones para fundamentar el amparo de la posesión. En dicho sentido puede mencionarse al autor²⁶⁴ Jean Carbonnier que hace caudal en valores como la paz social y el orden público el interés legislativo por regular y amparar la posesión.

Para Yglesias, está estrechamente vinculado con la herramienta legal para limar rigideces del derecho de dominio.²⁶⁵

263 Ramírez, ob. cit. p. 54 y 55.

264 Carbonnier citado por Yglesias en *ADCU*. T. XXIX, «Sobre el fundamento del amparo posesorio» pp. 603-621.

265 Yglesias, ob. cit. p. 61

Efectos de la posesión

El art. 649 del CC establece determinadas ventajas que la ley acuerda a quien se encuentra en posesión de un bien.

Presunción de propiedad

Al poseedor se lo presume propietario, mientras no se pruebe lo contrario. La presunción se basa en una comprobación fáctica: normalmente quien posee es el propietario.

Si no posee el propietario, para vencer al poseedor deberá, normalmente, iniciar un juicio reivindicatorio y demostrar su propiedad. No basta para el reivindicante demostrar que quien posee no es dueño, sino que debe probar su propiedad.²⁶⁶

Se le conceden acciones posesorias (art. 663/3)

Para tener acción conservatoria se requiere ser poseedor al momento de la perturbación; para tener acción recuperatoria, se requiere ser poseedor al momento del despojo.²⁶⁷

Derecho de posesión

Conforme al art. 490, todo propietario tiene el derecho de poseer sobre la cosa que le pertenece; pero esa cosa puede estar en poder de otra persona que la tenga con ánimo de dueño y ésta tendrá la posesión. Si la posesión ha continuado durante un año con los requisitos exigidos legalmente adquiere el derecho de posesión. Para tener la posesión basta poseer un momento, para tener el derecho de posesión se requiere poseer un año.

Requisitos de la posesión para adquirir el 'derecho de posesión' y para prescribir un bien

Conforme al art. 649 n.º 3, concordado con el art. 1196, para que se adquiera el derecho de posesión, la posesión debe cumplir con los siguientes requisitos: continua, no interrumpida, pacífica o tranquila, pública, no equívoca y en concepto de propietario.²⁶⁸

Ventajas que otorga el derecho de posesión:

- a. no tiene porque responder sobre la posesión. Ello no significa que el poseedor no tenga que probar los hechos de la posesión continuada por un año, sino que implica que vence a cualquiera que intente desplazarlo de la cosa por un juicio posesorio.
- b. tiene acciones posesorias especiales. Conforme al art. 663/3, todo poseedor tiene acciones posesorias, pero será menester tener el derecho de posesión en los casos de los incisos 1º y 2º del art. 663, es decir, cuando la acción se dirige contra el inmediato anterior poseedor.

Frutos

El poseedor hace suyos los frutos percibidos hasta el día de la contestación de la demanda cuando posee de buena fe. Coincide con la accesión discreta prevista por el art. 733.

Si es poseedor de mala fe, debe restituir todos los frutos que percibió durante la detención ilegítima y los que dejó de percibir por su culpa el propietario (art. 695).

²⁶⁶ Del Campo, ob. cit. p. 98.

²⁶⁷ Del Campo, ob. cit. p. 99.

²⁶⁸ Temática que se analizará con profundidad en el capítulo 9 de la tercera parte de este manual «Modos de adquirir el dominio.»

Concepto de buena o mala fe

El concepto de buena fe lo da el art. 693/1° y el concepto de mala fe el inciso 2° de dicho artículo.

Prescripción

La posesión por el tiempo determinado en la ley permite adquirir el dominio y los demás derechos reales que implican una vinculación directa con la cosa por prescripción.

Acción publiciana

Es la acción reivindicatoria, pero en éste caso no beneficia al propietario, sino a quien puede demostrar mejor título que quien posee la cosa en ese momento.

Vicios de la posesión (art. 650)

La violencia

La posesión es violenta cuando la aprehensión se verifica mediante el empleo de la fuerza o de la amenaza.

Puede ser violencia actual (física) o inminente (amenazas o violencia moral).

Dentro de este vicio deben incluirse los casos en que se entra en posesión del bien por la violencia (violencia por expulsión) y aquellos en que, habiendo entrado pacíficamente, aprovechando la ausencia del dueño, vuelto éste se lo repele por la fuerza (violencia por repulsión).²⁶⁹

Es poseedor violento tanto el que repele por la fuerza al dueño o al poseedor no dueño. Debe también incluirse la que se realiza contra el mero tenedor, el cual tendría la acción del art. 669 (acción de violento despojo).

Para Guillot, si el poseedor violento adquiere el derecho de posesión por haber pasado un año, se excusa de responder sobre ella (arts. 649 y 663).

Por su parte, conforme con el art. 1198, la posesión útil no principia hasta que ha cesado la violencia.

La violencia es un vicio relativo. Solo puede alegarse por el despojado y no por cualquier tercero. Lo mismo ocurre con la clandestinidad. Ello no significa que solo pueda alegarla la persona que sufrió la violencia, si tuvo lugar contra un mero tenedor, habrá despojo de la mera tenencia, pero también habrá despojo de la posesión, por lo cual habrá dos despojados y cualquiera de ellos podrá alegar el vicio e instaurar la acción del art. 669. La del art. 661 solo puede interponerla el poseedor.

La clandestinidad

Es lo opuesto a público. La posesión clandestina no puede dar derechos por cuanto el poseedor debe realizar sus actos como si fuera propietario y los propietarios no poseen clandestinamente.

También es un vicio relativo

No requiere que se enteren todas las personas, sino que es suficiente que se entere la persona perjudicada (ej. sótano que invade terreno ajeno).

²⁶⁹ Ramírez, ob. cit. p. 87 y siguientes.

Si del acto pueden enterarse todas las personas, pero no quien se perjudica (por ej. porque no fue por el lugar) no existe el vicio de la clandestinidad.

La violencia y la clandestinidad son vicios *relativos* en un doble sentido:

a. no son vicios de toda posesión, sino solo de la posesión útil para adquirir la posesión anual. Se reclama únicamente para enfrentar al anterior poseedor.

Para enfrentar a un tercero perturbador o despojante, el poseedor no necesita ser no vicioso.

b. solo pueden ser alegadas por quien las sufre.

Presunciones admitidas en la posesión

a. A pesar de que el artículo 646 exige para la posesión el corpus y el *animus domini*, en virtud de la dificultad de probar éste último, se admite que con la sola prueba del corpus se dé por probada la posesión.

Conforme al art. 666, que no dice que es una presunción, pero produce todos los efectos de ella, se evitan todos los inconvenientes que implica probar el ánimo: para que se le dé por justificada la posesión alcanza con probar la realización de actos que generalmente corresponden al propietario.

b. Al poseedor se le presume propietario (art. 649 n.º 1).

c. El art. 654 prevé dos presunciones de continuidad del ánimo: se presume que la intención con la que se ingresó al bien se mantiene durante toda la ocupación.

El art. 1199 regula la *interversión del título*. El concepto de interversión del título es genérico: opera tanto de tenencia a posesión, como de esta a aquella.²⁷⁰ En este caso interesa la que transmuta la calidad de mero tenedor en la de poseedor. La interversión provoca la transformación de la detentación de la cosa a título de mero tenedor en una posesión en concepto de propietario o de un titular de un derecho real menor, lo cual habilita al sujeto a usucapir el derecho en cuyo concepto posee.

Se facilita la prueba de la persistencia del ánimo.²⁷¹

d. El art. 654/3 prevé que todo aquel que prueba haber poseído en una época determinada y posee en la actualidad se presume que ha poseído el tiempo intermedio.

e. Conforme al art. 657, el que recupera legalmente la posesión perdida se entenderá haberla tenido durante el tiempo intermedio. Se le acredita al poseedor despojado que triunfa en el juicio posesorio, el beneficio de considerar que ha poseído sin interrupción.

270 Howard, ob. cit. p. 404.

271 «Debe tenerse presente que, conforme con la documentación de autos, los accionantes son calificados contractualmente como ocupantes precarios de la unidad adjudicada, esto es, como meros tenedores (art. 653 CC) y no como sus poseedores no habiendo evidenciado como era su carga la interversión del título de tenencia en posesión que como ha sostenido la Sala con anterior integración en posición que el actualmente concurrente a esta acción recoge y ratifica» (Sentencia 223/92 extractada en *Anuario...*, t. XXIII, p. 290, c. 843).

En función de lo expuesto, nuestro legislador permite distinguir conceptualmente:

Derecho de poseer

Tiene previsión legal en el art. 490 CC., y radica en la posibilidad que tiene el titular del dominio del bien (o un derecho real menor) de iniciar acción reivindicatoria. Por tanto la cara visible de este derecho, lo da la posibilidad de presentarse ante los Tribunales y reclamar contra cualquier tercero la restitución de la cosa.²⁷²

Derecho de posesión

Lo adquiere aquel poseedor que cumpla con un requisito temporal, esto es que se haya vinculado a la cosa por un tiempo de un año, acompañado de las características que prevé la ley en el artículo 649 inc. 3°. Se hace referencia a quien tiene la cosa, sin ser dueño o titular de un derecho real menor, y que poseyó por un tiempo de un año continuo, de manera pacífica y pública.²⁷³

La peculiaridad de este sujeto es que no pierde contra nadie en un juicio posesorio.

Posesión simple

No es necesario ser poseedor de un año completo para obtener respaldo del orden jurídico. La protección se da por ser el poseedor, a través del mecanismo de las acciones posesorias que se verán a continuación.²⁷⁴

Conviene establecer la diferencia con el concepto brindado en forma precedente, que al no reunir el requisito temporal del año de posesión, voy a triunfar el juicio posesorio, menos contra el que fue anterior poseedor con respecto a mí.

Mera tenencia

Recibe respaldo legal en el art. 653 CC., y se trata de que quien ostenta la cosa reconoce en otro la calidad de dueño, y así ejemplifica con la situación del arrendatario, comodatario, secuestre y acreedor prendario, no siendo una clasificación taxativa.

Acciones posesorias

El capítulo II del Título «De la posesión» trata 4 acciones: 3 acciones posesorias y otra que no lo es en forma exclusiva.

Las posesorias son:

- a. la *acción conservatoria o de amparo* (arts. 658-667); corresponde al poseedor que ha sido turbado o inquietado en su posesión por la realización de actos materiales de un tercero.²⁷⁵
- b. la *acción recuperatoria* (arts. 658-668); compete al poseedor que sido despojado violenta o clandestinamente de su posesión y privado de ella por cualquier otro medio injusto;
- c. la *acción de denuncia de obra nueva* (arts. 672-675); es la que ejerce el poseedor con el objeto de pedir que se prohíba toda obra nueva en el suelo que se halla poseyendo, así como las que perturban o impiden el goce de una servidumbre o la imponen.

272 Ramírez, ob. cit. pp. 13-14.

273 Ramírez, ob. cit. p. 16.

274 Ramírez, ob. cit. p. 17.

275 Ramírez, ob. cit. p. 56 y ss.

La que no es exclusivamente posesoria es la *acción de violento despojo*, prevista por los arts. 669 y 670. Esta acción se acuerda al que ha sido despojado de la posesión o de la mera tenencia y tiende a restablecer las cosas en el estado en que se hallaban antes del despojo, pudiendo después intentarse las acciones posesorias que corresponda.

Las acciones posesorias son juicios extraordinarios que tienen por objeto decidir acerca de la posesión, sin perjuicio de que se pueda luego revisar la sentencia en un juicio reivindicatorio, donde se decidirá sobre la propiedad.

Se dirigen a conservar o recuperar la posesión sobre los bienes inmuebles o de los derechos reales constituidos sobre ellos.

Carecen de acciones posesorias para su defensa

- a. Los bienes muebles, los que si bien son susceptibles de posesión no se reconocen acciones posesorias para su defensa. Las razones radican, según Guillot, en que para el legislador se trataba de bienes de escaso valor, por lo que una acción posesoria, más una eventual acción reivindicatoria, excederían en cuanto a los costos judiciales, su valor.
- b. Los derechos personales.
- c. Los derechos reales de garantía, en cuanto no implican la posesión del bien (carecen de la vinculación directa del titular del derecho con la cosa o si dicha vinculación, existe, se tiene la mera tenencia y no la posesión).
- d. Conforme al art. 659, tampoco hay acción posesoria sobre los objetos que no pueden adquirirse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas.

Regulación de las acciones posesorias

El art. 663, inc. 3° consagra el principio general en materia de acciones posesorias: el que la entabla solo tiene que probar que era poseedor en el momento de la perturbación o despojo.

Pero en ciertos casos debe probar, además, que ha poseído tranquila y públicamente (art. 649/3°) y con los requisitos de los arts. 650, 1196 y 1198 por lo menos un año completo. Conforme a los incisos 1° y 2° del artículo 663, ello es necesario cuando:

1. la acción conservatoria se dirige contra el anterior poseedor.
2. la acción recuperatoria se dirige contra el despojante o sucesor de éste, que tuviera la calidad de anterior despojado respecto del actor.

Análisis de la acción conservatoria del inciso 1° del artículo 663

A posee un campo. B lo despoja. Mientras B posee, A (que es el anterior poseedor) lo perturba.

Para ganar el juicio, B tendrá que probar que ha sido perturbado en su posesión y que ha poseído tranquila y públicamente por lo menos un año completo (es decir, que tiene el derecho de posesión).

En cuanto al concepto de anterior poseedor: No debe entenderse por tal a cualquiera que haya poseído el bien antes del perturbado.

Si hubiera transmisión de la posesión, el trasmittente no podría considerarse como poseedor anterior respecto del adquirente. Aún más, éste podría adjuntar su posesión a la de su antecesor para llegar al derecho de posesión (art. 1206).

Por ello es poseedor anterior, el que ha poseído sin transmitir la posesión al perturbado, pero inmediatamente antes de éste. Si no existiera esta exigencia de inmediatez, el perturbado tendría que demostrar la posesión anual contra personas que han poseído el inmueble mucho tiempo antes, lo cual desnaturalizaría el instituto.

Análisis de la acción recuperatoria del inciso 2° del art. 663

A posee un campo. B lo despoja. A despoja a B, recuperando su posesión.

B puede iniciar acción posesoria contra A que es el despojante que tiene la calidad de anterior despojado respecto del actor (B),

B tendrá que probar que:

- a. estaba en posesión del campo en el momento del despojo;
- b. ha sido despojado por A;
- c. ha poseído tranquila y públicamente por lo menos un año completo.

Igual prueba deberá producirse si la acción se dirige contra el sucesor del despojante (art. 668).

El inciso 2° solo se refiere al caso en que el actor ha sido antes despojante del demandado. Si la acción se dirige contra cualquier otra persona, no requiere probarse la posesión anual.

Prueba de la posesión

El CC exige que la prueba sobre la posesión resulte de hechos materiales, ejecutados directamente sobre la cosa, que revelen que su autor es dueño o procede como tal.

Para Guillot, actos como el pago del Impuesto de Contribución Inmobiliaria o un arrendamiento efectuado por el poseedor a un tercero, como no tienen naturaleza análoga a los que menciona el art. 666, no constituyen por sí solos prueba de la posesión.

Los actos materiales deben haber sido «ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión», por cuanto si existe dicho consentimiento, el autor sería mero tenedor, en cuanto habría obrado a nombre de otro.

Los medios de prueba admisibles para la posesión son todos. Normalmente, se probará por testigos, pero también puede probarse con ciertos documentos, como una sentencia recaída en un juicio posesorio anterior, etcétera.

Eficacia del título de propiedad

El art. 665 prevé que no se tomará en cuenta el dominio que alegue una u otra parte. Sin perjuicio de ello, los títulos de propiedad pueden tomarse en cuenta para demostrar hechos distintos al dominio. Por ejemplo: que el anterior poseedor ha transmitido la posesión o en caso de que haya que demostrar la posesión anual, añadiendo la posesión actual a la del causante.

Si no se admitiera esta prueba sería imposible probar la adjunción de posesiones (art. 1206).

Acciones posesorias del usufructuario, usuario y habitador (art. 667)

Conforme al art. 667/1°, los titulares de derechos reales limitados pueden ejercer por sí las acciones posesorias dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus derechos, aun contra el propietario mismo.

Además de tener acción para proteger sus derechos tienen acciones contra el poseedor o perturbador del dominio, pues puede llegarse a afectar su derecho, ello sin perjuicio del

art. 530, que obliga a poner en conocimiento del propietario las perturbaciones que se produzcan.

Respecto a la propiedad plena, el titular del derecho real menor carece de acción, pues en referencia a ella es un mero tenedor: solo puede actuar el nudo propietario.

Las sentencias dictadas respecto a los derechos reales menores obligan al propietario, es decir, éste debe reconocer su contenido. Al contrario, si se refieren al dominio o a derechos anexos a él (v. gr. servidumbres), no valdrán contra el *dominus* que no haya intervenido.

El nudo propietario puede intervenir, aun cuando la ley no lo diga, en la defensa de los derechos reales menores, pues los actos del perturbador podrían afectar su derecho, en cuanto:

- a. son similares las condiciones para prescribir el dominio y un derecho real menor;
- b. puede prescribir un derecho real menor una persona con mayor expectativa de vida que el actual titular.²⁷⁶

²⁷⁶ Para un desarrollo más profundo de la referida temática, que excede el ámbito de este Manual, puede consultarse: Yglesias, *Derecho de las Cosas*, T. II, La posesión y sus circunstancias.

Reivindicación

Principio general

El principio general en materia reivindicatoria lo consagra el artículo 676 CC que establece el derecho de cada propietario de perseguir en juicio su cosa. Consiste en reclamar que se reconozca al propietario los derechos que tiene, haciendo cesar la posesión por otra persona sobre el bien.

Al tener *carácter real*, puede seguirla contra cualquiera que la detente. La persona del demandado no tiene más importancia que el encontrarse en medio del actor y su cosa.

Son *presupuestos* de la acción reivindicatoria:

- a. que el actor sea propietario del bien que se reivindica;
- b. que el mismo no se halle en posesión de la cosa;
- c. que el demandante posea la cosa y pretenda retenerla.

Para Mercant,²⁷⁷ la acción reivindicatoria protege al propietario contra una lesión específica al derecho de propiedad: su desconocimiento por la privación de la parte útil del dominio: la posesión.

Objeto de la reivindicación

Se halla regulado por los artículos 677 y 678.

Puede reivindicarse el dominio u otros derechos reales sobre bienes muebles o inmuebles.

La acción puede tener por objeto una cosa corporal o incorporeal (que será mueble o inmueble según la naturaleza del objeto sobre el que recae: art. 474).

El chileno Chacon²⁷⁸ considera que se exceptúan de la reivindicación las cosas muebles que el comprador haya comprado en feria, mercado, etcétera (art. 1213); sin embargo, no es así, ya que la reivindicación procede igual, con la única diferencia de que es necesario abonar al poseedor lo que pagó por ellas. Es una *reivindicación onerosa*, que según Lagarmilla²⁷⁹ se funda en mantener la seguridad del comercio. Mientras no se pague, el artículo establece un *derecho de retención* a favor del poseedor.

Lo que se requiere es que se trate de cosas determinadas, individualizables, particularizadas, *res singuloe*. De acuerdo al art. 678, puede reivindicarse una universalidad, pero solo en lo que tiene relación a las cosas que pertenecen al actor.

También puede reivindicarse una *cuota proindiviso* de una cosa, aún cuando la misma no sea susceptible de división real (v. gr. cuota de caballo de carrera).

No pueden reivindicarse: los derechos personales y el derecho hereditario.

277 Mercant, «Acción reivindicatoria», *RUDF*, n.º 1, Montevideo, FCU, pp. 32 y siguientes.

278 Chacon, citado por Lagarmilla, en *Las acciones y excepciones en materia civil*, Montevideo, Editor Claudio García, 1904, p. 83.

279 Lagarmilla, ob. cit. p. 82.

Sujeto activo de la acción

Pueden reivindicar el dueño o quien sea titular de un derecho real menor, debiendo mantener la titularidad del derecho desde que comienza la acción hasta la sentencia definitiva.

El comprador de un bien a quien no se le ha traido el mismo, no puede reivindicar, pues solo tiene un derecho personal contra el vendedor.

Para reivindicar un inmueble, basta con que el reivindicante tenga el derecho de poseer, aunque no haya tenido la posesión del bien en ningún momento.²⁸⁰ Quien adquiere el dominio recibe el derecho de poseer inherente a la propiedad (art. 490). Y si bien es cierto que sin posesión anterior no hay dominio y por consiguiente reivindicación, puede suceder que el reivindicante no haya tenido la posesión en cuanto es suficiente que haya poseído por sí o por su causante, bastando por tanto que el propietario que le transfirió el dominio haya podido transmitir y transmitido el derecho de poseer, aun cuando hubiera perdido efectivamente la posesión del bien.²⁸¹

El propietario con un dominio resoluble puede reivindicar. Si se cumple la condición durante el trámite del juicio hace cesar la demanda, pues el actor, pierde su legitimación.

El propietario cuyo derecho se halla sometido a una condición suspensiva no puede reivindicar, ya que no es propietario.

El titular de una promesa de enajenación inscrita es dudoso que pueda reivindicar, puesto que tiene un derecho real que es de garantía; puede ejercer acción publiciana (art. 649 n.º 6). Constituye una excepción al principio de que solo el propietario puede reivindicar.

Sujeto pasivo de la acción

Lo determinan los arts. 680 y 681 CC.

La acción se dirige contra el actual poseedor.

El mero tenedor que detenta la cosa solo es obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene (art. 1802). No tiene la personería, la representación del poseedor.

El juicio seguido contra quien no es el verdadero poseedor no obliga a éste; pero conforme al art. 683, si una persona *dolosamente* se hace pasar como poseedora cuando en realidad no lo es, se le da acción al reivindicante para la indemnización de los daños y perjuicios que se le puedan haber causado (Aplicación del art. 1319).

La acción reivindicatoria no procede contra los meros tenedores. Así, no es procedente la acción reivindicatoria promovida por el propietario de un inmueble contra el inquilino, ya que la misma solo se tiene contra el poseedor y no contra el mero tenedor.

En un caso jurisprudencial publicado en *ADCU*,²⁸² el actor expresa ser propietario de la moto Yamaha 125, que dejó en la estación de servicio del demandado en calidad de depósito para que fuera examinada a efectos de una probable negociación en base a la cual permutaría dicha moto por un automóvil. Se decidió que no procedía la acción reivindicatoria pues el demandado no es poseedor sino depositario, esto es, mero tenedor.

280 *ADCU*, T. XIV, f. 17.

281 *ADCU*, T. XXIV, f. 28, p. 17.

282 *ADCU U*, T. XXIV, f. 25, p. 17

Situación de la cosa durante el juicio

Enajenación o destrucción de la cosa por el demandado (art. 684)

El artículo solo refiere a bienes muebles y prevé el caso en que el demandado enajena la cosa a un desconocido o la destruye actuando dolosamente. La sanción a tal conducta consiste en que se le condenará a abonar lo que el actor jurase que la cosa valía, previa regulación del Juez si le pareciera excesivo.

Los romanos lo llamaban *ficta possessio*, pues el objeto de la reivindicación cambiaba, no se reivindicaba la cosa, sino su precio.

Solo puede tener por objeto bienes muebles, dado que los inmuebles por su sistema de publicidad no pueden enajenarse a persona desconocida; y por otro lado, siempre se mantendrá —por lo menos— la base territorial del mismo, aún cuando desaparezcan las construcciones.

El artículo va a tener aplicación cuando la reivindicación no pueda realizarse contra la cosa. Si el actor supiera quien la posee, tendrá acción reivindicatoria contra él, desde que su derecho tiene inherencia, es decir, puede perseguir la cosa en cualquier mano en que se encuentre.

Obtenida la reparación, se pierde la acción reivindicatoria; por lo que, si luego aparece la cosa, no tendrá acción. *La reparación implica enajenación.*

En caso de que la cosa que se reivindica sea enajenada y el adquirente la destruye, es menester distinguir si se hallaba de buena o de mala fe. Si se hallaba de buena fe, es decir, se creía dueño, el que va a responder frente a la reivindicación es el vendedor. Por el contrario, si era de mala fe, responderá solidariamente con el vendedor. Para la restitución rigen los incs. 3° y 4° del artículo 1316.

Prohibición de enajenar la cosa (art. 685)

El art. 685/1° sanciona con la nulidad el acto por el cual el reivindicante cede su derecho sobre la cosa luego de iniciado el juicio; mientras que, el inciso 2°, establece la nulidad para el caso de que el poseedor enajene o hipoteque la cosa, luego de iniciado el juicio e inscrita la demanda en el Registro pertinente (art. 17.8, ley n.° 16.871).

La doctrina considera que en realidad no nos hallamos ante un caso de nulidad, sino de inoponibilidad. Así, si el poseedor enajena la cosa y luego pierde el juicio, la venta debe considerarse válida, pero inoponible al actor, o sea, al verdadero dueño. Por ello, lo correcto hubiera sido admitir la enajenación en el estado en que la cosa se halla, sometida a las resultancias del juicio.

Secuestro de la cosa (arts. 686 CC y 309.2 CGP)

Tratándose de cosa mueble, el CC prevé que puede pedirse el secuestro cumpliendo con dos condiciones:

- a. que se pida como medida preparatoria para iniciar el juicio o una vez que se haya iniciado;
- b. que el actor pruebe el motivo en que se funda, o sea, el peligro que existe al dejar la cosa en poder del deudor (v. gr. porque la ha intentado enajenar).

Por su parte, el artículo 309.2 del CGP establece la exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar o su secuestro como diligencia preparatoria del juicio.

Situación del inmueble (art. 687)

En caso de tratarse de bienes inmuebles, el demandado sigue gozando de la cosa hasta que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. Como el demandado debe ser el poseedor y de acuerdo al art. 649 n.º 1º, se considera al poseedor dueño de la cosa, es lógico que mientras no se pruebe lo contrario siga gozando del bien.

Sin perjuicio de ello, el actor puede solicitar las providencias necesarias para evitar el deterioro del fundo y muebles anexos.

Diferencias entre acción reivindicatoria y acciones posesorias

Pretensión

En las acciones posesorias solo se reclama contra la perturbación o despojo de la posesión, no se reclama la propiedad.

En la reivindicación, se discute la titularidad del derecho de propiedad u otro derecho real menor, por eso debe probarse dicho derecho.

Bienes sobre los que recaen

Las acciones posesorias se conceden para conservar o recuperar la posesión de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos (art. 658).

La reivindicación puede tener por objeto bienes muebles o inmuebles (art. 677).

Prescripción

Las acciones posesorias prescriben al año contado desde la perturbación o despojo (art. 662).

La reivindicatoria no prescribe por sí sola, sino que se requiere que otra persona haya adquirido el dominio por prescripción.

Procedimiento

Las acciones posesorias se tramitan en juicio extraordinario; la reivindicatoria en juicio ordinario.

Sentencia

Las sentencias de los juicios posesorios dejan al vencido la posibilidad del juicio reivindicatorio para ser amparado en su pretensión.

La sentencia de la reivindicación posee efectos definitivos, en cuanto no podrá discutirse más el conflicto si no se producen modificaciones en el status de las partes.

Restitución de la cosa

El art. 688/1º establece en qué debe consistir la sentencia del Juez: absolución del poseedor o restitución de la cosa con sus frutos y accesiones.

El Juez señalará un plazo dentro del cual el poseedor vencido deberá cumplir lo sentenciado; en caso de que dentro de aquel no se cumpla, el actor podrá solicitar la ejecución *manu militari* del desapoderamiento.

Si la cosa fue secuestrada, el actor deberá pagar los gastos de custodia y conservación quedando a salvo el derecho de reembolso por el poseedor de mala fe. El secuestre tiene derecho de retención hasta la satisfacción de esos gastos (arts. 2286 y 2271). Si la posesión era de buena fe, el reivindicante deberá soportar los gastos del secuestre.

Lugar de restitución (art. 691)

El lugar en que se efectúa la restitución es el lugar en que ella se encuentra. Si durante el juicio, el demandado trasladó la cosa a lugar más distante, deberá retornarla al lugar en que se encontraba.

Si el bien es inmueble, el demandado cumple con dejarlo «desembarazado» y si es un edificio, con entregar las llaves (art. 692).

Frutos

Con respecto a los frutos de la cosa reivindicada es menester distinguir:

- a. el poseedor de buena fe debe restituir los percibidos luego de la contestación de la demanda;
- b. por su parte, el poseedor de mala fe deberá todos los percibidos durante su injusta detentación y todos aquellos que el propietario dejó de percibir por su culpa (arts. 694, 695 y 733) y que un buen padre de familia hubiera percibido.

El poseedor de buena fe no está obligado a restituir aquellos frutos naturales e industriales percibidos antes de la contestación de la demanda, pero que aún no los consumió, ya que para hacer la diferenciación entre los frutos a devolver el art. 694 tiene en cuenta el momento de la percepción.

Los frutos civiles se producen día a día y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción.

Conceptos de buena y mala fe

El art. 693 distingue cuando el poseedor es de buena o de mala fe. Para la buena fe, la ley exige dos requisitos:

- a. un título traslativo de dominio. Un arrendamiento, un depósito o un comodato no podrían ser tenidos en cuenta como títulos para justificar la buena fe, aún cuando el poseedor alegara que creía que eran hábiles, ya que el error de derecho no es excusable en nuestra legislación (arts. 2 y 1270 CCU).
- b. la ignorancia de los vicios que el título tiene. En realidad puede no tratarse de vicios del título, sino de falta de legitimación en la persona que le transfirió el derecho al poseedor; pero el CC engloba todas las situaciones dentro del concepto de *vicios*.

Si el título no fuera viciado, la reivindicación no hubiera prosperado, pues el demandado habría adquirido la propiedad plenamente.²⁸³ Precisamente, la buena fe consiste en creerse propietario cuando en realidad no se es.

¿Qué ocurre cuando el título es perfecto, pero hay un elemento viciado en el modo? Por ej.: el *tradens* no era plenamente capaz. Indudablemente el poseedor debe seguir considerando de buena fe.

283 Lagarmilla, ob. cit. p. 139 y ss.

Título putativo

La cuestión se centra en determinar si es necesario un título real o puede ser suficiente un título putativo. En materia de prescripción, el art. 1208 exige título verdadero, excluyéndose, por ende, el putativo, pero el art. 693, nada dice al respecto.

En Francia, Laurent²⁸⁴ decía que un título putativo no es un título viciado, sino la ausencia de título y cuando falta el título no puede hablarse de buena fe, lo cual lo aparta del art. 693, inciso 1°.

Para Baudry Lacantinerie,²⁸⁵ la palabra vicio tiene un sentido bastante lato y debe aplicarse aún a la inexistencia de título, debiendo en tal caso, el poseedor demostrar en base a que título se creía propietario a fin de demostrar que su error era justificable.

Para Lagarmilla,²⁸⁶ la buena fe en nuestro Derecho es una cuestión de hecho. Es un elemento subjetivo que hay que investigar por los datos que se manifiestan exteriormente. Normalmente, surgirá de un título real, pero cuando este no exista y un conjunto de causas permitan inferirla, la buena fe no puede negarse.

El poseedor con título putativo no puede ser de mala fe porque no coincide con lo previsto por el art. 693/2, ya que no le consta que le falta título, sino que muy por el contrario cree que lo tiene.

Concluye Lagarmilla²⁸⁷ que lo que hay que exigir no es la existencia real del título, sino la causa eficaz para que la buena fe haya podido nacer. Por tanto, podrá surgir de un título putativo, pero deberá probarse el error justificable de su convicción. Debe tratarse de un error excusable y una causa seria, que, en definitiva, valorará el Juez.

Prueba de la buena fe

En materia de prescripción, la ley ha establecido una presunción simple de buena fe (art. 1207); pero las presunciones desde que son las determinadas por una disposición especial de la ley son de interpretación estricta: se requiere una disposición especial que la consagre. No habiéndola en el juicio reivindicatorio la presunción no existe. Por tanto, en virtud del principio de que quien alega un hecho debe probarlo, el poseedor debe probar su buena fe.

Restitución de frutos

Poseedor de buena fe

Conforme al art. 694, el poseedor de buena fe solo debe restituir los frutos percibidos luego de la contestación a la demanda.

El artículo por su especialidad deja sin efecto los arts. 487 n.° 1° y 733 desde que en la sentencia reconoce al poseedor que nunca ha sido propietario como titular de los frutos percibidos hasta ese momento.

Fundamento de la disposición

Para Cimbali, si el propietario no cumple con la conservación de su propiedad actuando negligentemente es lógica la disposición por la que se premia a quien la explota.

284 Laurent, citado por Lagarmilla, ob. cit. p. 142.

285 Baudry Lacantinerie, citado por Lagarmilla, ob. cit. p. 142.

286 Lagarmilla, ob. cit. p. 149.

287 Lagarmilla, ob. cit. p. 151.

Por su parte,²⁸⁸ sostiene que como el poseedor debe tener un título que le genere la creencia de que es propietario y como por dicha transferencia debe haber desembolsado una suma de dinero es injusto que se le haga devolver lo obtenido trabajando la cosa que creía suya. Además si bien puede tener acción contra quien le enajenó la cosa, ésta puede resultar ilusoria si el enajenante es insolvente.

Poseedor de mala fe

Conforme al art. 695 debe restituir todos los frutos percibidos desde la injusta detentación y los que el verdadero dueño dejó de percibir por su culpa y que un buen padre de familia hubiera percibido.

La ley se refiere a los frutos de la cosa misma y no a los adquiridos por el trabajo del poseedor, aún cuando deriven de la cosa detentada. La jurisprudencia francesa ha decidido que en caso de reivindicarse un establecimiento industrial, el poseedor está obligado a restituir los frutos ordinarios, no aquellos beneficios extraordinarios que, si bien constituyen una consecuencia de la explotación del bien, se deben a la inteligencia del industrial. Sostener lo contrario, implica un enriquecimiento del propietario a expensas del poseedor.

Para reclamar los frutos es necesario que la cosa los dé. De acuerdo al art. 697 si se reivindica la nuda propiedad no hay lugar a exigir los frutos.

Con respecto a la posibilidad del poseedor de oponer la prescripción a la restitución de los frutos, Lagarmilla entiende que ello no es posible.

Gastos invertidos (art. 696)

Se trate de poseedor de buena o de mala fe, el reivindicante debe abonar al demandado los gastos ordinarios que ha invertido en la producción de los frutos.

El CCU dice «en toda restitución» por lo que no cabe distinguir entre la buena y la mala fe. Por otra parte, la solución coincide con lo dispuesto por el art. 734 que establece la obligación del dueño de abonar al tercero las expensas necesarias para la producción, recolección y conservación de los frutos. Asimismo, coincide con lo previsto por el art. 1308.

Los gastos a pagar son los *ordinarios*, es decir aquellos que la normalidad de los que se hallan en dicha situación hubieran realizado para obtener dichos frutos. Si para la explotación, el poseedor hubiera realizado gastos dispendiosos e innecesarios, ellos no deben restituirse.

El art. 696 solo rige la producción de los frutos, no las expensas hechas para la conservación y mejora general de la cosa, lo cual se rige por los art. 698 y ss.

Cargas y contribuciones periódicas

Si estas se consideran gravámenes de los frutos y deben serle abonadas al poseedor de mala fe y no al de buena fe, ya que corresponden a quien percibe los frutos.

Como el poseedor de mala fe no percibe los frutos, sino que lo hace el propietario a él corresponde su pago. En cambio, al percibirlos el poseedor de buena fe, él debe pagarlos.

²⁸⁸ Lagarmilla, ob. cit., p. 152.

Mejoras

En virtud de la equidad que debe regular las relaciones jurídicas y del principio romano de que nadie debe enriquecerse a expensas de otro, la reivindicación impone al vencido la obligación de indemnizar al propietario todos los menoscabos que sufra la cosa reivindicada, pero como contrapartida le da derecho a cobrar las expensas efectuadas para su conservación o mejora.

Obligaciones

De acuerdo al art. 704, el poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa; mientras que el poseedor de buena fe es responsable solo en cuanto se hubiera aprovechado de ellos.

La ley solo se refiere a los deterioros ocurridos por hecho o culpa del poseedor; ¿qué ocurre en caso de caso fortuito? De acuerdo al art. 1549 el caso fortuito extingue la obligación sin responsabilidad en daños y perjuicios, por lo que, el poseedor sea de buena o de mala fe nada debe al respecto. El poseedor de buena fe no es responsable por los deterioros de la cosa ni por su pérdida total, siempre que hayan ocurrido antes de la contestación de la demanda, para Lagarmilla y hasta el conocimiento de la demanda, en cuanto el poseedor de buena fe se cree propietario y por ende, cree que destruye cosa propia.

Clasificación de las mejoras

Si el poseedor efectuó obras en la cosa se le deben abonar, pero la obligación varía según la clase de trabajos efectuados. Las mejoras pueden ser de tres clases.

Mejoras necesarias son las invertidas en la conservación de la cosa y que si no se hubieran realizado la misma hubiera perecido.

Son gastos que mantienen el valor de la cosa impidiendo que la misma se pierda. Se diferencian de las expensas de entretenimiento o conservación que tienden a que la cosa no se deteriore (v. gr. pintar una pared).

Mejoras útiles son las que, sin ser necesarias, aumentan el valor de la cosa. Para diferenciarlas de las voluptuarias, la ley da el siguiente criterio: si se aumenta el valor de la cosa, es útil; si solo ha transformado la cosa en más cómoda para determinadas personas, es voluptuaria. La decisión en casos límites corresponde al arbitrio judicial.

Mejoras voluptuarias son las obras de lujo y ornato para comodidad o recreo. Son expensas que no aumentan el valor de la cosa, ni se han hecho por una necesidad urgente, sino que solo tienden a procurar un placer. V. gr. jardines, miradores, etcétera.

Pago de mejoras

De acuerdo al art. 698, «las expensas necesarias son abonables a todo poseedor de buena o mala fe». Desde el momento que se trata de mejoras que el propietario igualmente tendría que haber hecho, es obligado a abonarlas sin importar la fe del poseedor.

Conforme al art. 699/1°, las expensas útiles hechas antes de la contestación de la demanda son abonables al poseedor de buena fe, pero el propietario puede a su elección:

- a. pagar el importe de las mejoras, o
- b. pagar el aumento de valor que tenga la cosa.

Según Lagarmilla,²⁸⁹ el poseedor no podrá optar por llevarse los materiales, pues esas mejoras ya no le pertenecen desde que las adquirió el propietario por accesión (art. 731).

Al poseedor de mala fe la ley no le otorga derecho de cobrar las mejoras útiles: solo podrá retirarlos cuando pueda separarlos sin detrimento para la cosa y el propietario rehúse pagar el precio que los mismos tendrían una vez separados (art. 700).

Hay detrimento cuando la separación deje la cosa en peor estado que antes de ejecutar las obras (art. 702). Si el poseedor de mala fe no puede separar los materiales sin detrimento no podrá llevárselos, debiendo dejarlos, sin derecho a indemnización.

Las mejoras voluptuarias no son indemnizables ni al poseedor de buena ni al de mala fe. Solo tiene derecho a llevarse los materiales que puedan separarse sin detrimento, siempre que el propietario no quiera abonarles el precio que tendrían esos materiales una vez separados.

La buena o mala fe del poseedor se debe observar al tiempo en que fueran hechas las mejoras. No tiene relevancia que el poseedor tenga buena fe al adquirir la posesión si la perdió cuando se realizaron las mejoras.

Derecho de retención por las mejoras

El crédito del poseedor de buena o de mala fe por las mejoras necesarias (art. 698) y el de buena fe por las mejoras útiles (art. 699) hechas antes de la contestación de la demanda confiere derecho de retención. En los demás casos, el poseedor no goza del derecho (art. 2301/2).

El poseedor con derecho de retención no está obligado a devolver la cosa hasta que se le pague. Si la entrega no pierde su crédito, pero sí dicha garantía.

Mejoras debidas a la naturaleza

Conforme al art. 703 dichas mejoras no son indemnizables (v. gr. aumento de la cosa por aluvión: art. 754).

289 Lagarmilla, ob. cit. p. 190 y 191.

Modos de adquirir²⁹⁰

Introducción

Planteamiento

Los modos adquisitivos son los instrumentos que el ordenamiento jurídico coloca a disposición de los interesados para provocar el ingreso de un derecho en su esfera patrimonial.

El Libro Tercero del CCU denominado «De los modos de adquirir el dominio» se inicia con el art. 705, enunciando en su inc. 1° que los modos hábiles al efecto son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Y con el intento de reforzar esa idea, en el inciso 2° se preceptúa que los títulos de adquirir (primordialmente, contratos, pero también otros negocios jurídicos, fallos judiciales y la ley) sólo producen efectos personales, *ad rem*, es decir, únicamente generan derechos creditorios y obligaciones, no siendo por sí solos medios hábiles para la transmisión dominial.

La doctrina en general ha calificado de innecesario e incompleto lo preceptuado por el artículo de marras. Es innecesario, porque la catalogación de los citados como modos de adquirir resulta de otras disposiciones del cuerpo legal; *v. gr.* arts. 706, 731, 769, 775, 776 y 1188. Pero la regla también es incompleta, desde que si bien dichos modos lo son de adquisición del dominio, algunos tienen una esfera de acción más extensa, por cuanto (tradición y prescripción) asimismo son hábiles para la adquisición de otros derechos reales, como el usufructo, el uso, la habitación, ciertas servidumbres y la superficie.

Clasificaciones de los modos de adquirir

Modos originarios y derivados

El elemento caracterizador de esta clasificación es la determinación acerca de si el derecho se obtiene independientemente de un vínculo jurídico con un titular anterior o por la transmisión del derecho verificada de un patrimonio a otro. La adquisición es originaria «cuando el derecho que se une al sujeto surge en él directamente y de un modo autónomo, es decir, independientemente de una relación jurídica con una determinada persona». En cambio, la adquisición es derivada «cuando el derecho procede de una relación (con) otros de la cual deriva en favor del nuevo titular».²⁹¹

La trascendencia de la diferenciación radica en que en los modos originarios, al faltar una relación con otros sujetos de los cuales se derive el derecho y ser éste independiente de todo

290 El tema está más ampliamente tratado en: Howard, *Modos de adquirir*, 2ª ed., Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, 2010.

291 De Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, traducción de la 4ª edición italiana, Madrid, Instituto Editorial Reus, p. 237.

vínculo anterior, su existencia debe ser apreciada únicamente en relación con el hecho que permitió la adquisición, de manera que probado éste, se prueba el derecho adquirido.

En cambio, en los modos derivados, al devenir el derecho de un titular anterior, para la comprobación de su existencia en el adquirente, será menester comprobar que el derecho adquirido ya existía en el patrimonio de quien lo transmitió.

Los modos originarios proceden tanto para bienes que no se integran la esfera patrimonial de sujeto alguno (es el caso de las *res nullius* que nunca pertenecieron a nadie) como para bienes que, antes de la adquisición, ya integraban una esfera patrimonial diversa a la del adquirente. Son modos originarios de adquirir la ocupación, la accesión y la usucapión.

Los modos derivados, por el contrario, son aquellos en que la adquisición la efectúa una persona por el querer de otra o de la ley, de forma que al disponer de sus derechos deja de ser propietaria. Son modos derivados la sucesión *mortis causa* y la tradición.

Modos universales y singulares

Esta clasificación atiende a que los modos permitan la adquisición de uno o más bienes específicamente determinados o de un patrimonio en su conjunto.

Los modos singulares o particulares son aquellos por los que se adquiere una o más especies determinadas o aunque indeterminadas se las ha individualizado en cuanto a su género (tradición, ocupación, accesión, prescripción y sucesión *mortis causa* a título particular o de legado).

En cambio, los modos universales son los que permiten adquirir una universalidad, un conjunto de derechos y obligaciones no diferenciados, o en otros términos, hay indeterminación de los derechos y obligaciones adquiridos. Se trata de una adquisición que recae sobre un patrimonio entero o sobre una fracción de él: el pasivo se transmite conjunta y proporcionalmente al activo. En el Derecho civil uruguayo el único modo universal es la sucesión hereditaria, y por ella se transfieren todos los derechos pertenecientes a un patrimonio sin que sea necesario que se realicen los actos que la ley establece para la sucesión singular, esto es, no se realiza transferencia específica de cada bien.

Publicidad de la adquisición de derechos

La inscripción de documentos en los Registros Públicos es la forma más apta en la actualidad para permitir que cualquier sujeto tome conocimiento acerca de la adquisición, constitución, modificación y extinción de ciertos derechos. Mediante esta publicidad se logra que quien tenga interés conozca la situación jurídica referente a un bien o una persona.

En principio, en el sistema uruguayo, la publicidad provoca que un derecho adquiera oponibilidad *erga omnes*; de modo que a partir de su registración los terceros no podrán aducir que ignoran el derecho constituido. De esa forma se protege al propio titular del derecho, en cuanto se impide que los terceros lo desconozcan, pero también y principalmente, se auxilia a éstos, que cuentan con un medio de información fehaciente que les permite conocer la situación jurídica de los bienes en los que tengan interés y de las personas con las cuales han de celebrar negocios jurídicos.

Asimismo, la publicidad registral es especialmente apta para solucionar el conflicto entre dos adquirentes sucesivos de un mismo inmueble (o mueble registrable) o entre un adquirente y un tercero que adquiera un derecho que grave la cosa adquirida por aquél (*v. gr.* una hipoteca o un derecho real menor de goce). A guisa de ejemplo, si el titular de un bien lo enajena y luego constituye un derecho real menor a favor de otro sujeto, para determinar

si el primero adquirió el bien libre o gravado será menester tomar en consideración la fecha de inscripción de cada derecho; de manera que, quien haya precedido en la inscripción registral será favorecido por el ordenamiento jurídico (principio de prioridad que se enuncia en el aforismo *prior in tempore, potior in iure*).

En el Derecho uruguayo, la publicidad registral se regula, en lo primordial, por la ley n.º 16.871, de 28 de setiembre de 1997.

La actividad registral compete a la Dirección General de Registros, servicio técnico-administrativo, sometido a la jerarquía del Ministerio de Educación y Cultura (art. 1º) y cuyas funciones están especificadas por el art. 5º de la ley n.º 16.871.

Cabe destacar que existen tres Registros, que con diferente base de ordenamiento y competencia, inscriben todos los actos y hechos que la ley dispone. Dichos Registros son los siguientes:

a. *Registro de la Propiedad, que se divide en dos secciones: Inmobiliaria y Mobiliaria.*

La sección Inmobiliaria es de organización descentralizada, tiene competencia departamental respecto a los inmuebles ubicados en su departamento, la registración tiene base real (por número de padrón) y se efectúa mediante la previa matriculación de cada bien, respecto al cual en un folio real se van a inscribir las situaciones que lo afecten.

Existen para ello un Registro de la Propiedad —sección Inmobiliaria— en cada capital departamental y además dos Registros locales: el de Pando y el de Ciudad de la Costa, en ambos casos del departamento de Canelones. La multiplicidad de actos jurídicos inscribibles en este Registro se refiere principalmente por el art. 17 de la ley registral.

La sección Mobiliaria del Registro de la Propiedad está dividida en dos Registros de competencia nacional: el de Vehículos Automotores y el de Prendas sin Desplazamiento (art. 18), sin perjuicio de que en cada registro departamental y local existan oficinas delegadas en las cuales se inscriben los actos relativos a bienes situados en dichas circunscripciones territoriales.

La inscripción en el primero de dichos registros mobiliarios también tiene base real y se efectúa mediante la matriculación de cada bien en un folio real donde luego constarán todos los actos inscribibles relativos a él. El número de matrícula registral coincidirá con el número de padrón nacional del vehículo (art. 19 y ss. de la ley).

Conforme al art. 25 de la ley n.º 16.871, en la redacción dada por el art. 297 de la ley n.º 17.296, de 21 de febrero de 2001, se inscriben en este Registro los actos jurídicos que recaigan sobre vehículos automotores con aptitud registral, incluyéndose en este concepto los automóviles, tractores para remolque y semiremolque, camiones, camionetas, *pick up*, chasis de cabina, micro-ómnibus y similares.

En cambio, el segundo registro, el de Prendas, tiene base personal y se realiza con la previa matriculación del deudor o dador prendario (art. 29 y ss.).

De acuerdo al art. 4º de la ley n.º 17.228, de 7 de enero de 2000, los contratos de prenda sin desplazamiento se inscriben en este Registro, con excepción de los siguientes:

- los de vehículos automotores, que se inscriben en el Registro Nacional de Automotores;
- los de establecimientos comerciales e industriales, que lo hacen en el Registro Nacional de Comercio;
- los de derechos de propiedad industrial en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial; y

- los de bosques, en el Registro General de Bosques de la Dirección Forestal del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca.
- b. *Registro Nacional de Actos Personales*, que —conforme a los arts. 34 y ss. de la ley— tiene seis secciones: Interdicciones, Regímenes Matrimoniales, Mandatos, Universalidades, Sociedades Civiles de Propiedad Horizontal y Uniones Concubinarias.
- c. *Registro de Personas Jurídicas*, que según lo dispone el art. 294 de la ley de Presupuesto n.º 17.296, de 21 de febrero de 2001, se compone de tres secciones:
 - la sección Registro Nacional de Comercio (arts. 48 y ss. de la ley n.º 16.871); y
 - la sección Asociaciones Civiles y Fundaciones, constituida por lo que era el Registro de Personerías Jurídicas;
 - la sección Sociedades Agrarias, creada por la ley 17.777, de 21 de mayo de 2004.

Efectos de la publicidad registral

La publicidad registral en el Derecho uruguayo —atendiendo a sus efectos— puede clasificarse en declarativa, constitutiva y noticia.

- a. La publicidad declarativa es la más frecuente y su efecto es hacer oponible a terceros el acto inscripto. El derecho nace con anterioridad a la registración de la transmisión que lo produjo y el ingreso al Registro solo produce su oponibilidad *erga omnes*. Tienen este efecto las inscripciones de los instrumentos en los que se constituya, reconozca, modifique, transfiera, declare o extinga el dominio o derechos reales limitados de goce sea sobre inmuebles o vehículos automotores (arts. 17, ord. 1, 25, lit. A) y 54 de la ley n.º 16.871).
- b. La publicidad constitutiva tiene lugar cuando hace nacer el derecho, constituyéndolo (por eso se llama constitutiva) y a la vez, produciendo su oponibilidad *erga omnes* (art. 54, inc. final, de la ley registral). Es lo que acontece, por ejemplo, con el derecho real de hipoteca que no surge hasta tanto el contrato de hipoteca es inscripto. En estos supuestos, la publicidad no se requiere para la existencia o eficacia del derecho personal, por cuanto ellos no pueden oponerse a terceros, ni están adheridos a la cosa; sino que es necesaria para el nacimiento del derecho real que es el oponible *erga omnes*. La inscripción registral no altera la naturaleza del derecho personal, ni le agrega nada, sino que hace surgir un nuevo derecho que se agrega al primero y que tiene diferente naturaleza (de derecho real)²⁹². Son ejemplos de publicidad constitutiva, además de la inscripción de la hipoteca, la registración de la prenda sin desplazamiento y del embargo.
- c. La publicidad noticia tiene por función informar sobre el acto registrado y carece de trascendencia tanto respecto a la oponibilidad de lo inscripto frente a terceros, como al nacimiento del derecho. Por consiguiente, la omisión de inscripción del acto que debiendo estar inscripto no lo está, no provoca su inexistencia, ni su inoponibilidad. De acuerdo al art. 56 de la ley n.º 16.871 son supuestos de publicidad noticia, entre otros, la designación de inmuebles a expropiar o la declaración de monumento histórico (ley n.º 14.040). También constituyen casos en que la inscripción cumple únicamente un rol de noticia las inscripciones del negocio jurídico partición, del certificado sucesorio de resultancias de autos y del testimonio de la sentencia que declara la usucapión de un inmueble.

292 Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. VIII, Montevideo, 1989, p. 106.

Ocupación

Planteamiento

La ocupación, también denominada apropiación, es un modo adquisitivo regido, en lo fundamental, por los arts. 706 a 730 del CCU. Por su intermedio es posible alcanzar el dominio de cosas muebles que no pertenecen a nadie, sea en razón de que nunca correspondieron a persona alguna, sea que tenían titular, pero éste las abandonó.

Se trata de un modo de adquirir la posesión y la propiedad (y no otros derechos reales o personales) y estructuralmente se caracteriza por la entrada en posesión del bien que se ocupa, que de regla sólo puede tener lugar por la aprehensión material de la cosa.

Los bienes cuya titularidad se consigue por este medio deben ser aquellos que están en el comercio, pero que no pertenecen a nadie (*res nullius*), ya sea porque nunca integraron la órbita patrimonial de ningún sujeto o porque su titular los abandonó (*res derelictae*). Los primeros emanan de la propia naturaleza, los segundos pueden derivarse de ella o de la actividad humana; aquellos nunca estuvieron sometidos a titularidad alguna, los últimos integraron la órbita patrimonial de un sujeto, pero éste se desprendió voluntariamente de ellos.

De modo que los bienes susceptibles de ocupar son:

- a. aquellos que nunca han pertenecido a nadie (*res nullius*); *v. gr.* animales fieros o salvajes, piedras, conchas y otras sustancias que se encuentran en las riberas del mar (arts. 708 y 718);
- b. o bien, los que fueron abandonados voluntariamente por sus dueños (*res derelictae*). A diferencia de los anteriores, en estos últimos se reconoce la presencia de un dominio anterior, de manera que, es menester que haya existido el propósito de abandonarlos por parte de quien tenía su titularidad; *v. gr.* las monedas que se arrojan para que las haga suya el primero que las ocupe (art. 719), el periódico que queda en el banco de la plaza una vez leído o los residuos que se depositan en la acera. Se trata, pues, de bienes que al ser abandonados por su titular, asumen la calidad de *res nullius*.

El CCU también incluye entre las cosas susceptibles de adquirir por este modo a los tesoros (arts. 720-724) y a las cosas extraviadas o perdidas por sus dueños (arts. 725 y ss.), hipótesis que no constituyen, en puridad, supuestos de adquisición por ocupación.

La ocupación un modo de adquirir originario y singular. Es originario porque no se adquiere el derecho del anterior titular, sino independientemente de la voluntad de él, en caso de que lo hubiera; y es singular en tanto sólo opera como modo de lograr el dominio de cosas individualizadas y no universalidades. Además, es un modo instantáneo de adquirir la propiedad, lo cual lo diferencia de la usucapión.

Estructura del CCU

El art. 706 del CCU, en su primer inciso, conceptualiza a la ocupación como el «modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie», excluyendo aquellas cuya ocupación prohíbe la ley o el derecho internacional.

El inc. 2° clasifica los tipos de ocupación en dos grupos: la caza y la pesca, por una parte, y la invención o hallazgo, por otra.

La caza y la pesca es el modo de ocupar a los animales salvajes, cuyo concepto —como se verá— disiente del que vulgarmente se tiene por tal.

La invención o hallazgo es la manera de obtener cosas inanimadas que no pertenecen a nadie, pero el articulado no agota sus previsiones en la adquisición de esas cosas, sino que también regula la situación de bienes respecto a los cuales es controvertida la procedencia de su adquisición por el modo en estudio (descubrimiento de tesoro), con otros en que directamente no existe, ni por asomo, ocupación (encuentro de cosa perdida). Estas figuras, que si bien admiten la calificación de invención (del latín *invenire*: encontrar) o de hallazgo, no configuran, entonces, hipótesis en las que la aprehensión de la cosa se traduce en la adquisición del dominio, por lo que, salvo una tradición que es seguida desde el Derecho romano, nada justifica su inclusión en el modo que se está analizando. En efecto, faltan en ellas los elementos esenciales del modo ocupación; en el tesoro, la adquisición no se produce por la aprehensión material sino por el descubrimiento de los objetos que lo componen y aún producido éste, salvo el caso en que lo hace el dueño del predio donde fue hallado aquél, no se le atribuye la titularidad del todo al descubridor (art. 721); mientras que, en el encuentro de cosas extraviadas, la separación con el modo de adquirir ocupación alcanza una magnitud tal que ni siquiera permite, en caso alguno, la adquisición por el hallador de las especies halladas (arts. 725 y ss.).

La caza y la pesca

La caza y la pesca consisten en todo medio o artificio utilizado por el hombre destinado a adquirir la titularidad de los animales susceptibles de ocupar (salvajes o domesticados que han retornado a su primitiva libertad).

La ocupación en estos casos es regulada por el Derecho civil, pero sólo en cuanto título de adquisición de las presas, puesto que los demás aspectos (lugares específicos de caza o pesca, temporadas y limitaciones) se hallan disciplinados básicamente por el Derecho administrativo (art. 715).

El art. 709 del CCU, siguiendo una tradición que viene desde el Derecho romano, clasifica los animales en: fieros o salvajes (*ferae*); mansos (*domestica*) y domesticados (*mansuefacta*).

A pesar de los términos empleados, la distinción se efectúa, no en virtud de la ferocidad o agresividad de los animales, sino en atención a la subordinación o dependencia al hombre. Son fieros o salvajes porque «viven naturalmente libres e independientes del hombre, ya sean terrestres, acuáticos o volátiles» los peces, las abejas, los pájaros, las serpientes y los elefantes; tienen la calidad de mansos, porque se trata de especies «que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre», los que cita el propio art. 709, es decir, los perros, las gallinas y el ganado mayor y menor; mientras que son domesticados los que, a pesar «de ser fieros por naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre», como las serpientes que sirven de mascotas o los elefantes del circo.

La distinción entre los animales salvajes y los mansos se realiza en atención a las características generales de cada especie, no atendiendo en particular a la situación de un individuo aislado: son fieras o salvajes aquellas especies que corriente e históricamente han vivido de manera independiente al hombre, no sujetos a su señorío y son mansas las que normalmente se desarrollan al cuidado de aquél, en tanto le sirven para la satisfacción de alguna necesidad: alimenticia, lúdica, laboral, de seguridad, etcétera.

La categoría de animales domesticados, entretanto, se determina por excepción: se trata de especies fieras o salvajes en su género, pero algún individuo de ellas ha perdido su independencia y se encuentra sometida al señorío humano o como con un profundo sentido metafórico indica el inc. 1° *in fine* del art. 709 «reconocen en cierto modo el imperio del hombre».

La ocupación derivada de la caza o de la pesca puede tener su origen:

- a. en el contenido del derecho de propiedad, cuando se realiza en terreno propio del cazador o pescador o bien, en ausencia de dominio, en terreno que tiene derecho a explotar (*v. gr.* por un derecho real de usufructo);
- b. en una concesión («derecho de caza o de pesca») dada por el titular del predio (art. 710), sea éste un particular o el Estado, o en virtud de la autorización genérica que para la pesca en el mar territorial y en los ríos y arroyos de uso público confiere el art. 713.

El modo de adquisición de los animales varía según la categoría a que pertenezca cada uno, pero en ningún caso la ocupación implica necesariamente ocasionar la muerte de las especies, puesto que la aprehensión puede tener lugar tanto capturándolos con vida, como por consecuencia de su sacrificio.

El dominio de los animales mansos y los domesticados, mientras se mantengan en tal carácter, se adquiere a través de los modos de adquirir accesión, tradición, sucesión o prescripción (art. 716). Mientras que, el dominio de los animales fieros o salvajes y los domesticados que han perdido la costumbre de volver al amparo del hombre (art. 709, inc. 2°) se adquiere únicamente por la ocupación, en virtud de la caza y la pesca. Por consiguiente, los animales salvajes domesticados si no conservan la costumbre de volver al amparo del hombre (*consuetudo revertendi*), pierden tal calidad, desaparece el señorío a que estaban subyugados y reingresan en la categoría de *res nullius*.

Sin embargo, es menester realizar ciertas precisiones. La ley varía el modo de adquisición de estos animales en atención a una circunstancia relativamente eventual como es la de que conserven o no la costumbre de volver al amparo del hombre, lo cual además de ser elemento de escabrosa probanza, subordina su forma de adquisición al propio instinto animal, en detrimento de la voluntad humana. Ello me conduce a estimar que la denominada *consuetudo revertendi* no puede ser la base para la determinación de la forma de adquisición de un animal que si bien en su nacimiento fue salvaje, luego se domesticó. Por ejemplo, si se fuga el tigre que se tiene de mascota, ¿puede afirmarse que el animal conserva la costumbre de volver al amparo del hombre y que por ende no es *res nullius* o que sigue siendo domesticado porque se ha acostumbrado a la domesticidad y reconoce en cierto modo el imperio del hombre? No puede ser tal la consideración a tener presente, pues dependería exclusivamente de los instintos del animal determinar su modo de adquisición, con prescindencia absoluta de la volición de su titular.

Por eso, debe estimarse como correcto lo expresado por Lacruz Berdejo en cuanto a que la caza sólo es posible respecto a la «pieza de caza», la cual no se determina únicamente por la condición salvaje del animal; por ello, «ni aun los tigres escapados de la jaula del circo y vagando por la ciudad constituyen tales piezas, ni se harán propiedad del valeroso transeúnte que los aprisione (ni, si los mata, podrá reclamar la piel del tigre)». El que reduce tales animales no

realiza un acto de caza, ni se hace dueño de ellos por ocupación.²⁹³ En realidad, lo que se debe tener en cuenta para concluir si el animal se ha transformado en *res nullius* es la voluntad de su titular, esto es, si a pesar de la fuga, mantiene interés en su dominialidad. Por tanto, carece —a mi entender— de toda trascendencia la existencia o no de *consuetudo revertendi* del animal, pues se traduce en hacer depender de sus instintos su categorización y consecuentemente, su forma de adquisición.

Si los animales mansos o domesticados se escapan, no son susceptibles de adquisición por la caza por cuanto es un supuesto de cosa perdida o extraviada y no de *res nullius*. En ese caso, procede el hallazgo; por ende, la cuestión se soluciona en la órbita de los arts. 725 y siguientes).

La invención o hallazgo

De conformidad al art. 717 del CCU, para que proceda la invención o hallazgo se requiere:

- a. hallar una cosa inanimada;
- b. que no pertenezca a nadie;
- c. tomar posesión de ella.

La figura coincide con la caza y la pesca en que se trata de un modo adquisitivo de cosas que se encuentran fuera del ámbito patrimonial de persona alguna, pero diverge en que, en este caso, la adquisición recae sobre cosas inanimadas y no sobre semovientes.

Según los arts. 718 y siguientes del CCU las cosas que pueden ser objeto de hallazgo son las siguientes:

- a. los productos que arroja el mar, como piedras, conchas y otras sustancias que no presenten señales de dominio anterior —*res nullius*— (art. 718);
- b. las cosas que su dueño abandona voluntariamente —*res derelictae*— (art. 719). En este caso, a diferencia del anterior, la cosa integraba la órbita patrimonial ajena, pero su titular abdicó —voluntariamente— de su pertenencia. Para que proceda la derelicción o abandono es preciso que la abdicación se lleve a cabo por la desaprensión efectiva y material de la cosa.

Descubrimiento de tesoro

El inc. 1° del art. 720 del CCU regula el descubrimiento de un tesoro como una forma de invención o hallazgo y el concepto legal de la figura lo brinda el inc. 2° de la propia disposición: «se llama tesoro las monedas, joyas u otros objetos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño».

El tesoro en si no es una cosa, sino que —conforme la postura que patrocina Barbero— es una situación jurídica fragilísima, en cuanto existe en tanto no se lo descubre. Descubierta deja de ser tesoro, y pueden ocurrir dos posibilidades: alguien demuestra ser su propietario y nunca hubo tesoro o se atribuye su propiedad conforme lo disponen los arts. 721 a 724 y deja de serlo, al adquirir el dominio de su contenido el dueño del predio donde se descubrió y/o el descubridor.²⁹⁴

293 Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, T. III, Derechos reales, vol. I, Propiedad y posesión, 3ª edición, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990, p. 132.

294 Barbero, *Sistema del Derecho Privado*, T. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, pp. 282-283.

Para que uno o más bienes se reputen tesoro y por ende puedan ser objetos de adquisición, es preciso que:

- a. se trate de bienes muebles, puesto que si se tratara de bienes inmuebles (*v. gr.* construcciones de la antigüedad) pertenecerán al dueño del suelo por accesión (art. 748);
- b. los objetos que lo forman hayan sido elaborados por el hombre y que se trate de monedas, joyas u otros objetos preciosos. El CCU impone una exigencia de valor para la conceptualización de la figura: no cualquier bien puede considerarse tesoro, sino que pueden serlo las monedas, alhajas u otros objetos preciosos, es decir, que tengan cierta trascendencia económica socialmente considerada;
- c. se encuentre sepultado o escondido. Es así que no son tesoro los objetos caídos en la superficie del suelo y que se mantienen en ella y en cambio lo son, los bienes contenidos en un mueble (por ej. en el cajón de un escritorio) o entre las hojas de un libro²⁹⁵. La determinación de cuando el tesoro está sepultado no presenta dudas: se exige que se esté bajo tierra u otra sustancia que lo oculte (*v. gr.* hormigón o lava); en cambio, el requisito de que se encuentre escondido es de cierta relatividad. En efecto, puede ser susceptible de duda la circunstancia de que los bienes estén en la superficie, pero en un lugar agreste por el cual no transitan normalmente las personas. En esta hipótesis, si bien los objetos no están sepultados, cabe preguntarse si pueden considerarse escondidos. En realidad, como sostiene Albaladejo,

no es preciso que esté bajo tierra, sino que basta que de cualquier forma se halle escondido (en un mueble, en un muro, en una cueva, etcétera), o, en general, fuera de la percepción de las gentes (aunque esté al descubierto en un lugar no transitado o desértico).²⁹⁶

De forma que, la ocultación absoluta de los bienes componentes del tesoro no es esencial a la figura; en tal sentido, Ferrini ha señalado que

si se suele suponer que el tesoro fuese «escondido», es porque no se entiende de otro modo cómo haya podido permanecer ignorado por largo tiempo. Pero [...] es tesoro, por ejemplo, la bolsa de monedas de oro que un alpinista pierde en una difícil escalada y que es encontrada un siglo después por quien se arriesga por los mismos precipicios, siempre que no quede memoria de aquel suceso aunque las monedas hayan estado siempre al descubierto sobre el acantilado del monte.²⁹⁷

La del ocultamiento, pues, se trata de una calidad que no sólo es eventual, sino también relativa.

- d. que no haya memoria o indicio de su dueño. No obstante la exigencia, no es menester que se pruebe absolutamente la imposibilidad de hallar al propietario, siendo suficiente con que de las circunstancias resulte que la existencia y ubicación del mismo son improbables.²⁹⁸
- e. cierta antigüedad de lo descubierto. De la textualidad normativa («han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño», dice el inc. 2º del art. 720) se descarta que pueda tratarse de objetos sepultados o escondidos

295 Jossierand, *Derecho Civil*, T. I, vol. III, La propiedad y los otros derechos reales y principales, revisado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Bosch y Cía Editores, 1950, pp. 254-255.

296 Albaladejo, *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de cosas*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, p. 214.

297 Ferrini, cit. por Moreu Ballonga, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1980, p. 332.

298 De Ruggiero, ob. cit., p. 608.

en época reciente: lo que no exige la normativa es que el tesoro tenga una antigüedad determinada o que esté oculto desde un tiempo inmemorial. Sin embargo, es ostensible que la mayor antigüedad incide forzosamente en relajar las exigencias probatorias: a mayor antigüedad son menores las posibilidades de que pueda comprobarse quién es el titular de los objetos hallados, por lo que es menos rigurosa la prueba de que se trata de tesoro y no de cosa perdida oculta.

Con respecto a la titularidad del tesoro, en principio, según el inc. 2° del art. 721, ella pertenecerá al dueño del terreno, salvo que:

- a. el descubrimiento sea fortuito, o
- b. la búsqueda del mismo se haya realizado con permiso del titular predial.

En estos dos supuestos, la titularidad del tesoro se dividirá por partes iguales entre el titular del suelo y el descubridor, de manera que su contenido queda sujeto a un régimen de copropiedad.

Al contrario, si el tesoro se descubre en forma no fortuita (o sea, a través de investigaciones o excavaciones especialmente destinadas a dicho fin) y sin el consentimiento para su búsqueda del dueño del suelo, pertenecerá en su totalidad a éste y el descubridor no tendrá derecho alguno sobre él.

El art. 721 establece la titularidad del tesoro, sea en su totalidad o la mitad que corresponda, a favor del propietario del predio en que tuvo lugar el encuentro, lo cual excluye a otras personas que puedan estar explotándolo (*v. gr.* arrendatario, usufructuario). Incluso, la facultad de conceder el permiso para la búsqueda no corresponde a quien explota el inmueble, sino a su propietario, aun cuando la concesión pueda causar perjuicios a quien lo ocupa.

El art. 723 establece una limitación del derecho de propiedad sobre el suelo al imponer la obligación de permitir la búsqueda y extracción de dineros o alhajas por quien alega ser su titular. Dicha limitación, que no es un supuesto de descubrimiento de tesoro por cuanto se trata de dueño conocido, opera en caso de que un sujeto pida al dueño de la finca permiso para cavar y sacar dinero o alhajas que alega que le pertenecen, que están escondidos en el predio y señale el paraje donde se encuentran. Quien alegue la titularidad de los bienes escondidos debe dar fianza de que probará su derecho sobre ellos y que abonará los daños y perjuicios causados.

El art. 724 prevé la hipótesis en que no se logra probar la titularidad de los dineros o alhajas hallados. En caso de que el descubridor no logre probar su derecho sobre ellos, se considerarán bienes perdidos o tesoro encontrado en suelo ajeno, en atención a las circunstancias ('según los antecedentes y señales', dice la normativa). La ley no da pautas para determinar cuando se consideran una cosa u otra; pero la diferenciación debe buscarse en la posibilidad de la existencia de un titular actual de los bienes, el cual si es susceptible de localizar, provoca que se discipline la situación como la de las cosas perdidas; mientras que, si no se considera posible la ubicación de aquél, se regula como la de los tesoros hallados en predio ajeno.

Si se reputan bienes perdidos se aplican los arts. 725 y siguientes; en caso inverso, se considera tesoro encontrado en suelo ajeno, de manera que, lo hallado se divide por mitades entre el descubridor y el titular predial, pero éste no puede solicitar la indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren causado, salvo que renuncie a su porción en el hallazgo.

Cosas perdidas o extraviadas

A pesar de que el encuentro de cosas perdidas (art. 725 y ss.) el legislador uruguayo lo ubicó dentro del capítulo del hallazgo y la invención y por ende, dentro del marco del título referido a la ocupación, la figura se separa claramente del modo de adquirir en examen. Ello por cuanto no se trata de cosa que no pertenece a nadie, por consiguiente, no integra la órbita de las *res nullius*, y además porque el hallador en ningún caso alcanza la titularidad de lo encontrado.

Atento a lo que dispone el art. 725, el trámite regulado por los art. 726 y siguientes sólo tiene aplicación «cuando el dueño (de la cosa) se ignore», de lo cual se deduce que si se tiene conocimiento de él, corresponde su devolución y no la denuncia y el depósito ante las autoridades judiciales. En tal hipótesis, la única recompensa que podrá exigir el hallador es la que eventualmente hubiera ofrecido el titular de lo hallado, puesto que no corresponde fijar un premio en vía judicial (sin perjuicio de la compensación por los gastos que pueda corresponderle, pero ésta es cuestión de diversa naturaleza). El derecho al cobro de la recompensa recién aparece cuando se denunció el encuentro de la cosa extraviada, tal como se induce del art. 727, inc. 1°.

Los arts. 725 a 730 establecen un trámite de cierta complejidad para los supuestos de hallazgo de cosa extraviada o perdida cuyo titular se desconoce. Los preceptos indicados se aplican tanto a las cosas inanimadas, como a los semovientes, a las fungibles e infungibles, consumibles e inconsumibles; en consecuencia, a toda clase de bienes muebles.

Los pasos a cumplir son los siguientes:

- a. Presentación de la cosa al juez más cercano al lugar del hallazgo, proporcionando información sobre de las circunstancias del encuentro;
- b. Depósito judicial de la cosa hallada;
- c. Realización de publicaciones citando a su titular;
- d. Transcurso del plazo de un año en espera de que se presente algún sujeto que acredite su dominio. Si el dueño de la cosa aparece en este plazo, la cosa le es restituida, pero deberá abonar a quien la halló, según el art. 727, lo que en concepto de salvamento le imponga el juez. En caso de que hubiera ofrecido recompensa, el hallador puede optar entre el salvamento establecido judicialmente o la recompensa ofrecida;
- e. Ante la no presencia de persona alguna que acredite derecho a ella, se procede a su venta en almoneda. Si la cosa fuera corruptible o su custodia o conservación difícil, es posible anticipar la almoneda y lo obtenido se deposita por el plazo de un año a la espera de la aparición de su dueño;
- f. Liquidación de gastos (expensas de aprehensión, conservación y demás que se hayan producido);
- g. División de lo obtenido por partes iguales entre quien encontró la cosa y la Intendencia Municipal del departamento en que tuvo lugar el hallazgo.

Atento a lo expuesto, la situación prevista por los arts. 725 y siguientes no constituye un supuesto de aplicación del modo de adquirir ocupación, dado que, por un lado, no es posible sostener que la cosa hallada o extraviada sea *res nullius*, por cuanto tiene dueño aun cuando se lo desconozca, ni *res derelictae*, ya que el extravío de la cosa excluye lógicamente su abandono; pero por otra parte, quien halla la cosa extraviada en ninguna circunstancia se hace dueño de ella, sino que, a lo más, obtendrá un beneficio económico luego de subastada. Además, la utilidad patrimonial no coincide ni siquiera con el valor de la cosa encontrada, dado que se dividirá lo obtenido, luego de deducidos los gastos, con la Intendencia Municipal correspondiente.

Accesión

Planteamiento

El art. 731 del CCU califica a la accesión como modo de adquirir, sea las producciones de la cosa, sea sus incorporaciones naturales o artificiales. Por consiguiente, desde la óptica legislativa, se prevén dos especies de la figura:

- a. la que es resultado de la energía generativa de las cosas. En este sentido, la accesión opera como una expansión del derecho de propiedad, en tanto el propietario se hace dueño, precisamente por tener tal calidad, de lo que la cosa produzca;
- b. la que proviene de la acción natural o artificial respecto a la cosa o, en otros términos, la que tiene lugar por la incorporación de cosa ajena a una propia. En esta órbita existe accesión cuando se produce la unión de dos o más cosas de diferentes dueños, originariamente separadas, de manera que conformen una sola; en este supuesto, la figura constituye un modo adquisitivo de la propiedad de la cosa incorporada por parte del titular de la cosa considerada principal.

En el primer caso, que se conoce como *accesión discreta*, emana cosa propia de cosa generalmente propia; mientras que en el segundo, denominado doctrinariamente como *accesión continua*, se deriva cosa propia de la unión de cosa propia y cosa ajena o por lo menos, parcialmente ajena.

La discreta, que también se conoce como accesión de frutos o por producción o fructificación, es aquella por la cual el dueño de una cosa lo es también de lo que ella produzca: se trata de supuestos en los que el dueño de la cosa se hace, debido a tener esa condición, titular de las cosas (frutos) que de ella se derivan.

La accesión continua es la que tiene lugar, entre otras hipótesis, por la incorporación de una cosa ajena a una cosa propia, que se considera principal, de forma que el titular de ésta se hace dueño de lo incorporado, ya sea artificial o naturalmente (*v. gr.* edificación en suelo propio con materiales ajenos, formación de una especie mueble nueva con la adjunción de cosas propias y ajenas).

La accesión continua también puede clasificarse en natural y artificial: la primera es la producida por obra de la naturaleza (por ej. por aluvión), mientras que la segunda, también denominada industrial, resulta de la acción humana (*v. gr.* edificación).

Clasificación adoptada por el CCU

El CCU toma en consideración a efectos de distinguir los diferentes tipos de accesión a las clasificaciones anteriormente citadas y además establece diferencias según la accesión opere respecto a bienes muebles o inmuebles.

El cuerpo legal distingue en tres capítulos:

- a. la accesión respecto del producto de las cosas (arts. 732 a 735), que es la que se denominó accesión discreta, de frutos o por producción o fructificación;
- b. la accesión de las cosas muebles (arts. 736 a 747), conformada por la accesión continua aplicada a esa especie de cosas y dentro del cual se incluyen los supuestos de adjunción, especificación y conmixtión;
- c. la referida a los inmuebles (arts. 748 y ss.), que es la accesión continua referida a dicha clase de bienes y donde se diferencia:

- la accesión artificial, que contempla los supuestos de edificación, siembra y plantación y que doctrinariamente también se conoce como accesión de mueble a inmueble;
- la accesión natural, que engloba los fenómenos de aluvión, avulsión, formación de islas y cambio de cauce, cuya regulación se sitúa primordialmente en el Código de Aguas y que en doctrina se conoce como accesión de inmueble a inmueble.

Caracteres

Modo originario de adquirir

La accesión es un modo de adquirir originario, dado que el dominio de la cosa incorporada y reputada como accesoria se consigue de forma autónoma, independientemente de un vínculo jurídico entre quien conquista y quien pierde su derecho en la cosa. El adquirente de lo accesorio no funda su dominio sobre lo añadido en una transmisión, como acontece con los modos derivados, sino en su propia calidad de titular de la cosa principal, a la que la ley le asigna virtualidad para adquirir la titularidad de lo anexado.

Modo singular

En atención a la clasificación entre modos singulares o particulares y universales, la accesión se emplaza entre los primeros, que son aquellos en los cuales se adquiere una o más especies determinadas o aunque indeterminadas se las ha individualizado en cuanto a su género.

La adquisición recae sobre cosa o cosas específicas: las accesorias y no sobre un patrimonio o una cuota parte de él. Incluso, producida la adquisición, desaparecen los eventuales gravámenes que afecten a lo añadido y que se reputaba accesorio.

Adquisición automática del dominio

La adquisición del dominio por accesión opera de manera automática por la simple unión de cosas de diferente dueño, dadas las condiciones preceptuadas normativamente. No se requiere ni la exteriorización de voluntad, ni siquiera el conocimiento del titular de la cosa para que acontezca la adquisición patrimonial.

Accesión discreta

La denominada por la ley accesión respecto del producto de las cosas y doctrinariamente accesión de frutos, discreta, por producción o por fructificación, es el tipo de accesión en virtud de la cual el dueño de una cosa lo es también de lo que ella genere. El fundamento para que el titular se haga dueño de lo producido, más que en el modo de adquirir en análisis, se sitúa en las facultades que se derivan del dominio o más específicamente, en el contenido del mismo, aun cuando esa titularidad no sea de esencia para la percepción de los frutos de la cosa.

De acuerdo a lo preceptuado por el art. 733, los frutos pertenecen, en principio, al dueño de la cosa, pero puede no ser siempre así, en cuanto la disposición estableció ciertas excepciones, sean derivadas de la ley o de «un hecho del hombre».

Los frutos no corresponden al dueño de la cosa por disposición de la propia ley, aun cuando no es de las ejemplificaciones que menciona el artículo, en el caso del usufructo legal (acápito del art. 266).

Tampoco, siguiendo el texto legal, pertenecen los frutos al dueño de la cosa cuando ello se derive de un hecho del hombre. El art. 733 utiliza la palabra hecho en sentido amplio

como comprensivo tanto de hechos jurídicos en sentido estricto como de actos jurídicos (*v. gr.* negocios que confieren el derecho a percibir los frutos). El propio artículo se encarga de mencionar, en forma no taxativa, algunos supuestos en que se rompe el principio de que los frutos pertenecen al dueño de la cosa, y confiere tal atribución al:

- a. poseedor de buena fe, hasta la contestación de la demanda (arts. 649 numeral 4° y 694);
- b. usufructuario (arts. 502 y ss. y 697);
- c. arrendatario (arts. 1776, 1778 y 1828).

También destruyen el principio mencionado, a pesar de no aparecer referidas por el art. 733, la asignación de los frutos al usuario (art. 541 y ss.) y al acreedor anticrético (art. 2349 y ss.).

Accesión continua

Los supuestos que la doctrina ha denominado «accesión continua» y que el CCU contempla como de accesión respecto de las cosas muebles o inmuebles (arts. 736 y siguientes), son aquellos en los cuales la figura en examen funciona como un verdadero modo de adquirir, desde que, a través de la unión o incorporación de una cosa, considerada accesoria, a otra, reputada principal, el titular de ésta adquiere el dominio de aquélla, en virtud de la unificación que de ambas tiene lugar.

La accesión comprende una diversidad de situaciones en las que se unen cosas muebles o inmuebles entre sí o unas con otras, sea por la labor humana o por eventos naturales. La determinación de qué cosa es principal y cuál accesoria en la ligazón de bienes muebles depende de cada situación concreta y su decisión está sometida al arbitrio judicial, fallando conforme a los principios de equidad natural (art. 936), mientras que si se une cosa mueble a inmueble, el CCU recibió con valor de axioma la idea de que el inmueble es lo principal y la cosa mueble anexada accede a aquélla (*superficies solo cedit*).

El fundamento de la figura radica en que, ante la imposibilidad física o económica de la separación de las cosas de diferente dueño unidas, la ley prefiere que lo resultante se adjudique a quien era el titular de la que se considera principal. Pero para evitar un enriquecimiento injusto en beneficio del adjudicatario, se le impone el pago de una indemnización a favor de quien tenía la calidad de *dominus* de la cosa accesoria. Por ese sendero, se procura mantener un equilibrio patrimonial entre los involucrados: al titular de la cosa principal se le atribuye la pertenencia exclusiva de la resultante y al de la accesoria, se le repara pecuniariamente por la pérdida patrimonial experimentada.

Elementos constitutivos de la accesión continua

Unión inseparable de dos cosas que pertenecen a propietarios diferentes

Para que la accesión opere como modo adquisitivo es preciso que las cosas que se han unido pertenezcan a diferentes titulares.

La unión debe ser inseparable, irreversible, indivisible, indestructible o indisoluble.²⁹⁹ Sin embargo, es menester tomar en consideración que este requisito tiene lugar no sólo cuando hay imposibilidad física de separar las cosas de diferentes dueños que se unieron (*v. gr.* cuando se mezclan semillas de igual género y calidad de forma que es imposible determinar

299 Nuñez Boluda, *La accesión en las edificaciones*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1994, p. 30.

su pertenencia) sino, asimismo, en aquellas hipótesis en las cuales, aun cuando la separación sea posible desde el punto de vista material, porque son fácilmente identificables las cosas pertenecientes a cada titular, la separación no es conveniente (*v. gr.* edificación en suelo ajeno con materiales propios).

La razón de ser de ello emana de que el concepto de separabilidad no debe ser visualizado meramente desde un punto de vista físico o material, sino también, y en modo fundamental, con un criterio económico. Es así, que aun cuando sea determinable la titularidad de cada cosa de las incorporadas y puedan separarse, la separación no procede si con ella se causa la destrucción de la cosa.

Falta de acuerdo previo o relación jurídica previa entre dichos propietarios que afecte a las cosas unidas

Cuando existe una relación jurídica entre los titulares de las cosas empleadas, no rige la normativa referida a accesión, sino las reglas propias de la relación jurídica pactada. Por ejemplo, si una edificación se realiza en virtud de un contrato de construcción, la situación no se rige por el modo en examen, sino por las propias del negocio jurídico celebrado entre el titular predial y el constructor. Lo mismo ocurre cuando el obrero, en relación de dependencia, forma una cosa de especie nueva utilizando material perteneciente a su patrono, supuesto en el cual han de regir las normas laborales y no las de accesión.

Carácter de las cosas unidas, la una accesoria de la otra, que se reputa principal

El CCU contiene algunas reglas explícitas para determinar cuál de las cosas se considera principal y cuál accesoria. Por ejemplo, en materia de accesión de muebles a inmuebles, el canon fundamental para determinar la principalidad que recibió el CCU es el de que lo principal siempre es el suelo; manteniéndose intangible, pues, el principio *superficies solo cedit*, recibido del Derecho romano, el cual conduce a que siempre que se incorporen bienes muebles a inmuebles, aquellos son accesorios (por el viejo aforismo *res mobilis, res vilis*) y éstos lo principal, por lo que el titular del inmueble adquiere los muebles incorporados.

Efectos de la accesión

Producida la accesión, la figura opera normalmente en un doble sentido: por un lado atribuye la propiedad de lo resultante al titular de la cosa principal y por otro, de reflejo y simultáneamente, destruye la titularidad dominial de quien era dueño de la cosa accesoria. Pero estos efectos acarrear, a su vez, ciertas consecuencias: aquella persona para quien la accesión actuó positivamente, por cuanto operó como atributiva del dominio, se transforma en deudor de quien era el titular de la cosa accesoria y reflectivamente, éste último adquiere un derecho de crédito contra aquél. La adquisición dominial es definitiva, de manera que, aun cuando luego la unión producida se quebrante, el titular de la cosa accesoria, al haber perdido ya definitivamente su titularidad, no podrá efectuar reclamación alguna para su readquisición, sin perjuicio de que mantenga su derecho creditorio.

Clases de accesión continua

Respecto a los bienes muebles:

- (arts. 737-747)
- adjunción
 - especificación
 - conmixtión o mezcla.

Respecto a los bienes inmuebles

- a. artificial o industrial, denominada también de mueble a inmueble (arts. 748-751), que contempla los supuestos de edificación, plantación y siembra.
- b. Natural, designada impropriadamente, asimismo, como de inmueble a inmueble, que se halla actualmente se halla regulada por los arts. 62 y siguientes del Código de Aguas³⁰⁰ y que refiere a los supuestos de:
 - aluvión,
 - avulsión.
 - mutación de álveo o cambio de cauce,
 - formación de isla.

Accesión de mueble a mueble

El art. 736 del CCU preceptúa que para determinar la titularidad de la cosa mueble resultante de la unión o mezcla de dos (o más) cosas muebles de diferente dueño se debe acudir a «los principios de la equidad natural» y que los arts. 737 a 747 son normas dirigidas al órgano judicial actuante, que sólo cumplen una función de guía, pero de las que aquel puede apartarse dilucidando el caso de acuerdo a las circunstancias particulares que presente.

El fundamento del art. 736 se encuentra en la imposibilidad de fijar *a priori* criterios claros y precisos para la atribución de la propiedad de la resultante debido a la variedad de cosas muebles existentes y que pueden crearse. En efecto, en la época de sanción del CCU (y todavía más actualmente) es de factible ocurrencia una variedad tal de combinaciones de bienes muebles que el codificador precluyó que la mejor fórmula para decidir los conflictos no era a través de la aplicación de disposiciones pétreas o rígidas, sino dotando a la cuestión de flexibilidad, con el otorgamiento a los jueces de una amplia libertad para su resolución. Ello no ocurre, por ejemplo, en materia de accesión artificial, para la cual la normativa recibe con carácter exclusivo el principio *superficies solo cedit*.

El CCU se refiere a aquellos casos en que se unen cosas muebles de diferentes dueños (adjunción y conmixtión) o una cosa mueble es transformada por virtud del trabajo ajeno (especificación). Una de las criterios rectores (aun cuando no el único y ni siquiera el primero) que se dan al juez para fallar en estas hipótesis es la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessorium sequitur principalis*). Como consecuencia de la accesión, la cosa que se considera agregada y accesoría perdiendo su autonomía jurídica y económica (puede decirse que deja de existir como tal), y provoca que a su respecto se extingan los derechos de que disfrutaban sobre ella tanto quien era su titular como

300 Antes estos fenómenos estaban regulados por los arts. 752-757 CCU, que fueron derogados por el art. 198 del Código de Aguas.

sus acreedores (éstos ven desaparecer dicho bien de la esfera patrimonial de su deudor). En cambio, la situación es diferente si se visualiza desde la perspectiva del beneficiario de la accesión, en razón de que la cosa agregada acrecienta su esfera patrimonial y los acreedores podrán ejercer sus acciones contra el nuevo bien.

Adjunción

La adjunción, también llamada incorporación o adición, acontece cuando se unen dos o más cosas pertenecientes a diversos propietarios, de tal manera que conforman una unidad y no pueden separarse sin importantes inconvenientes (*v. gr.* cuando se engarza una piedra preciosa en un anillo).

En la adjunción, a diferencia de la mezcla, en la que se confunden cosas que van a formar un todo homogéneo, «se trata de la unión de cosas heterogéneas que se unen indisolublemente para constituir un solo objeto». Por ejemplo, se sueldan dos vigas de metal de distinto dueño para componer una viga angular o se tiñe la tela ajena con tinte propio. A pesar de la unión, las cosas continúan distintas y reconocibles, como el marco y el cuadro o la caja del reloj y la máquina.

Por ello, para que ocurra el fenómeno conocido como adjunción se requiere la presencia de ciertos elementos configurantes; a saber:

- a. unión de cosas muebles;
- b. de diversos dueños;
- c. unidas de manera que formen una sola, pero permaneciendo diferenciada cada una de ellas;
- d. que no puedan separarse sin inconveniente, debiendo entenderse que hay inconveniente cuando una o ambas cosas quedan en situación de deterioro o la separación es difícil o costosa.

Como se indicó, debe existir también ausencia de relación jurídica previa, puesto que si el uso de lo ajeno se debe a una estipulación negocial se aplican las disposiciones del negocio jurídico celebrado y no las de accesión.

El concepto de cosa principal lo proporciona el art. 738 inc. 1º: «se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido la otra para adorno o para su uso o perfección». El precepto debe ser integrado con la previsión del art. 739 que abastece de elementos supletorios para la eventualidad de que sea imposible determinar qué cosa es principal y cuál es accesoria: se reputa principal, en primer término, la más considerable en valor, y si éstos son similares, la más trascendental en volumen.

El art. 738, en su inc. 2º, presenta como una hipótesis especial la concerniente a la cosa accesoria preciosa (o valiosa). Si la cosa que se empleó para adorno de la principal o para su uso o perfeccionamiento es más preciosa que aquella y la utilización tuvo lugar sin el conocimiento de su dueño, éste puede instar la separación, aun cuando exista deterioro para la cosa a la cual se había incorporado. Hay, pues, una opción para el titular de la cosa preciosa, que tiene lugar aun cuando la escisión produzca menoscabo en la cosa a la que se adjuntó.

Especificación

Hay especificación o transformación cuando con una cosa (materia prima) se hace otra cosa nueva (nueva especie), distinta de la antigua por su aspecto (forma en que ella se nos presenta), por su destino (uso o empleo que podamos darle) y por su nombre, por ejemplo: cuando se hace con la uva vino, con la lana una tela, con la tela un vestido, con planchas de acero o de madera un buque, con lingotes de plata un vaso o cualquier otro objeto, etcétera.³⁰¹

Para Cestau,

existe especificación cuando por el trabajo del artesano o del artista, realizado sobre materia ajena o sobre materia ajena y propia, éstas se han transformado, formando cosa de especie nueva. Ejemplo: el escultor que ha trabajado sobre mármol ajeno o sobre mármol del cual es tan solo copropietario y lo ha transformado en estatua.³⁰²

La diferencia de esta forma de adquisición de mueble a mueble con la adjunción y con la conmixtión tiene que ver en lo primordial con la agregación del elemento trabajo sobre la cosa ajena o parcialmente ajena. Pero, esta diferencia no debe entenderse en el sentido de que en aquellas no hay trabajo y sí lo hay en la especificación, puesto que en realidad es posible que el trabajo se encuentre presente en todas las variedades de adquisición. La distinción radica en que en esta especie, en principio, no se verifica la unión de cosas de diferente dueño, sino que simplemente se agrega el factor trabajo a la cosa ajena. Y cuando se suma este elemento a la conjunción de cosas ajenas y propias, la especificación requiere una labor de mayor especialización o complejidad que el que se requiere en la adjunción y en la conmixtión. Tal corolario estimo que se infiere de la textualidad legislativa, en especial del inc. 2° del art. 740, que cuando refiere al especificante lo trata de artesano o artista, lo cual no ocurre en las otras especies de adquisición. Tal calificación supone, a mi entender, una especialización o habilidad en el especificador, que es exclusiva de esta especie.

Conmixtión

La conmixtión se diferencia de la adjunción en que en la primera la mezcla de materias líquidas o áridas ha alcanzado tal compenetración que no es posible distinguir las pertenecientes a cada propietario, siendo perceptible solamente el conjunto; en cambio, en la segunda, a pesar de que una cosa se halla incorporada a otra, es posible determinar cuál pertenece a cada titular, esto es, las cosas no se confunden aun cuando hayan alcanzado un nivel de cohesión que las vuelva inseparables.

La conmixtión tiene como elementos constitutivos, siguiendo al art. 742, inc. 1°:

- a. la mezcla de materias áridas o líquidas;
- b. que pertenezcan a diversos dueños.

Producida la conmixtión, se torna menester distinguir: si pueden separarse sin inconveniente; y en caso negativo, si alguna puede considerarse principal;

- a. si pueden separarse: tiene derecho a pedir la separación el dueño de la cosa sin cuyo conocimiento se mezclaron (art. 742, inc. 2°);
- b. si no pueden separarse: el titular de la cosa principal (art. 742, inc. 3°) tiene derecho a pedir la mezcla resultante, abonando el valor de la materia ajena mezclada.

301 Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, T. VIII, 3ª ed, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1946, n.º 801, p. 452.

302 Cestau, *Modos de adquirir el dominio (Ocupación y adquisición)*, Montevideo, Ed. Claudio García y Cía, 1937, p. 129.

Accesión en materia de inmuebles

La accesión puede ocurrir en dos sentidos:

- a. verticalmente, donde se desenvuelve normalmente de conformidad con el principio *superficies solo cedit*: son los casos de obras hechas en suelo propio con materiales ajenos, en suelo ajeno con materiales propios, en suelo ajeno con material ajeno y las realizadas parcialmente en el fundo contiguo (supuesto, éste último, que se designa también como «construcción extralimitada»);
- b. horizontalmente, se desenvuelve conforme al principio *accessorium cedit principali*, y se halla constituida por las hipótesis de aluvión, avulsión, cambio de cauce y formación de islas.³⁰³

Se trata, en puridad, de las denominadas doctrinariamente accesiones de mueble a inmueble, en el primer caso, regidas por los arts. 748 a 751 del CCU y de inmueble a inmueble, en el segundo, regladas por el Código de Aguas, fundamentalmente en sus arts. 57 y siguientes y que se denominan accesión industrial o artificial y natural, respectivamente.

Accesión industrial o artificial

Las edificaciones, plantaciones y siembras que se incorporan al suelo se presume que pertenecen al titular predial, como señala el art. 749, salvo que se constituya un derecho real de superficie. Entonces, en la generalidad de los casos, sea que el titular predial incorpore bienes ajenos, o que se añadan bienes propios en suelo ajeno o que se construya en suelo ajeno con bienes ajenos, la consecuencia es que —de ordinario— el titular predial extiende su derecho al todo, esto es, no sólo al suelo que ya le pertenecía, sino también a lo incorporado.

El criterio de la principalidad inmobiliaria ha sido recibido legislativamente con carácter de presunción absoluta, en el sentido de que aun en aquellos supuestos en que se logre probar que lo principal, sea en costo, volumen o en atención a cualquier otra consideración es lo agregado al inmueble, éste mantiene el carácter de principal y su titular adquiere el dominio de lo incorporado. Por eso expresa Cafaro que, «ante cada caso concreto de enajenación de inmueble, el contralor de la calidad de propietario del edificio se resuelve, prácticamente, mediante la constatación de que el sujeto disponente lo es del terreno; por derivación, esta calidad se proyecta y envuelve a toda obra existente, cualquiera sea ella, su tipo o valor». Y en igual dirección, sostiene Molla que «por regla general, en el régimen de propiedad ordinaria, el principio de accesión justifica la titularidad de lo construido en el patrimonio del dueño del terreno. Aun en caso de construcciones realizadas por un tercero, salvo la existencia del derecho de superficie, dichas construcciones pertenecen al dueño del terreno».³⁰⁴

Esta clase de accesión presenta tres situaciones de posible ocurrencia:

- a. la edificación, siembra o plantación realizada con materiales propios en terreno ajeno;
- b. la edificación, plantación o siembra realizada con materiales ajenos en terreno propio;
- c. la edificación, plantación o siembra realizada con materiales ajenos en terreno ajeno.

Las dos primeras hipótesis reciben expresa solución legal, no así la tercera.

El art. 749 es una aplicación concreta del art. 748 y prevé que «todas las obras, siembras o plantaciones hechas en un terreno, se presumen hechas por el propietario a sus expensas, y que le pertenecen, si no se prueba lo contrario».

303 Barbero, ob. cit., pp. 284-287.

304 Cafaro, «Propiedad de las construcciones realizadas por el promitente adquirente (Ley 8.733)», *ADCU*, T. IX, sec. Doct., p. 262; Molla, dictamen en *Revista AEU*, vol. 78 (7-12), 1992, pp. 283-284.

Pero la presunción que se deriva del art. 749, de que las obras, siembras o plantaciones pertenecen al titular del suelo, es relativa, dado que su vigencia puede ser destruida. En otros términos, se puede derrumbar el principio de accesión con la prueba de que lo realizado no pertenece al titular del suelo, de forma que se genera una discordancia entre la titularidad predial y la de lo que se agregó. De esta forma, puede haber propiedades separadas del suelo y lo agregado.

Cibils Hamilton señala que la prueba de la propiedad de las construcciones en forma separada de la del suelo, debe ser efectuada cumpliendo con las exigencias requeridas por la ley para la constitución de un derecho real de superficie: escritura pública que acredite el título, modo de adquirir e inscripción en el Registro correspondiente. «Si el propietario del terreno no ha trasmitido la propiedad de la superficie, todos los edificios que se construyan le pertenecen, sin perjuicio de que el constructor pueda seguir contra él una acción de enriquecimiento; y tenga derecho a levantar los materiales»³⁰⁵. En igual senda, Cafaro estima que

es concebible un fenómeno de división de la propiedad por planos horizontales, conducente, en su finalidad práctica, a configurar un diferente dueño del terreno y otro del edificio. Pero el logro de tal fin, ha de lograrse, en cuanto comporta una hipótesis de enajenación inmobiliaria, mediante un acuerdo (negocio, contrato) por el cual el constituyente del derecho (propietario del terreno) concede a otro el derecho de edificar, reconociéndolo, desde ya, como propietario de lo que efectivamente construya; al contrato deberá seguir la correspondiente tradición y en cuanto se desee lograr oponibilidad deberá satisfacerse la carga de inscripción registral.³⁰⁶

El art. 36 de la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible n.º 18.308, de 18 de junio de 2008, bajo la denominación «Derecho de superficie» dispone que:

El propietario de un inmueble, privado o fiscal, podrá conceder a otro el derecho de superficie de su suelo, por un tiempo determinado, en forma gratuita u onerosa, mediante escritura pública registrada y subsiguiente tradición. El derecho de superficie es el derecho real limitado sobre un inmueble ajeno que atribuye temporalmente parte o la totalidad de la propiedad y comprende el derecho a utilizar el bien según las disposiciones generales de la legislación aplicable y dentro del marco de los instrumentos de ordenamiento territorial y conforme al contrato respectivo. El titular del derecho de superficie tendrá respecto al bien objeto del mismo iguales derechos y obligaciones que el propietario del inmueble respecto de éste.

Extinguido el derecho de superficie, el propietario recuperará el pleno dominio del inmueble, así como las accesiones y mejoras introducidas en éste, salvo estipulación contractual en contrario.

El supuesto de las obras realizadas en terreno ajeno con materiales propios está disciplinada por el art. 751 del CCU Para solucionar la cuestión, el legislador distingue según la edificación, plantación o siembra se realice sin conocimiento del dueño del predio o con su conocimiento («a ciencia y paciencia del dueño del terreno», dice textualmente el precepto). Asimismo, la situación del edificador en la primera hipótesis, la de desconocimiento del titular predial, será diferente si actuó de buena o de mala fe y el propietario del suelo opta por «hacer suyo» lo agregado.

305 Loc. cit., p. 14.

306 Cafaro, ob. cit., p. 264.

Cuando la obra es realizada sin conocimiento del dueño del predio, el ordenamiento uruguayo diferencia en el inc. 1° del art. 751, por una parte, si se trata de edificación o plantación, y en segundo lugar, si se trata de siembra. En ambos supuestos se ofrecen opciones para el titular predial.

En caso de edificación o plantación, la opción consiste en lo siguiente:

- a. hacer suya la obra mediante el pago de las indemnizaciones a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título «De la reivindicación» (arts. 694 y ss.);
- b. obligar al que realizó la obra a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder.

En el caso específico de siembra, el legislador impuso una opción diferente:

- a. hacer suya la obra mediante el pago de las indemnizaciones a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título «De la reivindicación» (arts. 694 y ss.);
- b. obligar al que realizó la obra a pagarle la renta y los daños y perjuicios que le haya causado.

El inc. 2° del art. 751 regula el resarcimiento atinente al supuesto en que el titular predial conoce la ejecución de las obras por parte del constructor. La consecuencia estatuida es que aquel adquiere la titularidad de lo incorporado por aplicación del principio *superficies solo cedit*, pero debe abonar al constructor el valor del edificio, plantación o sementera.

Obra realizada en terreno propio con materiales ajenos

El art. 750 reglamenta las construcciones, plantaciones o siembras realizadas en terreno propio con la utilización de materiales ajenos. Aunque el precepto gobierna diferentes consecuencias según que el autor de la obra se haya conducido de buena o mala fe o con conocimiento o ignorancia del dueño de los materiales utilizados, en todos los casos rige como principio ineluctable el de que lo incorporado accede a lo principal, que es el suelo (*superficies solo cedit*). La diferencia entre los supuestos previstos normativamente, entonces, no se ubica ni en la atribución de la propiedad, que siempre corresponde al titular predial, ni en la obligación de pagar el valor de los materiales empleados, sino en la posibilidad de reclamar daños y perjuicios y en la procedencia de una eventual acción penal.

La incorporación de los materiales ajenos hace perder su dominio a quien era su titular, pero la ley, con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto para el dueño del suelo, le asigna el derecho a reclamar una indemnización que coincide con el valor de lo incorporado, sin perjuicio de otras medidas que impone el precepto.

El CCU no diferencia para la atribución de la propiedad al titular predial que sea de buena o de mala fe; aun cuando la obra se realice con materiales apropiados indebidamente (*v. gr.* que dejaron en custodia del incorporante) o hurtados, tal corolario es inmutable. La diferencia entre utilizar materiales ajenos de buena o de mala fe asume trascendencia únicamente en sede punitiva.

El inc. 1° regula la hipótesis en que se edificó en suelo propio con el empleo de materiales ajenos de buena fe, preceptuando como consecuencias que:

- a. el titular del suelo se hace dueño de los materiales, o mejor aún, de lo construido;
- b. existe la obligación de pagar al dueño de ellos su justo precio o de entregarle otro tanto de la misma naturaleza, calidad o aptitud.

El inc. 2° prevé el supuesto de edificación en suelo propio con la utilización de materiales ajenos de mala fe, siendo el titular de éstos ignorante de dicho uso. Se establecen como corolarios:

- a. el titular del suelo se hace dueño de lo incorporado;
- b. asume la obligación de pagar al dueño de los materiales su justo precio o de entregarle otro tanto de la misma naturaleza, calidad o aptitud;
- c. deberá indemnizarle además los daños y perjuicios que el uso ilícito le haya acarreado a quien era su titular;
- d. existe la posibilidad de entablar una acción criminal.

Si se utilizan los materiales ajenos de mala fe, pero el dueño de éstos tiene conocimiento de ese uso, se aplican las consecuencias previstas por el inc. 1° y solo existirá obligación de pagar al dueño de los materiales su justo precio o de entregarle otro tanto de la misma naturaleza, calidad o aptitud. No surge, por consiguiente, ni la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios, ni la de incoar una denuncia penal. El conocimiento del uso de los materiales por parte de su dueño neutraliza la mala fe del constructor.

Accesión natural

Aluvión (art. 62 del Código de Aguas)

Bajo esta designación, el ordenamiento jurídico uruguayo ha reglamentado dos hipótesis: 1°) el aluvión propiamente dicho, que es, de acuerdo a la normativa, «el acrecimiento que se forma sucesiva e imperceptiblemente en las orillas de los ríos, arroyos, lagos y lagunas» por la consolidación con la tierra de partículas que son transportadas fluvialmente y 2°) el espacio que deja el agua que se retira insensiblemente de la ribera: es el llamado álveo desecado o aluvión impropio. En ambos casos, el aluvión pertenece a los titulares de los terrenos ribereños en proporción a sus respectivos frentes.

Aun cuando el aluvión produce ventajas en cierto predio en perjuicio de otro u otros que ven disminuir su extensión, el beneficio que genera en aquel no es indemnizable.

El efecto del aluvión es provocar la atribución de la propiedad del nuevo incremento territorial al predio ribereño que con él se benefició. La adquisición de la propiedad es automática, no requiriéndose manifestación de voluntad, compensación, ni trámite judicial o administrativo alguno.

Avulsión (art. 63 del Código de Aguas)

Se trata de un fenómeno por el cual una porción de un terreno es arrancada de un predio y arrastrada al predio inferior o a la ribera opuesta. Se refiere a situaciones en las cuales un río o arroyo arranca violenta y repentinamente una parte de un fundo ribereño y lo transporta hacia el fundo inferior o al de la orilla opuesta. La violencia y lo repentino del desplazamiento de tierra es lo que diferencia esta figura del aluvión, en el cual el acrecentamiento opera de manera sucesiva e imperceptible.

La consecuencia que se deriva de este fenómeno natural es que el dueño de la parte arrancada conserva su dominio sobre ella para el solo efecto de llevársela, pero si no la reclama dentro del año subsiguiente, accede al dueño del fundo donde la cosa fue transportada.

En caso de que la porción arrancada sea conocida y queda aislada en el cauce del río sin incorporarse a otro predio, de acuerdo al art. 64 del Código de Aguas, continuará

perteneciendo a su antiguo dueño. La misma solución se preceptúa para el caso en que la corriente fluvial se dividiera, de forma que circunde y aisle algunos terrenos.

Formación de islas (art. 67 del Código de Aguas)

Las islas que se formen en los lechos de los ríos o arroyos navegables o flotables pertenecen al Estado mientras que conforme al art. 66 del citado cuerpo normativo, las islas que se formen en ríos o arroyos no navegables o flotables, pertenecen a los propietarios ribereños. Para la determinación de la titularidad se siguen los siguientes criterios:

- a. si la isla se halla de un solo lado de la corriente fluvial, pertenece a los ribereños del lado en que se forma la isla en proporción de sus respectivos frentes (inc. 1°);
- b. si se halla de ambos lados, se trazará un línea divisoria imaginaria en medio de la corriente y la isla pertenecerá a los propietarios de los predios ribereños de acuerdo a dicha línea y en proporción a sus frentes (inc. 2°).

Cambio de cauce (arts. 57 a 61 del Código de Aguas)

Este fenómeno conocido como álveo abandonado (o *abveus derelictus*) tiene lugar cuando un río o arroyo, forma un nuevo lecho, abandonando total o parcialmente el anterior.

Los álveos abandonados, de acuerdo al art. 58, pertenecerán a los dueños de los terrenos que atravesaba la corriente. Si separaban predios de diferente dueño, la línea divisoria correrá equidistante de lo que eran ambas orillas.

Tradicición

Definición legal

El art. 758 del CCU dispone que «la tradición o entrega, es la transferencia que hace una persona a otra, de la posesión de una cosa, con facultad y ánimo de transferirle el dominio de ella (artículos 1252, 1335, 1337 y 1680)».

La tradición por sí sola no produce una transferencia dominial, ni produce efectos reales, ya que para que ello ocurra es indispensable la presencia de un título, conceptualmente previo, que de manera conjunta con aquella susciten la transmisión dominial (art. 769, ord. 3°). Ninguno de los dos en modo solitario provocan que se adquiera el dominio.

Para evitar confusiones a efectos de la correcta comprensión de la figura en análisis es indispensable comprender:

- a. aun cuando el art. 758 emplea como sinónimos los términos tradición y entrega, ello no implica que de modo necesario que se realice una entrega material, por cuanto existan diversas formas de tradición ficta en las cuales la dación de la posesión de la cosa se encuentra en mayor o menor medida espiritualizada;
- b. aun cuando el art. 758 exige que quien la hace tenga, además de ánimo (elemento subjetivo imprescindible que se manifiesta en el consentimiento de las partes al celebrar el negocio —ord. 4° del art. 769—), la facultad (elemento objetivo: poder de disposición) para transferir el dominio, igualmente hay tradición cuando el tradente carece de dicha atribución, como lo indica el inc. 2° del art. 775;
- c. la regulación de la tradición, a pesar de que se sitúa en el libro tercero del CCU que norma los modos de adquirir el dominio traspaşa dicho ámbito, en cuanto además tiene virtualidad para ser modo constitutivo y transmisivo de otros derechos reales,

como acontece con los menores de goce (arts. 496, inc. 1° y 636, inc. 1°) e incluso para transmitir ciertos derechos de crédito (art. 768).

- d. la tradición, en principio, es la transmisión de la posesión sobre una cosa, que opera por medio de la entrega de la ella; sin embargo, no siempre que existe entrega material de la cosa se configura la tradición posesoria, en tanto dicha entrega puede serlo de la mera tenencia, como acontece cuando se confiere en arriendo o en comodato. En este sentido, el alcance de lo transmitido va a estar condicionado primordialmente por el título hábil que va a prefijar en qué concepto se efectúa la entrega (*iusta causa traditionis*) y por el poder de disposición del transmitente. En este sentido, el término *entrega* es empleado en otras ocasiones por el CCU con una significación totalmente divergente del concepto de tradición, entendida ésta como trasiego de la posesión; a simple vía enunciativa, se habla de entrega en casos en los cuales sólo se confiere la tenencia de la cosa, en materia de contratos de comodato (art. 2216 y ss.), depósito (art. 2240 *et al.*) y prenda (art. 2292, entre otros). En estos supuestos, a pesar de que hay suministro efectivo de la cosa no es dable reputar la existencia de tradición, en razón de que, ni por asomo, significan un traspaso posesorio, ni dispositivo del dominio, sino únicamente de la mera tenencia de lo traspasado;
- e. con la tradición no solo se transmite el dominio, sino que también se constituyen y transmiten otros derechos reales (*v. gr.* usufructo o superficie) y se transmiten derechos personales;
- f. el art. 758 del CCU hace pensar que la tradición es, en todo caso y antes que nada, transferencia de la posesión de la cosa tradida, lo cual parece confirmarse en ciertos artículos que le suceden en la estructuración normativa. Sin embargo, son múltiples los supuestos en que en el Derecho positivo uruguayo tiene lugar la tradición sin que exista el mínimo atisbo de trasiego posesorio, como ocurre, a vía de simple enumeración, cuando se transmite la propiedad de la cosa sin que el tradente sea poseedor de ella o se constituye una servidumbre inaparente;
- g. la tradición cuando es hecha por quien tiene el poder de disponer de la cosa culmina un procedimiento transmissivo-dispositivo del derecho, que se halla conformado por un título de los denominados hábiles para producir un efecto real, que normalmente, aun cuando no es de esencia, es un acuerdo de voluntades generativo de obligaciones (contrato) y por un modo, la propia tradición.

Transmisión del dominio por título y modo

El régimen uruguayo ha sido fiel continuador del Derecho romano clásico y la transmisión del dominio, de los derechos reales menores y de algunos personales, que se transmiten derivativamente, requieren que se conjunten un título (normalmente un contrato, aun cuando puede no serlo) y el modo tradición; el primero produce efectos obligacionales, *inter partes*; el segundo, tiene efectos reales, provoca el nacimiento o la constitución de un derecho real, por ende, oponible *erga omnes*, aun cuando para ello a veces resulta menester la inscripción registral.

El CCU adoptó como régimen transmissivo el proveniente del Derecho romano clásico y requiere para la transmisión del dominio que se conjunten dos negocios jurídicos: a) un título, que puede residir en un contrato, en otro negocio jurídico obligacional o incluso en la ley, y b) un modo, la tradición, que es la que sumada a aquél produce el efecto traslativo-dispositivo. Es así, que el primero únicamente tiene aptitud para crear obligaciones y derechos personales o creditorios, de manera que no transfiere por sí solo el dominio.

En el Derecho positivo uruguayo los títulos por sí solos no transmiten el dominio, pero tampoco lo hace por sí sola la tradición; es la yuxtaposición, la suma o el ensamblamiento de ambos negocios, el obligacional y el dispositivo, lo que produce la transmisión y logra cumplir la finalidad perseguida por los interesados al celebrarlos.

El empleo del título y el modo tiene potencialidad para producir el trasiego dominial, pero esa potencia virtual no siempre, ni necesariamente se traduce en efectividad del fin perseguido por las partes, en tanto ello dependerá —suponiendo la regularidad de aquellos negocios jurídicos— de que el transmitente disfrute en su órbita patrimonial el derecho que pretende transmitir o se halle facultado para hacerlo por la ley o por su titular.

Se ha sostenido por la doctrina que la tradición es un acto incoloro,³⁰⁷ que la palabra es ambigua,³⁰⁸ que no tiene una significación unívoca³⁰⁹ o que es una institución absolutamente neutral.³¹⁰ Y en ello existe toda la razón, pues la tradición, mirada como simple entrega de la cosa, puede cumplir diversas funciones: ser traspaso de la mera tenencia, como ocurre en los supuestos de arrendamiento o comodato, ser solo transmisión posesoria, cuando se destina únicamente a ceder los derechos posesorios sobre un bien, por carecer el tradente de su titularidad dominial, también puede ser transmisión de la posesión, pero a título diferente del de dominio, como ocurre cuando se entrega la cosa a título de usufructo u otro derecho real menor y puede también ser realizada con la finalidad de transmisión de dominio, cuando el tradente es *dominus* de la cosa.

Para determinar qué función cumple la tradición es necesario recurrir a la denominada *justa causa*, que resulta del negocio obligacional (o disposición legal) previo o concomitante a la tradición que es la que justifica y confiere virtualidad transmisiva a la figura y es la determinante del concepto en que aquella se realiza.

La tradición en sí misma es un acto incoloro, equívoco o neutral: la mera entrega es solo eso, un acto material que por sí solo no evidencia en qué concepto o calidad recibe la cosa su destinatario. La existencia de una justa causa es lo que da color y definición a la entrega, en tanto determina en qué calidad y con qué finalidad se efectúa. Es así, que la entrega precedida de un título hábil, como el contrato de compraventa, encauzada por la finalidad de cambio de éste, va a engendrar el efecto real.

El título por sí solo se consume en su finalidad de crear obligaciones y derechos personales; la tradición, sin un título que le dé sentido a la transmisión, es una mera entrega en cuanto —como se indicó— es un hecho equívoco o neutral; consecuentemente, sin la conjunción de ambos negocios jurídicos no hay traspaso posesorio, ni dominial. Vale decir, que es requisito esencial en el Derecho uruguayo la existencia de una justa causa que revele la calidad o el concepto en que tiene lugar la entrega o tradición de la cosa.

La tradición supone un fenómeno de sucesión jurídica, esto es, coloca al *accipiens* en la misma situación jurídica en que se encontraba el tradente respecto a la cosa tradida; y de ahí parte de su categorización como modo derivado. El sucesor adquirente, como consecuencia de ella, va a disfrutar de los mismos derechos y soportar las mismas obligaciones que el

307 Bonfante, cit. por Beltran de Heredia de Onis, *La tradición como modo de adquirir la propiedad*, Madrid, RDP, T. LI, febrero de 1967, p. 104.

308 Lacruz Berdejo, ob. cit., p. 217.

309 Cuenca Casas, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1996, p. 31.

310 Vila Ribas, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, Barcelona, Librería Bosch, 1989, p. 111.

enajenante, en tanto aquellos como éstas se hallen adheridos a la cosa (*res transit cum onere*); pero la sucesión ocurrida no va a variar (ni aumentar, ni disminuir) los poderes y acciones de que antes gozaba el enajenante y que ahora detenta el adquirente respecto a la posesión y dominio de la cosa transmitida.

Caracteres

- a. Es un negocio jurídico.
- b. Es un negocio bilateral. Salvat expresa que la tradición es «un simple acto jurídico bilateral, teniendo en cuenta que concurren en ella los diversos elementos que éste exige: 1°) la tradición es un acto voluntario; 2°) es un acto lícito; 3°) se realiza siempre con el fin inmediato de transferir derechos; 4°) exige el concurso de la voluntad de ambas partes». ³¹¹
- c. Es modo derivado. La tradición es un modo derivado en virtud de que el derecho que adquiere el *accipiens* tiene su base y contenido en el derecho del *tradens*. El derecho de aquel se deriva del derecho de éste, de suerte que va a disfrutar de la energía o vitalidad de que gozaba en el patrimonio del transmitente; tiene lugar el fenómeno de la sucesión jurídica, de forma que el adquirente ostentará las ventajas y sufrirá las cargas dotadas de inherencia, tal como sucedía en la esfera patrimonial del enajenante.
- d. Es modo singular.
- e. Es un negocio *inter vivos*.
- f. Permite la adquisición de ciertos derechos reales y personales.

Especies de tradición

El CCU en el art. 759 dispone que ‘la tradición es real o ficta’: la primera se verifica por la aprehensión corporal de la cosa hecha por el adquirente o por otro a su nombre, de manera que, de regla, implica la transmisión material de la cosa (arts. 760 a 762); la segunda opera en los casos en que no se entrega materialmente la cosa objeto del negocio jurídico, sino que se concede un objeto representativo de ella, se efectúan ciertas manifestaciones de voluntad o se asumen otras conductas que no importan dación efectiva del bien.

Tradición real

Lo que caracteriza a esta especie es —según lo preceptúa el art. 760— que el *accipiens* aprehende corporal, física o materialmente la cosa que se le transmite.

Para que se consumen los supuestos de tradición real constituye presupuesto imprescindible que el tradente tenga la posesión efectiva de la cosa objeto del negocio jurídico, a diferencia de lo que ocurre con algunas formas de tradición ficta. En efecto, por este tipo traditivo es imposible la transferencia del dominio, cuando el enajenante carezca de la posesión de la cosa, al tener como presupuesto esencial ponerla a disposición del adquirente.

Dependiendo del bien de que se trate, la tradición real asume diversas fisonomías:

- a. si se trata de un terreno o fundo, la tradición queda configurada cuando el adquirente o su representante se trasladan a él a efectos de tomar la posesión, consintiéndolo el tradente (art. 761, inc. 1°);
- b. si se trata de un bien edificado, el inciso 2° del art. 761 exige para que el negocio quede configurado que el tradente saque sus muebles y permita que el *accipiens* introduzca los suyos (art. 761, inc. 2°);

³¹¹ Salvat, ob. cit., n.° 116, p. 70.

- c. tratándose de bienes muebles, se verifica «poniendo la cosa» en manos del adquirente o su representante (art. 761, inc. 3°),³¹²
- d. en caso de árboles en pie o piedras de una cantera, la tradición se verifica cuando los mismos son separados de la tierra y puestos en poder del adquirente (art. 762).

La enunciación que realiza la ley de las tradiciones reales no tiene más que un valor ejemplificativo, dado que pueden agregarse otras conductas que también conllevan a aquel resultado. Por ejemplo, judicialmente se admitió que hay tradición cuando como consecuencia de un contrato de mutuo, el Banco acredita el dinero mutuado en una cuenta a la vista, en el propio Banco, a nombre del mutuario.³¹³

Tradición ficta

Los supuestos que se engloban bajo la denominación de tradición ficta pueden asumir tal diversidad de formas que únicamente se pueden conceptualizar de manera residual. En tal entendido, es posible aseverar que se trata de hipótesis traditivas en las cuales no hay aprehensión tangible o material de la cosa tradida, sino que se asumen otros comportamientos que no suponen aquélla; *v. gr.* se entregan las llaves del bien.

El CCU en los arts. 763 a 767 establece 4 subespecies de tradición ficta; a saber:

- simbólica,
- por la vista (*longa manu*),
- por el mero consentimiento de las partes (*brevi manu*),
- por cláusula (*constitutum possessorium*).

Tradición simbólica

Se halla regulada por los arts. 763 y 764 y tiene lugar cuando se entrega algún objeto representativo del bien que se transfiere, el cual hace posible su toma de posesión; por ejemplo, las llaves del comercio donde se encuentran las cosas muebles que se enajenan o las llaves del inmueble luego de que el tradente ha retirado sus muebles. La tradición se verifica en razón de que con la entrega de las llaves se le concede al adquirente la posibilidad de disponer de la cosa tradida; como se indicó en la tradición real, puede venderla y trasladarla a un tercero, puede, en definitiva, actuar como dueño, sin que sea menester que exista un apoderamiento tangible de lo adquirido.

La propia literalidad del art. 764 hace conocer que las formas de tradición simbólica que se mencionan carecen de taxatividad. Ciertamente, el precepto señala que esta especie traditiva «puede tener lugar» por los medios que allí se mencionan, pero nada impide que otras conductas igualmente signifiquen un trasiego posesorio (*v. gr.* la entrega de una boleta de compra para retirar el bien adquirido).

312 La expresión «poniendo la cosa en manos del adquirente» únicamente puede entenderse con un sentido ejemplificativo, pues difícilmente pueda asumirse ese proceder respecto a ciertos bienes muebles en razón de su volumen o su tara (*v. gr.* es lo que acontece con un tractor o un buque).

313 *ADCU*, T. XXIV, f. 1468, p. 464.

Tradición por la vista (*longa manu*)

La especie está preceptuada por el art. 765 y se verifica mostrando la cosa que se quiere entregar y dando al *accipiens* la facultad de tomar posesión de ella. Se trata de otra especie de tradición ficta en virtud de que no existe efectiva toma de posesión por parte del adquirente.

La denominación *longa manu* proviene del Derecho Romano, por cuanto el tradente mostraba desde lejos el fundo enajenado y le permitía al *accipiens* tomar posesión de él.

Tradición por el mero consentimiento de las partes (*brevi manu*)

Se trata, al igual que la especie siguiente, de una tradición meramente convencional —al decir de Lafaille—, sin signos exteriores, ni movimiento aparente, lo cual provoca que se haya denominado «tradición sin desplazamiento»,³¹⁴ son supuestos en los que la subsistencia de la tradición es puramente nominal.³¹⁵

Conforme al art. 766, tiene lugar cuando el *accipiens* tiene la cosa en su poder por cualquier título no hábil para producir un efecto traslativo, *v. gr.* en arrendamiento, depósito o comodato y luego adquiere su dominio. Si no existiera la *traditio brevi manu*, el comprador tendría que devolver el bien al vendedor y luego éste hacerle la tradición a aquél. A efectos de evitar esa entrega y contraentrega, surge este sistema que implica mudar el *status* jurídico de tenedor a poseedor o dueño, sin que se produzca ninguna modificación o manifestación sensible. Por todo ello, es una forma mental o abreviada de tradición, sólo se requiere el consentimiento de las partes para que se opere la transferencia y constituye, junto a la tradición por cláusula, el grado máximo de espiritualización del instituto. Consiste en un trasiego patrimonial meramente intelectual, sin connotaciones tangibles al mundo exterior.

Opera tanto respecto a muebles como a inmuebles.

La *traditio brevi manu* supone un acto mutatorio del título por el cual se disfruta de la cosa; hay una interversión que transforma al adquirente de mero tenedor en poseedor.

Tradición por cláusula (*constitutum possessorium*)

Según el art. 767 importan tradición ficta equivalente a la real ciertos supuestos en los cuales aquella se efectúa documentalmente, por medio de un instrumento público, sin que sea menester ninguna exteriorización fáctica o tangible de la transmisión. De ahí que se denomine tradición por cláusula.

De acuerdo al tenor legal, la especie traditiva en análisis puede asumir tres variantes:

- a. la cláusula en la que el enajenante declara que en lo sucesivo tendrá la posesión del bien a nombre del adquirente;
- b. la cláusula en la que el donante declara que retiene para sí el usufructo de la cosa que dona. Tiene lugar en el usufructo reversivo, esto es, cuando el propietario de un bien enajena la nuda propiedad, manteniendo su usufructo;
- c. la cláusula por la cual en un contrato de venta o donación, el vendedor o donante, toma en arrendamiento la cosa enajenada. En el caso, la tradición opera por el hecho de que quien era poseedor del bien modifica su estatuto jurídico de poseedor en mero tenedor, reconociendo aquella calidad en el adquirente.

314 Lafaille, *Derecho Civil*, T. III, Tratado de los Derechos Reales, vol I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1943, n.º 235 y nota al pie n.º 39, p. 204.

315 Hernández Gil, *Obras completas*, T. II, La posesión como institución jurídica y social, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, p. 255.

Toda la transmisión opera documentalmente, sin cambios tangibles en el mundo exterior. Se verifica una interversión de la causa que vincula al detentador con la cosa: el enajenante no disfruta ya de ella como poseedor, sino que reconoce dicho *status* en el adquirente, transformando como corolario de la interversión su calidad en la de mero tenedor.

El art. 767 *in fine* exige que el constituto posesorio resulte de un instrumento público. Si erróneamente se realiza en documento privado, es nula por violación a un requisito formal (art. 773); pero, a pesar de ello, igualmente se transfiere la propiedad si se efectúa otra clase de tradición (*v. gr.* tradición real, cuando se entrega la cosa).

La tradición de los derechos (quasitraditio)

El art. 768 ubicado en sede de tradición ficta regula la transmisión de los derechos, la cual se verifica:

- a. por la entrega de los documentos que sirven de título, o
- b. «por el uso del uno y la paciencia del otro», esto es, por el uso que hace del derecho su adquirente con la tolerancia o conformidad del enajenante.

El inciso 3° agrega que la tradición de un crédito no surte efectos mientras no se notifique dicha cesión al deudor.

La tradición efectuada a través de la entrega de los títulos no refiere al título hábil que la motiva, sino a todos aquellos documentos que justifiquen la titularidad del constituyente-transmitente del derecho, esto es, lo que justifican la titularidad del tradente sobre el derecho tradido. La practicada a través de los documentos que sirven de título se aplica de manera necesaria a la que realiza el propietario no poseedor. La razón de ello estriba en que el adquirente únicamente va a recibir el derecho de propiedad (incorporal) de la cosa, pero no su posesión, por lo que será menester para unificar aquel con ésta, que recurra a la acción reivindicatoria, para cuyo éxito deberá presentar prueba de su dominio (art. 679).

La tradición por el uso y paciencia, además de la constitución de servidumbres por convención, tiene lugar forzosamente cuando los derechos que se ceden no constan en documento alguno (*v. gr.* constitución o transmisión de un derecho real de usufructo sobre bien mueble no registrable).

En materia de derechos personales, el art. 768 solo debe entenderse referido a la transmisión de derechos de crédito ya existentes y no a su constitución, que resulta de la ley y de las fuentes de las obligaciones (arts. 1245 y 473), esto es, solo actúa en la adquisición derivativa de derechos personales (cuando el derecho ya existía como tal en el patrimonio del tradente) y no cuando nace como relación jurídica.

El inciso 3° del art. 768 agrega que la tradición de un crédito no surte efectos mientras no se notifique dicha cesión al deudor, lo cual es reafirmado por los arts. 1757 y 1758. En este caso, el contrato de cesión está perfecto desde que se produce el acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario: la notificación solo sirve para hacer conocer al deudor la cesión. Es un requisito de eficacia que liga al deudor con el nuevo acreedor y le impide que pague lícitamente a otra persona.³¹⁶

316 *Vid.* Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. IV, Montevideo, 1981, en especial, p. 190 y ss.

Requisitos de la tradición

Los requisitos que establecen los diversos ordinales del art. 769 se requieren en su totalidad para que se transmita el dominio; empero, puede ocurrir que igualmente la tradición cumpla una función de traspaso posesorio en caso de que se efectúe por quien no tiene la calidad de dueño.

Los requisitos necesarios para que la tradición cumpla su función traslativa dominial resultan de los arts. 769 y 773, pero la ausencia de cualquiera de ellos no trae aparejada siempre la misma consecuencia para la figura negocial en examen. Es así, que ciertas exigencias constituyen presupuestos de existencia de la tradición, otros de validez y otros de eficacia.

Como se expuso, para que exista tradición se requiere una justa causa que le dé contenido, pues la mera entrega de la cosa es una figura neutra, equívoca o incolora que no dice por sí misma a qué título se efectúa. Presupuesto previo de la tradición es entonces la existencia del título hábil del cual va a resultar la justa causa, la finalidad que cumple aquélla y de ahí la exigencia del ord. 3° del art. 769 cuando demanda como requisito para la transmisión que «la tradición se haga en virtud de título hábil para transferir el dominio».

Por tanto, primer y fundamental elemento para que se verifique la tradición es la existencia de un título hábil, conceptualmente previo, que especifique la finalidad de aquélla. La ausencia del título provocará la inexistencia de la tradición. Ello en el entendido siguiente: si se entrega la cosa, quien la recibe será poseedor por la adquisición originaria de la posesión que tiene lugar por la aprehensión o, en su caso, mero tenedor.

La existencia de título hábil es un requisito previo y externo al modo propiamente dicho: ambos negocios enlazados conforman el procedimiento transmisivo. Aun cuando el texto legal no lo invoque de manera expresa al reglar los modos de adquirir, es menester la presencia de otros elementos que si bien no refieren directamente a la tradición, van a ser determinantes de ésta en cuanto pueden afectar de tal manera al título hábil que conduzcan a que sea nulo o inexistente y por consecuencia, que no exista tradición; *v. gr.* objeto lícito y determinado o determinable, causa lícita, cumplimiento de solemnidades.

Títulos hábiles son los negocios jurídicos o en su caso, disposiciones legales, que ensamblados con el modo tradición, son susceptibles de producir un efecto real. En el Derecho uruguayo son tales, a guisa de ejemplo, los contratos de compraventa, permuta, donación, renta vitalicia y mutuo y algunos legados (arts. 936, 937 y 938).

Como se ha señalado, estos títulos desempeñan la función de justa causa para la tradición, en tanto indican en qué concepto se efectúa la entrega y no son aptos únicamente para la transferencia del dominio, sino que también son idóneos para transferir o constituir otros derechos reales de goce.

Indica Gamarra que los títulos hábiles se contraponen a aquellos que no son hábiles para transferir el dominio o constituir o transmitir un derecho real menor, como por ejemplo, el arrendamiento, el depósito, el comodato o la prenda común, en los cuales a pesar de que existe entrega de la cosa, la misma únicamente cumple como función la transmisión de la mera tenencia. La diferencia —señala el autor— es la diversa función que cumple cada uno de estos negocios. Así,

la compraventa es un contrato de cambio, y como tal, está destinado a producir un traspaso definitivo de los bienes. Por el contrario, el arrendamiento de cosas confiere al arrendatario el uso y el goce temporario de la cosa arrendada (la cual debe ser

restituida al arrendador), en tanto que en el depósito la entrega se hace para que la cosa sea custodiada, y en la prenda responde a la función de garantía del contrato.³¹⁷

También es presupuesto de existencia el consentimiento de las partes, *tradens* y *accipiens*, que en ella intervienen. La tradición es una figura de naturaleza negocial, por ende, requiere de manera ineluctable que sea efectuada como consecuencia de las manifestaciones de voluntad de quienes participan para su consumación.

De manera que, si falta el consentimiento de una de las partes, por ejemplo, porque el comprador obtiene la posesión de la cosa sin que se la confiera el vendedor, inexistente la tradición.

Una segunda franja de requisitos, ya propios e internos del modo tradición son los que afectan su validez: se requiere que las manifestaciones de voluntad que la conforman sean de personas capaces y no se hallen viciadas y que, en su caso, se expresen de una forma predefinida por la ley (cumplimiento de solemnidades).

En relación con la solemnidad de la tradición, el art. 773 del CCU prevé que «si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas».

La peculiaridad que tienen las solemnidades en el modo investigado radica en que la normativa no las ha exigido en atención a la trascendencia jurídica o económica del negocio, sino como manera exclusiva de lograr una subespecie de tradición: el constituto posesorio. No se trata de una forma necesaria y excluyente de manifestar la voluntad, como acontece con los testamentos o la compraventa de inmuebles, en tanto los intervinientes pueden optar en realizar la tradición a través de una forma solemne (como el mencionado constituto posesorio) o no solemne (*v. gr.* tradición real). La ley no obliga en lugar alguno a realizar una tradición solemne, de manera que, son los interesados los que optan por ella. Incluso más, si se opta por la tradición por cláusula e ignorando la previsión del inciso final del art. 767, se efectiviza en un documento privado, si bien esa tradición es nula, nada impide que igualmente se verifique el trasiego patrimonial a través de otra especie traditiva (*v. gr.* tradición real, a través de la entrega de la cosa).

La ausencia o irregularidad de alguno de estos requisitos motiva la invalidez de la figura negocial en análisis, que según la naturaleza de la anomalía será absoluta o relativa.

En una tercera banda, existen dos requisitos que, externos a la tradición, determinarán que si bien aquella es existente y válida, no despliegue los efectos perseguidos por los sujetos intervinientes, sea permanente o interinamente. El primero de ellos es la falta de poder de disposición o de legitimación para disponer de quien la efectúa y resulta exigible en cualquier clase de tradición, sin importar cual es el título hábil que la justifica; el segundo, preceptuado por el inciso final del art. 769 solo es requerible cuando el título previo en el que se funda la tradición es un contrato de compraventa, se requiere, además de los requisitos comunes para cualquier clase de tradición, que el comprador haya pagado el precio, dado garantía real o personal u obtenido plazo para el pago.

Con relación a la legitimación para disponer, el ord. 1° del art. 769 exige, para que opere la transmisión dominial por el modo tradición, que quien la hace sea el dueño de la cosa tradida o su representante. El precepto dice relación con el denominado poder de disposición o legitimación para disponer y no es otra cosa que la consagración del principio romano de que «nadie puede transmitir más derechos de los que tiene».

317 Gamarra, ob. cit., T. VIII, pp. 52-53.

La existencia de legitimación para disponer o poder de disposición es un elemento propio y exclusivo del negocio dispositivo, siendo por completo ajeno, en cuanto no afecta su validez ni eficacia, al negocio obligacional. En otros términos, su ausencia no implica la nulidad del título, ni que éste deje de desenvolver los efectos que le son característicos, sino que únicamente va a obstar a que la tradición despliegue los efectos buscados por las partes.

El art. 775, en sus dos incisos, distingue los casos en que la tradición la efectúa quien es dueño de la cosa de aquellos en que no tiene tal calidad. La diferencia entre ambas situaciones es diáfana: en el primer caso, se transmite el dominio, esto es, se logra el efecto perseguido por las partes al celebrar los negocios jurídicos obligacional y dispositivo; en el segundo, no se obtiene el efecto transmisivo del dominio, pero tienen lugar otros corolarios que, dadas las condicionantes normadas, pueden permitir al adquirente hacerse dueño de la cosa.

Como se ha indicado, para la transmisión del dominio se requiere la yuxtaposición de dos negocios jurídicos:

- a. el obligacional, título hábil para producir un efecto real, pero que no lo produce por sí solo; y
- b. el dispositivo, que es el que engarzado con aquél, tiene la virtualidad para provocar la transmisión o constitución.

La presencia del poder de disposición en el tradente, supuestos los demás elementos requeridos para ello, produce la adquisición del derecho por parte del *accipiens*. De esa manera, a través del modo en examen se obtienen los efectos perseguidos por las partes: la transmisión o constitución de un derecho a favor de su adquirente (inc. 1° del art. 775).

En cambio, si quien interviene en los negocios jurídicos no es propietario del bien cuya tradición efectúa, ni tiene legitimación para disponer de él (*v. gr.* no tiene la representación del *verus dominus*), aquel resultado buscado por las partes no se logra, en tanto, el adquirente no va a obtener la titularidad del derecho deseado, que fue la razón que lo movilizó para celebrar los negocios jurídicos obligacional y dispositivo.

Traslaciones coactivas

El art. 770 del CCU dispone que «en las ventas forzadas, que se hacen por decreto judicial, a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el Juez, su representante legal».

La conceptualización textual ha merecido en general el rechazo de la doctrina moderna en cuanto es difícilmente admisible que el fenómeno de referencia regule en verdad una «venta» y más aún, que en ella actúe el órgano judicial como representante legal del vendedor. Gamarra señala que la función de cambio (cosa por precio) ha hecho pensar en este fenómeno como compraventa, pero tal concepción debe descartarse, pues no hay consentimiento (libre acuerdo de voluntades) y tampoco puede hablarse de representación, pues el Juez no actúa en nombre del deudor, sino por cuenta propia, ejerciendo sus propios poderes y en cumplimiento de su función jurisdiccional, basándose en razones de interés general. Añade que la expresión «venta forzada» y su corolario lógico «consentimiento forzado» encierra una contradicción en los términos y como contrapartida «venta voluntaria» resulta pleonástica o redundante.³¹⁸

³¹⁸ Gamarra, ob. cit., T. III, pp. 134-137.

Efectos de la tradición

La tradición efectuada por el propietario poseedor

La tradición realizada por el *dominus* transfiere al adquirente el dominio de la cosa tradida, tal como la tenía el tradente, según resulta cristalinamente de lo preceptuado por el inc. 1° del art. 775 del CCU.

Que el adquirente va a recibir el bien tradido «tal como lo tenía el tradente», significa que gozará de todos aquellos beneficios y sufrirá todos los gravámenes que en virtud de su inherencia se hallen adheridos a la cosa. Así, a vía de ejemplo, el *accipiens* se favorecerá con las servidumbres activas de que se aprovechaba el predio adquirido y deberá cargar con todos aquellos gravámenes que lo afecten, como puede acontecer con un derecho real de hipoteca (art. 2340), de usufructo (art. 535) o una servidumbre pasiva (arts. 550, inc. 3° y 553), los cuales no desaparecen como consecuencia de la enajenación.

La tradición efectuada por el poseedor no propietario

Conforme al inc. 2° del art. 775, cuando quien hace la tradición no es dueño de la cosa, no se produce la transferencia dominial. La disposición es aplicación estricta del principio de legitimidad, en cuanto quien no es titular del derecho que pretende transmitir no va a lograr ese efecto a pesar de que utilice los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para ello (título más modo). Frente a esta circunstancia, aun cuando se produzca el trasiego posesorio en favor del *accipiens* no se verificará la traslación dominial y los derechos del verdadero titular no se extinguen, salvo que se trate de aquellos casos en que legalmente se ha excepcionado el principio de legitimidad. Por consiguiente, disfrutará de la acción reivindicatoria (y eventualmente de acciones posesorias) a efectos de que se le restituya la posesión de la que está privado.

Ahora bien, la ausencia de legitimación en el tradente no implica que el adquirente no pueda adquirir el dominio a través de otro modo. En efecto, el inc. 2° *in fine* del art. 775 establece que el adquirente *a non dominus* puede alcanzar el dominio de la cosa tradida por prescripción. Ello es consecuencia de que, si bien no se produjo la traslación dominial por ausencia de poder de disposición en el tradente, igualmente se transmitió la posesión que sobre la cosa tenía aquél, de manera que, si el *accipiens* la posee durante el tiempo establecido por la ley, va a usucapirla.

La entrega efectuada por el mero tenedor

Una situación peculiar se presenta al analizar el art. 1200 del CCU. El precepto disciplina el supuesto en que quien hace la tradición es mero tenedor del bien, en cuanto su vinculación se deriva de la existencia de una *causa detentionis* (v. gr. arrendamiento, depósito, comodato), es decir, tenía la cosa en lugar y a nombre de otro, como preceptúa el art. 653. Su *status iuris* le impedía prescribir adquisitivamente; sin embargo, si enajena la cosa, el adquirente en cuanto adquiere la posesión, podrá hacerlo.

La tradición efectuada por el propietario no poseedor

Nada impide que se transmita el dominio mediante título y tradición cuando el enajenante carece de la posesión de la cosa transmitida. La transmisión realizada tiene como consecuencia que el adquirente se encuentra provisto de las mismas acciones que tenía el

enajenante para recuperar la posesión de la cosa, es decir, primordialmente, la reivindicatoria. Por lo expuesto, cuando quien efectúa la tradición es dueño, pero carece de la posesión, la figura en análisis no funciona como medio de trasiego posesorio, sino que únicamente lo hace en su calidad de negocio dispositivo, colocando al *accipiens* en idéntica posición jurídica a la que se hallaba el *tradens* y en consecuencia, dotándolo de las mismas acciones de que éste disfrutaba para la obtención de la posesión de la que está privado.

Sucesión hereditaria

Planteamiento

Según el art. 776 del CC, «la sucesión o herencia, modo universal de adquirir, es la acción de suceder al difunto y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. Se llama *heredero* el que sucede en esos derechos y obligaciones».³¹⁹

Conforme lo dispone el art. 1037, la apertura de la sucesión se verifica en el momento de la muerte natural de la persona³²⁰ o por la presunción de muerte causada por la ausencia. En cualquiera de esos dos momentos es que tiene lugar la denominada «saisine», es decir que la propiedad y posesión de los bienes del difunto pasan a sus herederos con la obligación de pagar las deudas y cargas de la herencia.

La transmisión hereditaria se verifica en el mismo momento de la apertura legal de la sucesión, sin que sea necesario que el heredero tenga conocimiento de ello, acepte la herencia o se realice un trámite judicial que declare quién tiene esa calidad. Y desde ese instante, el heredero puede disponer de los bienes que hubo por herencia, sin perjuicio de que, en virtud de las disposiciones registrales, para ciertos bienes será necesario obtener la declaratoria de herederos y proceder a su inscripción.³²¹

La apertura legal de la sucesión se verifica cuando ocurre la muerte *natural* de la persona o por la ausencia; mientras que la apertura judicial, regulada en los arts. 407 y ss. del CGP, tiene lugar cuando los interesados se presentan ante los tribunales denunciando la muerte del causante, pidiendo que se decrete esa apertura judicial y se expidan edictos citando a los interesados.

De conformidad al art. 778 del CCU, la vocación hereditaria se obtiene por la ley (sucesión intestada o *ab intestato*) o por testamento, es decir, por la voluntad del causante (sucesión testamentaria); e incluso es posible que quienes suceden al fallecido se determinen en parte en forma intestada y en parte testamentariamente.

El testamento, de acuerdo al art. 780, puede establecer un sucesor a título universal o de herencia (heredero, que conforme al art. 776, inc. 2°, sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones) o a título singular o de legado, el cual no representa al causante, ni queda colocado en la misma situación jurídica que el fallecido.

319 Lo aquí referido a la sucesión hereditaria debe ser complementado con lo expuesto en el cap. 3 de la segunda parte al analizarse la extinción de la personalidad de las personas físicas.

320 El art. 1037 se refiere a muerte natural como forma de excluir la denominada *muerte civil*, que ya había sido desechada por el codificador en la Exposición de motivos del CCU.

321 *LJU*, T. 125, 2002, C. 14,391. Sent. del TAF 2° T., de 31 de octubre de 2001. Se considera que no existe violación al secreto bancario, por la solicitud de información sobre la existencia de cuentas bancarias de persona fallecida formulada por herederos que no poseen declaratoria de tales. El secreto bancario no repele a quienes precisamente revisten la condición de sucesores del titular de la cuenta, desde que son éstos los sujetos a quienes les está habilitado el conocimiento y la reserva es para terceros extraños sin un interés directo y legítimo. La calidad de heredero no se confiere a través del proceso sucesorio sino por el derecho sustancial.

La diferencia entre el heredero y legatario no sólo es cuantitativa, sino sobre todo cualitativa. El heredero es un sucesor de los derechos, obligaciones, expectativas, facultades y poderes transmisibles del difunto, queda en idéntica situación jurídica que el muerto; mientras que el legatario es un simple adquirente de cosas o derechos, pero no sustituye al causante en su posición jurídica.³²²

Al fallecer una persona, sus herederos son responsables por la totalidad de las deudas que reciben del fallecido, no sólo con el patrimonio heredado, sino también con el propio de cada uno de los sucesores. Es decir, la responsabilidad por el pasivo del patrimonio heredado no se limita al activo recibido, sino que el sucesor a título universal responda aún más allá de las fuerzas de la herencia (responsabilidad *ultra vires hereditatis*).

La muerte provoca la confusión de los patrimonios del causante y del heredero,³²³ de manera que los acreedores de ambos, van a poder accionar contra el patrimonio total de éste (es decir, el originariamente propio y el heredado), para procurar el cobro de sus créditos. No obstante ello, tanto los herederos como los acreedores van a disfrutar de ciertos institutos a efectos de que la confusión patrimonial operada no los perjudique: los beneficios de inventario, para los primeros y de separación, para los segundos.

De forma que, cuando los herederos aceptan la herencia bajo beneficio de inventario sólo responden por las deudas del causante hasta el monto de los bienes que recibieron por sucesión (art. 1092).

Al fallecimiento de una persona se transmiten al heredero todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por la muerte. Como principio general puede decirse que el heredero recibe todos los derechos y obligaciones de naturaleza patrimonial de que disfrutaba el causante en vida. Y en este rumbo, el art. 1292 del CCU, al consagrar el principio de relatividad de los contratos preceptúa que «los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y demás sucesores de las partes».

No obstante, no todos los derechos de carácter patrimonial son transmisibles hereditariamente; así, a vía de ejemplo, los derechos reales de usufructo, uso y habitación (arts. 537, ord. 1°, 542 y 549) culminan con la muerte del beneficiario y no se trasladan a sus herederos.

Entretanto, en lo atinente a los derechos y acciones de naturaleza extrapatrimonial, la muerte produce la disolución del vínculo matrimonial (art. 186, ord. 1°) y por consecuencia, en su caso, provoca secuelas patrimoniales con la disolución de la sociedad conyugal que integraban el fallecido y el cónyuge supérstite (art. 1998, ord. 1°).

Asimismo, se extinguen ciertos cargos que desempeñaba el difunto y que son intransmisibles a sus sucesores: la patria potestad, la tutela y la curatela. No obstante, con referencia a la tutela y a la curatela, según el art. 418 del CCU, cuando ella culmina, el tutor o sus herederos están obligados a rendir cuentas justificadas de la administración, y según el art. 420, cuando muere el tutor, sus albaceas o sus herederos mayores de edad deben dentro de los treinta días ponerlo en conocimiento del juez, proveyendo entretanto a lo que las circunstancias exijan respecto a la persona y bienes del menor.

Por otra parte, también se extingue la posibilidad de impetrar o continuar diversas acciones judiciales vinculadas a las relaciones familiares del fallecido. Así, a vía de ejemplo, la muerte de uno de los cónyuges impide la prosecución de la acción de divorcio ya intentada (art. 192).

322 Vaz Ferreira, *Tratado de las sucesiones*, T. I, Montevideo, 1967, p. 67.

323 Como secuela lógica de la confusión de patrimonios operada, los derechos y obligaciones entre el causante y el heredero se extinguen por confusión (art. 1544).

También se extingue la posibilidad de que disponía el difunto de reconocer un hijo extramatrimonial, la cual no se transmite a los herederos del padre.

Órdenes de llamamiento

Para la sucesión intestada el legislador uruguayo ha previsto siete órdenes de llamamiento en los arts. 1025 a 1034 del CC, los que han sufrido varias modificaciones en virtud de las leyes n.º 18.246, de Uniones concubinarias, y n.º 18.590, sobre adopción. El estudio de los aludidos órdenes excede la finalidad de esta obra.

Prescripción adquisitiva (Usucapión)

Nociones generales

La prescripción adquisitiva, también llamada usucapión, es un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales a través de la posesión durante el tiempo y con los requisitos estatuidos legalmente.

El transcurso del tiempo puede actuar primordialmente en un doble sentido: como generador de derechos en la prescripción denominada adquisitiva (usucapión) y como destructor de derechos o acciones en la llamada extintiva.

La usucapión es una figura que a lo largo del tiempo ha sido catalogada de las más diversas maneras: por algunos como «patrona del género humano»,³²⁴ por otros es vista como un factor potencial de incertidumbre,³²⁵ como consagración legal de una inmoralidad o como un instituto infernal.³²⁶ Sin embargo, cualquiera sea la reacción que ella produce, está fuera de toda duda que es una institución tendiente a conferir seguridad a las relaciones jurídicas a través de la transformación en situación de derecho de una situación de hecho prolongada durante el tiempo. De suerte que, por medio del instituto en análisis se puede obtener por parte de quien poseyó un bien ajeno durante los tiempos establecidos por la ley, la adquisición de su titularidad.

Mediante ella se produce un doble efecto simultáneo respecto al derecho real de dominio: a la vez que una persona adquiere el derecho usucapido, su adquisición apareja la pérdida del mismo para su titular anterior. El instituto actúa positivamente para el adquirente, desde que, a través de él, incorpora a su patrimonio un nuevo derecho del que carecía; pero, simultáneamente, interviene negativamente en la órbita patrimonial del titular anterior, por cuanto el derecho egresa de su patrimonio.

Incidencia del tiempo en las relaciones jurídicas

El art. 1188 estatuye que «la prescripción es un modo de adquirir o de extinguir los derechos ajenos» y en los incisos 2º y 3º delimita ambos tipos de prescripción.

Sin embargo son sustanciales las diferencias entre la prescripción adquisitiva y la extintiva. La prescripción adquisitiva se funda en la posesión continua de una cosa; la prescripción

324 Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Librería de Rosa y Bouret, s/f, p. 1368.

325 Ramirez, «La prescripción adquisitiva en los inmuebles es factor potencial de incertidumbre», *ADCU*, T. IX, sec. Doct, p. 225 y ss.

326 Así Heine, cit. por Alas, de Buen y Ramos, *De la usucapión*, Madrid, Imprenta Ibérica, 1916, p. 95.

extintiva se basa en el no uso, inacción, pasividad, desidia, quietismo o inercia por parte del titular de un derecho.

La prescripción extintiva se aplica entonces a las acciones, sean reales o personales, y obra negativamente, paralizándolas; mientras que la usucapión se destina a los derechos reales, creándolos a favor del poseedor o cuasiposeedor. La prescripción por ser negativa, no necesita actos, le bastan las omisiones; la usucapión, por ser activa, requiere actos.³²⁷

La prescripción extintiva se consume sin que sea menester la asunción de un comportamiento determinado por parte del sujeto a quien beneficia: su única actividad posible para recibir el provecho de la figura es su alegación, pero ello una vez que ha transcurrido el plazo disciplinado legalmente y cuando se intente hacer efectivo el derecho de la contraparte; entretanto, la usucapión requiere actos continuados, ininterrumpidos, públicos, etcétera, es decir, una conducta activa y positiva de quien adquiere en virtud del instituto.

En otro orden, la prescripción adquisitiva no es admisible respecto de los derechos personales;³²⁸ en cambio, la prescripción extintiva sí lo es. La usucapión es aplicable únicamente a los derechos reales; la prescripción extintiva a los derechos reales y a los derechos personales.

La prescripción extintiva supone una relación jurídica entre quien prescribe y quien pierde su acción de reclamación, sea ésta derivada de un negocio jurídico, de una sentencia o en general de la ley que ha colocado a los sujetos en la calidad de deudor y acreedor (*v. gr.* es lo que acontece con la obligación alimentaria). En cambio, en la usucapión no hay relación jurídica alguna entre usucapiente y ex titular del bien, en razón de que la figura alcanza su operatividad precisamente porque aquel hubo la cosa de un no titular o ingresó en ella sin ningún título o con un título absolutamente nulo, y por consiguiente incapaz de generar un vínculo jurídico.

Además, la prescripción adquisitiva, en ciertos supuestos, requiere que la posesión sea de buena fe y en virtud de justo título y es procedente la distinción entre presentes y ausentes (arts. 1204 y 1212), mientras que dichos requisitos, ni la distinción mencionada, en ningún caso incumben para gestar la prescripción extintiva (art. 1188, inc. 3^o).

Por último, en cuanto a sus efectos, la prescripción extintiva provoca que se extinga un derecho o una acción; en cambio, la usucapión conduce a la adquisición del dominio o de un derecho real de goce de los que son susceptibles de posesión.

Otra figura estrechamente vinculada al transcurso del tiempo es la caducidad, dado que al igual que en la prescripción extintiva mediante ella se produce la extinción de una acción por el no ejercicio por parte de su titular en los plazos previstos por el legislador.

En el caso de prescripción extintiva, los plazos que la ley estatuye para el ejercicio de la acción son susceptibles de suspensión o renuncia y el derecho solo se extingue si el cumplimiento del período prescripcional es alegado por el deudor, ya sea como excepción ante la reclamación del acreedor o titular del derecho prescripto, ya sea, excepcionalmente, como acción independiente.

En cambio, tratándose de caducidad, los plazos instituidos son insusceptibles e irrenunciables y la acción se extingue *ipso iure* por la inercia de quien tiene la carga de actuar dentro del tiempo requerido. De forma que, solo el ejercicio dentro de los plazos estatuidos

327 Borrel y Soler, *Derecho civil vigente en Cataluña*, Libro segundo. Derechos reales, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1944, p. 91.

328 Nadie puede hacerse deudor ni acreedor por prescripción adquisitiva, dice Puig Brutau (Fundamentos de Derecho Civil, T. III, vol. I, 3^a ed, Bosch, Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1989, p. 317).

para la acción susceptible de caducar, mantiene latente el derecho de quien tiene interés en el accionamiento.

La caducidad se aplica a derechos o facultades que el legislador ha entendido que tienen que ser de rápida definición o veloz ejercicio por parte de su titular y en atención a ello los ha dotado de un término de vida prefijado, de forma que si no son actuados dentro de ese límite fatalmente se produce su extinción. La destrucción del derecho caduco es de tanta gravedad que no es necesario que sea alegada por aquel que se beneficia con la figura; su consumación puede ser explicitada de oficio por el juez y de regla no revive aun cuando se compruebe que existieron causas que hubieran motivado la suspensión del plazo o se reconozca por parte del perjudicado el derecho caducado. El derecho sujeto a un plazo de caducidad se esfuma sin más una vez transcurrido el lapso hábil para su ejercicio; no queda siquiera, como acontece en ciertos casos con la prescripción extintiva, una obligación de rango natural.

Clases de usucapición

Las especies de prescripción adquisitiva se pueden clasificar atendiendo a dos tópicos.

Por una parte, tomando en consideración el *bien a usucapir*, según sea respecto a muebles o inmuebles, siendo el tiempo de posesión requerido para que se consume la usucapición siempre más breve en la primera (tres o seis años) que en la segunda (diez, veinte o treinta años), ya que el codificador recogió, al igual que la normativa extranjera, el aforismo *res mobilis, res vilis*.

Por otra, en atención a sus *elementos configurativos*. En este sentido, las usucapiones se diversifican en ordinarias y extraordinarias. En las primeras se exige, además de la posesión, que es el elemento estructural de toda usucapición, que sea de buena fe y basada en un justo título, conduciendo la concurrencia de dichos elementos a la abreviación de los plazos prescriptivos (tres años para los bienes muebles y diez o veinte para los inmuebles, según sea entre presentes o ausentes); por eso, se denominan también abreviadas o simplemente, cortas. En cambio, en las segundas, no se precisan ni la buena fe, ni el justo título, lo cual apareja como secuela que se extiendan los plazos de posesión para usucapir (seis años para muebles y treinta para inmuebles); de ahí que se conozcan como prolongadas o largas.

La prescripción abreviada procede cuando se produce una adquisición *a non dominus*, es decir, en aquellas situaciones en que el poseedor adquirió la cosa a quien no tenía legitimación para disponer de ella, por cuanto no contaba en su patrimonio, total o parcialmente con el derecho que pretendió transmitir.

Por su lado, la prescripción prolongada tiene lugar principalmente cuando el usucapiente obtuvo la posesión de la cosa sin un título (como ocurre con el usurpador).

Posesión

De ordinario, el propietario (quien tiene el derecho de poseer: facultad de incoar acción reivindicatoria) detenta la posesión de la cosa, pero puede ocurrir que exista una discordancia. En efecto, la posesión puede tenerla un tercero, que sería quien actuaría como dueño, aun cuando aquel mantenga su condición, y más todavía, puede suceder que otra persona tenga el derecho de posesión (art. 490). De la simple observación fáctica no es posible determinar quien es propietario, quien es poseedor no propietario y quien es tenedor o goza de la cosa en virtud de la tolerancia de su dueño o poseedor.

En la mayoría de ocasiones, la posesión es la traducción de un poder constituido regularmente sobre la cosa, en tanto, constituye el medio de adquisición y ejercicio de los derechos.

Sin embargo, en frecuentes oportunidades no es reflejo de una constitución regular de un derecho, ya sea porque quien lo constituyó carecía de poder de disposición sobre él (enajenación *a non dominus*) o porque el poseedor ingresó en el bien sin requerir la voluntad ni del *verus dominus*, ni de quien ejercía actos posesorios en él (tal lo que acontece con el usurpador).

Normalmente la posesión es la exteriorización del poder de hecho del propietario o del titular de un derecho real de goce respecto a la cosa. Por eso, habitualmente propiedad y posesión tienen un camino común: el derecho, sea de propiedad o de goce se manifiesta a través del fenómeno posesorio; el titular del derecho goza de la cosa poseyéndola, ejerciendo un poder fáctico sobre ella. De ahí, la presunción del ord. 1° del art. 649.

La ausencia de concordancia entre el titular del derecho y el poseedor de la cosa es la base del fenómeno usucapional. En efecto, a través de este instituto es posible que quien esté poseyendo la cosa pueda obtener el derecho en cuyo carácter posee. Ello por cuanto la posesión da diferentes derechos al que la tiene, y entre ellos: prescribir el dominio y demás derechos reales usucapibles (art. 649 nal. 5°).

De conformidad a lo que resulta del art. 1196 del CCU, la posesión apta para la prescripción adquisitiva debe ser continua, ininterrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en concepto de propietario.

Continua

La continuidad de la posesión debe ser entendida como una conducta del poseedor que se traduzca en el ejercicio regular de actos posesorios sobre el bien que está poseyendo; de manera que, la actuación material sobre la cosa, la realización de los actos previstos por el art. 666, la desarrolle tal como lo haría si fuera dueño de ella.

A diferencia de la interrupción, la continuidad o discontinuidad se debe a la conducta del poseedor. Para que la posesión sea continua, el poseedor debe actuar respecto a la cosa de forma que le dé el uso normal que le daría un *verus dominus*. Pero esta afirmación no significa que el poseedor debe usar de ella de manera permanente y sin pausas, sino que la continuidad va a resultar de un análisis comparativo entre la conducta asumida por el poseedor concreto con la de un propietario medio. Por eso es continua la posesión que solo se realiza mediante actos materiales en los meses estivales respecto a una casa de veraneo.

La continuidad, entonces, implica que el poseedor actúe regularmente sobre la cosa, aun cuando no sea un ejercicio de carácter permanente.

Por consiguiente, no se exige una permanencia absoluta para que se dé la continuidad, sino que basta que el poseedor haya gozado de la cosa como lo hace por lo común un propietario diligente y cuidadoso, puesto que la posesión es la exteriorización de la propiedad, es la manifestación regular de este derecho.

Ininterrumpida

La no interrupción se encuentra aludida como requerimiento de la posesión para usucapir en los arts. 649 nal. 3°, 1196, 1212 y 1232 y siguientes. A diferencia de la continuidad, que depende de la conducta asumida por el poseedor, implica que la posesión no se encuentre afectada por hechos naturales o de terceros.

El CCU en su art. 1232 establece dos tipos de interrupción: natural y civil. La diferencia entre ambas es que en la primera dejan de existir los actos posesorios, en cambio, en la segunda, se mantiene la posesión, pero ella carece de aptitud usucapional. En la interrupción

civil, «aun subsistiendo la posesión, se le priva de efectos para usucapir (hay, pues, no corte de la posesión, sino de la usucapición), y por eso se denomina interrupción civil —ya que no es corte real y efectivo de la posesión—».329 En igual sentido, expresa Cestau que cuando hay interrupción natural la posesión está también naturalmente interrumpida; cuando hay interrupción civil la posesión subsiste materialmente pero la ley quita a esa posesión material todo valor jurídico como elemento de la usucapición.330

Pacífica o tranquila

El concepto de posesión violenta lo brinda el art. 651: «es la que se adquiere por la fuerza». La violencia puede consistir en actos materiales realizados contra el poseedor de la cosa o en amenazas, que inhiban o afecten su aptitud de decisión y defensa. Ambas especies de violencia, la física y la moral, las recoge el artículo antes citado cuando indica que ella «puede ser actual o inminente».

La posesión violenta puede ocurrir por agresión, cuando por medio del empleo de la fuerza se desapodera de la cosa a quien era su poseedor, o por repulsión, que es lo que acontece en aquellos casos en que se ingresa pacíficamente a la posesión de la cosa cuando se halla ausente su dueño, pero vuelto éste se lo repele violentamente (art. 652, inc. 1°).

Para Guillot, que la posesión debe ser pacífica o tranquila, significa que no debe ser perturbada por actos extrajudiciales, puesto que si la perturbación fuera judicial sería interrumpida. Considera que si el poseedor no recurre a la vía judicial para reprimir los actos de perturbación de que es víctima y rechaza la fuerza solo con la fuerza, no procede como el verdadero propietario, sino como el que, desconfiando de la legitimidad de su derecho, teme que éste sea discutido en juicio. Para que su posesión no sea viciada por la perturbación, debe demandar judicialmente al autor de ese acto.331

Pública

La publicidad de la posesión debe existir durante todo el tiempo requerido para prescribir. Tan es así, que hasta que la posesión no se convierta en pública, si bien habrá posesión, ella no será útil para la prescripción. Mientras que, si la posesión en principio pública se transforma en no pública, desaparece su aptitud usucapional y se borra todo el tiempo de posesión transcurrido. Por ello, puede decirse que el vicio opera como un fenómeno que interrumpe la usucapición.

La posesión es no pública o clandestina cuando asume tales características que no existen posibilidades de conocer por parte de quien tiene el derecho a poseer la cosa, que otra persona la está poseyendo.

La exigencia de publicidad tiene como finalidad que quien puede verse perjudicado por la posesión ajena tome conocimiento de la situación a efectos de emplear las acciones judiciales pertinentes. La determinación de la finalidad de la publicidad determina su contenido, dado que si es preciso que tenga la posibilidad de enterarse quien tiene derecho a la cosa, frente a él es que debe ser pública la posesión.

El requerimiento de publicidad en la posesión no significa que exista un conocimiento real y verdadero de aquellas personas a quienes la posesión puede afectar, sino que, se debe

329 Albaladejo, *Compendio de Derecho Civil*, 10ª edición, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 328.

330 Cestau, «De la prescripción», *Revista AEU*, Vol. 71, 1-6, 1985, p. 13 y ss.

331 Guillot, *Comentarios del Código Civil*, De la posesión y de la reivindicación, Montevideo, Dornaleche y Reyes Editores, 1906, p. 63.

verificar únicamente que la posesión asumió una potencialidad tal que le permita a dichos sujetos enterarse de ella. Esto significa que cuando quien posee la cosa, ejerce su posesión actuando como lo hace un propietario medio frente a la comunidad, carece de trascendencia que el titular de aquella tome o no efectivo conocimiento de la posesión ajena. Dadas esas condicionantes, la posesión es pública aun cuando el *dominus* no la conozca en atención a sus circunstancias particulares (*v. gr.* porque estaba fuera del país o simplemente, no concurrió al lugar).

Sin duda alguna, la calificación de una posesión como pública o clandestina va a depender en gran medida del bien sobre el cual se desarrolla.

No equívoca

Este requisito es el que mayores litigios ocasiona acerca de la aptitud o no de la posesión para la prescripción.

La posesión, a los efectos de la usucapión, es inequívoca cuando del análisis de la conducta del poseedor resulta de manera notoria, concluyente o indubitable que tiene un fin determinado: la adquisición del dominio u otro derecho real de goce de manera exclusiva para su titular, descartando, por consiguiente, a otros que pretendieran tener un derecho de igual naturaleza respecto al bien poseído.

Por ende, la posesión es equívoca cuando no es posible percibir si la situación de quien se encuentra en el bien implica la manifestación de un derecho por el cual el poseedor tiene la facultad de estar en contacto con él o efectivamente es posesión. Así, normalmente es equívoca la posesión del comunero que tiene la cosa bajo su esfera de actuación, ya que no se sabe si está ejerciendo un derecho: el derivado de la comunidad, o poseyendo para prescribir el dominio en forma exclusiva, en detrimento de los otros copartícipes.

La equívocidad es incertidumbre acerca de los actos de posesión, sea porque no revelan con precisión cuál es el derecho que se pretende ejercitar, sea porque en el curso del tiempo se mezclan actos de posesión de derechos diversos.³³²

Y es así que uno de los casos que se exponen con mayor frecuencia ante los tribunales aduciendo la equívocidad de la posesión es el relativo a los condóminos. En tales hipótesis, transcurrido el plazo legal, un condómino que ha estado ostentando el bien con exclusión de los demás solicita la declaratoria de usucapión, o bien ante la requisitoria de los otros se excepciona alegando que la comunidad dejó de existir, dando lugar a una propiedad exclusiva a su favor por el modo en examen. Se presenta, pues, la cuestión acerca de si ese condómino ha actuado en ese bien por su calidad de tal o en concepto de único dueño, con ánimo de excluir a los demás del goce del bien. En general no existen dudas acerca de que es admisible la pretensión de un condómino de usucapir el bien común contra los demás condóminos, siempre que compruebe haber actuado como su dueño exclusivo, esto es, cuando su posesión exclusiva sea inequívoca.

Para que se verifique el fenómeno de la posesión exclusiva dotada de inequívocidad es preciso que de la conducta asumida por el poseedor resulte diáfana e incuestionablemente cuál es su pretensión. De su accionar debe exteriorizarse de manera indubitable la naturaleza de su vinculación con la cosa, de suerte que el resto de los cotitulares de ella puedan conocer ese intento de posesión exclusiva que los perjudica y oponerse a él. Un cambio meramente intelectual por el que el detentador de la cosa deje de gozar de ella en ejercicio de sus

332 Pugliese, *La prescrizione nel Diritto Civile*, parte prima, La prescrizione acquisitiva, 4° edición, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1921, p. 373.

facultades como comunero para transformarse en poseedor exclusivo carece de idoneidad para usucapir, dado que esa posesión es equívoca, imprecisa o ambigua.

Esta es asimismo la postura que en general asumen los tribunales uruguayos. En el caso de los condóminos, los actos de uso y goce de uno de ellos pueden explicarse de dos maneras: o como ejercicio del derecho *parcial* de propiedad que lo autoriza a actuar sobre la *totalidad* de la cosa; o bien como ejercicio de su pretendida condición de poseedor *exclusivo*, siendo esta disyuntiva el equívoco o ambigüedad que debe superarse.³³³

Normalmente los actos de un comunero tienen la calidad de posesión equívoca, puesto que son de significación ambigua al ignorarse si son ejecutados en calidad de cotitular del bien o a título exclusivo. Por ende, para que en tal caso proceda la prescripción adquisitiva se requiere probar la existencia de actos contradictorios, demostrativos del ánimo del agente de destruir el derecho de los demás coindivisarios, para que la intención de gozar privativamente de la cosa común —y consiguientemente la posesión exclusiva— de un coindivisario pueda considerarse configurada.³³⁴

La posesión del comunero, de principio, debe calificarse como equívoca, ambigua o promiscua, es decir, inhábil o inidónea para prescribir: sólo puede hacerlo cuando no existe duda que ha poseído la cosa como dueño exclusivo por sí y para sí, y no como comunero, resultando su carga eliminar la situación de coposesión inicial.³³⁵

Por tanto, los actos posesorios realizados por un comunero son de significación ambigua al ignorarse si son ejecutados en calidad de cotitular del bien o a título exclusivo. El condómino puede prescribir contra los demás condóminos, pero cabe exigirle la demostración del carácter exclusivo de la posesión.³³⁶

En concepto de propietario

Este requisito implica que se debe poseer la cosa en concepto del derecho que se pretende usucapir. En el caso de que se procure prescribir el dominio, el poseedor debe actuar tal como lo haría si fuera dueño de la cosa.

Tiempo

La ley distingue entre usucapión abreviada y prolongada y a la vez, según se trate de bienes inmuebles o muebles.

Ordinaria o abreviada

Requieren justo título y buena fe:

- 10 o 20 años para inmuebles, según sea entre presentes o ausentes (arts. 1204-1205).
- 3 años para muebles (art. 1212).

Extraordinaria o prolongada

No requieren justo título ni buena fe:

- 30 años para inmuebles (art. 1211)
- 6 años para muebles (art. 1214).

333 *ADCU*, T. XX, f. 527, p. 145.

334 *ADCU*, T. XXVI, f. 559, p. 202.

335 *ADCU*, T. XXX, f. 614, p. 232.

336 *ADCU*, T. XXIV, f. 878, p. 277.

La prescripción adquisitiva abreviadísima del art. 65 de la ley n.º 18.308

El art. 65 de la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible n.º 18.308, de 18 de junio de 2008, membretado «Prescripción adquisitiva» dispone que:

Aquellas personas cuyo núcleo familiar no supere el nivel de pobreza en sus ingresos y que, no siendo propietarias de inmuebles, sean poseedoras de un predio, no público ni fiscal, con aptitud de ser urbanizado de acuerdo con el instrumento de ordenamiento territorial aplicable, destinado a su vivienda y la de su núcleo familiar durante un período de cinco años, podrán solicitar a la Sede Judicial competente se declare la adquisición del dominio sobre el mismo por el modo prescripción. La posesión deberá ser ininterrumpida y con ánimo de dueño, pública y no resistida por el propietario.

No podrán adquirirse a través de las disposiciones de este artículo, predios o edificios de una superficie que exceda la necesaria para cumplir el fin habitacional básico que establezcan los correspondientes instrumentos de ordenamiento territorial para la zona en que se localice el predio.

No se reconocerá este derecho más de una vez al mismo poseedor.

Cuando el predio sea parte de un inmueble, en que existan otros en similar situación, la prescripción adquisitiva podrá gestionarse colectivamente. En esta situación, podrán considerarse colectivamente las áreas del territorio que determinen los instrumentos de ordenamiento territorial. Las áreas necesarias para las infraestructuras, servicios y espacios públicos prescribirán en favor de la Intendencia Municipal.

La prescripción será declarada por el Juez competente a instancia de los beneficiados o de la Intendencia Municipal, a través del proceso judicial correspondiente el cual estará exonerado de toda tributación; a su vez, podrá ser opuesta como defensa o excepción en cualquier proceso judicial.

En los litigios en aplicación de este instituto, quedará en suspenso toda otra acción, de petición o posesoria, que pueda llegar a interponerse con relación al inmueble.

La disposición aludida genera dudas de entidad en la solución que pretende brindar.

El texto legal consagra un supuesto de usucapión, ya no abreviada, sino abreviadísima, que opera exclusivamente respecto a inmuebles en el plazo de cinco años (cuando en realidad —dada la ausencia de justo título— debería ser en treinta años).

Incluso los bienes a usucapir fatalmente deben ser de propiedad particular, puesto que la ley excluye de esta especie a los bienes de propiedad nacional, sean públicos o fiscales (*vid.* la clasificación de los bienes en relación con las personas en los arts. 476 a 478 del CCU).

Se trata de un supuesto de prescripción adquisitiva calificado subjetivamente: sólo pueden adquirir a través de la figura concreta que prevé la ley aquellas personas cuyo núcleo familiar no supere el nivel de pobreza y que no sean titulares de otro inmueble. Como es fácil de ver, de lo que se trata es de solucionar la titularidad de las viviendas ubicadas en los asentamientos irregulares.

Ahora bien, el legislador en modo alguno se ha preocupado de conceptuar, por un lado, quiénes son aquellas personas cuyo núcleo familiar no supera el nivel de pobreza, ni de quiénes se computan los ingresos para determinar que no se alcanza esa franja; y por otro, a través de qué medios se comprueba que quienes procuran usucapir no son titulares de otro inmueble (o en su caso, si el usucapiente falsea la realidad y dice que no tiene esa condición, qué consecuencias se derivan cuando se descubre la verdad).

Empero, acaso la mayor omisión se produce al tratar de decidir quién asume la condición de usucapiente en los grupos familiares. Y la cuestión no es menor, dado que según el texto legal, quien se aprovecha una vez de este beneficio no puede favorecerse nuevamente con ella (inc. 3°: «No se reconocerá este derecho más de una vez al mismo poseedor»).

Incluso el precepto comete otro error de relevancia en su inc. 2°, dado que si bien prevé una limitación en la superficie a prescribir, la que no puede exceder «la necesaria para cumplir el fin habitacional básico», es ostensible que una restricción de tal importancia para la propiedad debe surgir de un texto con rango legal y no de un decreto que fije esos límites, como aparentemente admite la disposición en análisis.

De conformidad al tenor de la ley, «la posesión deberá ser ininterrumpida y con ánimo de dueño, pública y no resistida por el propietario» (inc. 1° *in fine*). Es palmario que los requisitos de la posesión para usucapir en estos casos son sustancialmente menores a las exigidas en el cuerpo civil, e incluso en la disposición aparecen reiteraciones innecesarias.

En efecto, para la ley n.° 18.308 es posible la usucapición aun cuando la posesión tenga las condiciones de discontinua o equívoca o que no se posea actuando como lo hace un propietario. Adviértase en este rumbo que no es lo mismo hacerlo con *ánimo de dueño*, como requiere la ley, que «en concepto de propietario» como exige el art. 1196 del CCU: el primero —para cierta doctrina y jurisprudencia— es sólo uno de los elementos de la posesión (art. 646 del CCU), entretanto, el segundo implica, de acuerdo a lo ya dicho, que quien posee actúa como si fuera un dueño medio o estándar de la cosa, inhibiendo un uso igual por parte de otras personas, aunque tengan derecho a ello.

Pero la ley incluye una reiteración en absoluto superflua cuando establece, por un lado, que la posesión debe ser «ininterrumpida», y por otro, que debe ser «no resistida por el propietario». Justamente, dado que la resistencia del propietario que impediría la usucapición debe ser de aquellas llevadas a cabo por vía judicial, en tanto el ordenamiento doméstico interdicta las prácticas de justicia por la propia mano, dicha resistencia a la posesión implica precisamente un supuesto de interrupción de la prescripción (arts. 1235 y ss.), que de modo palmario impide arribar al dominio por parte de quien ocupa el bien.

El penúltimo inciso del precepto admite la demanda colectiva por parte de quienes ocupan un asentamiento irregular a efectos de obtener la titularidad del bien por el modo en análisis (y también se le confiere legitimación activa a los gobiernos departamentales). Ahora bien, llama la atención la adquisición también por usucapición que se produce a favor de las Intendencias Municipales para las áreas necesarias para infraestructuras, servicios y espacios públicos. Esto último por cuanto se consagró una especie de «posesión ficta», en la cual los órganos municipales, sin realizar actos materiales sobre un bien —como exige el art. 666 del CCU—, prescriben ciertos espacios por el accionar de otros.

El legislador agrega innecesariamente, dado que constituyen principios generales referidos en modo impropio en una ley de características particulares como la ley n.° 18.308, que la usucapición que se dispone en la ley «podrá ser opuesta como defensa o excepción en cualquier proceso judicial» y que «en los litigios en aplicación de este instituto, quedará en

suspense toda otra acción, de petición o posesoria, que pueda llegar a interponerse con relación al inmueble». Incluso, con relación a esta última previsión, más que quedar en suspense el procedimiento, lo que en verdad ocurre es que el éxito de una demanda de reivindicación (o «de petición» como la llama la ley) o posesoria va a quedar sujeto a lo que se resuelva en el juicio usucapional promovido por quienes ocupan el predio (o las intendencias en su caso).

Concepto de ausencia

De acuerdo a lo establecido por el art. 1205, es ausente el propietario que reside en el extranjero.

La trascendencia de la ausencia a los efectos usucapionales radica en que disminuye el plazo de prescripción abreviada de los inmuebles: si el propietario del bien a usucapir se encuentra presente, esto es, en el país, la usucapición opera en diez años; si está ausente, en veinte años. El concepto de ausencia carece de significación en materia de muebles y de usucapición prolongada de inmuebles.

El codificador previó en el propio art. 1205 qué acontece con el cómputo del plazo en la hipótesis de que el titular de la cosa cuya prescripción es pretendida se encuentre parte del tiempo en el país y parte en el extranjero: cada dos años de ausencia se computarán como uso solo a efectos de completar por el poseedor la usucapición abreviada de diez años.

Buena fe

La concurrencia de buena fe en la posesión se coloca como un ingrediente no esencial del modo de adquirir usucapición, permitiendo que quien comienza a poseer un bien, sea mueble o inmueble, en ese concepto, puede adquirir abreviadamente su dominio o el derecho real en cuyo concepto posea. Es un requisito que no asume el carácter de esencial, desde que su ausencia no impide la usucapición, sino que únicamente dilata los plazos para que se consume; de ello se deriva como corolario que, a la par del justo título con el cual se encuentra en buen grado vinculada, tenga su órbita de influencia solamente en las usucapiones abreviadas.

En materia posesoria, y por ende en sede usucapional, adquiere particular trascendencia la buena fe subjetiva, en cuanto será la creencia del poseedor en una situación determinada —la legitimidad de quien le transmite un bien— o la ignorancia de «vicios» en su titularidad, lo que determine la adquisición abreviada por el modo en examen.

La buena fe se conforma por la unión de los requisitos exigidos por los arts. 1207, en sede de usucapición y 693, en materia reivindicatoria, en virtud de la remisión que a este último precepto realiza el propio art. 1207 y el art. 1204. Según el art. 1207, «la buena fe consiste en creer que aquel de quien se recibe la cosa es dueño y puede enajenarla con arreglo a lo dispuesto en el art. 693». Mientras tanto, conforme al art. 693, «se llama poseedor de buena fe, el que lo es en virtud de un título traslativo de dominio, cuyos vicios ignora» y «es poseedor de mala fe, aquel a quien consta que le falta título para poseer o que el que tiene es vicioso e insuficiente».

Proclama Cestau, citando a Alas, de Buen y Ramos, que el art. 1207 mira la buena fe desde el punto de vista positivo, como una creencia; mientras que el art. 693 lo hace desde el punto de vista negativo, como una ignorancia. La creencia exigida en el art. 1207 se refiere tan solo a dos circunstancias: la de que el transmitente era dueño y podía enajenar; la ignorancia exhortada por el art. 693 se refiere, en cambio, a un concepto más amplio: a que en el título no existan vicios. Siendo distintas ambas disposiciones, no son, sin embargo, incompatibles, y pueden reducirse a este concepto unitario: se reputa poseedor de buena fe

al que ignora que en su título existen vicios y cree que la persona de quien recibió la cosa era dueño y podía transmitir su dominio.³³⁷

En materia de usucapión, la buena fe adquiere trascendencia en la especie abreviada, y para la procedencia de esta figura, es menester que se satisfagan determinados requisitos. En efecto, de los arts. 1207 y 693 resulta que para que exista la posesión de buena fe es preciso que:

- a. se posea en virtud de un título traslativo de dominio;
- b. se ignoren los vicios que pueda tener dicho título, o más concretamente, se suponga que el transmitente tenía legitimación para disponer de la cosa que está poseyendo.

La buena fe se presume. Ello implica que, para destruir los efectos de la presunción, aquellos a quienes les interese deben echar sobre sí la carga de probar lo contrario, esto es, la mala fe del poseedor.

La consideración de que el poseedor tiene buena o mala fe es una cuestión fáctica, por lo que, el titular del bien que padece en su contra la presunción referida podrá interponer cualquier medio probatorio para el decaimiento de ella.

Mas, la buena fe no es un elemento meramente interno, es decir, no alcanza con alegar que se ha poseído en tal sentido, sino que debe ser confirmada por la actitud o conducta exterior del poseedor. No es suficiente con demostrar, si fuera necesario, que se ha poseído de buena fe porque, por ejemplo, se desconocía que quien enajenó el bien no era dueño, puesto que, se requiere, además de ello, una actuación del poseedor que le haya impedido tener esa creencia (*v. gr.* estudio de antecedentes dominiales, información registral). Así, el adquirente que no consultó al Registro no puede alegar buena fe, si existía inscripción a favor de una persona diferente a la que le enajenó el bien. En este caso, si bien la buena o mala fe es una cuestión subjetiva, objetivamente puede determinarse la mala fe.

En otro orden de cosas, la buena fe debe existir «al tiempo de la adquisición», como expresa el art. 1207, inc. 2°, *in fine*. Por ende, quien al comienzo de su posesión tuvo buena fe, y poseyó en virtud de justo título, puede prescribir abreviadamente, aun cuando luego conozca los vicios de que adolecen los negocios que le confirieron aquélla. Por consiguiente, la mala fe superviniente no afecta la posesión del usucapiente, ni lo conduce a la usucapión prolongada.

Justo título

El otro requisito que junto a la buena fe se debe encontrar presente para la procedencia de la usucapión abreviada, como lo exigen los art. 1204 y 1212, es que la posesión se base en la existencia de un justo título. No resulta suficiente, pues, que quien aspira a usucapir abreviadamente pruebe que está en posesión de la cosa, sino que además, tendrá que demostrar que esa posesión tiene su sostén en un título, el que sumado a la buena fe, permitirá adquirir el derecho en un plazo reducido: diez o veinte años, para inmuebles, tres años para muebles.

Aun cuando *ad litteram* el art. 1208 se refiere al *justo título* como aquel que es «capaz de transferir la propiedad», en el Derecho uruguayo ningún título transfiere por sí solo la propiedad. Por ello, la noción que da la ley debe entenderse referida a aquellos títulos que escoltados del modo tradición son competentes para transmitirla o constituir un derecho real. El concepto de *justo título* implica entonces que debe tratarse de un negocio jurídico obligacional eficaz que sea apto para, acompañado del modo, transferir el dominio o

337 Cestau, ob. cit., p. 42.

constituir o transferir un derecho real menor, pero no que opera en ese sentido en mérito a que el transmitente, al realizar la tradición, carece de legitimación para constituir o transmitir el derecho que se pretende.

Si la tradición (negocio dispositivo) hubiera producido el efecto constitutivo-transmisivo, habría transformado en titular del derecho al adquirente, pero como careció de aptitud para ello en atención a la ausencia de poder dispositivo, únicamente transmitió la posesión de la cosa, la cual si se extiende todo el plazo indicado legalmente, y concurre buena fe inicial, forjará que se adquiera el derecho en cuyo concepto se posee por obra de la usucapión.

Esa carencia de legitimación es lo que provoca que, a pesar de existir un título hábil y un modo, no se transfiera el dominio, aun cuando sí se producen otros efectos, como la transmisión de la posesión. La conjunción del título y el modo, pues, no tiene cuando se realiza, ni la tendrá posteriormente (excepción hecha del caso de legitimación superviniente), aptitud para producir el efecto constitutivo-transmisivo que se ambiciona, pero el adquirente podrá hacerse del derecho respectivo, si bien no con la tradición, sí por usucapión. Por lo expuesto, ciertos autores han afirmado, apuntando a la usucapión abreviada, que se trata de un modo de adquirir de carácter subsidiario, en tanto socorre al adquirente *a non dominus* a lograr un derecho que no se incorporó a su patrimonio por tradición en virtud de la ausencia de legitimidad de quien lo constituyó o transmitió.³³⁸

El justo título es aquel título (negocio jurídico obligacional) que adherido a la tradición constituiría o transmitiría un derecho real, pero que no lo hace por una razón externa a él: la falta de legitimación para disponer del constituyente-transmitente. Estructural y funcionalmente el título hábil y el justo título no se diferencian, en tanto ambos requieren de los mismos elementos para su perfeccionamiento y se confinan a procrear derechos personales y obligaciones; la diferencia se encuentra en la tradición y opera por inexistencia o insuficiencia en el tradente del derecho que pretende transmitir. De forma que, el título hábil a los efectos usucapionales asume la denominación de justo título para reflejar una carencia, no en el propio título, sino en el modo: la ausencia de poder de disposición, que conduce a su ineficacia.

Conforme al art. 1209, el justo título nunca se presume, a diferencia de lo que ocurre con la buena fe. Por ende, debe probarse por parte de aquel que alega tenerlo.

Los requisitos que resultan normativamente para la aptitud usucapional del justo título son los siguientes:

- a. que sea hábil para producir un efecto real;
- b. que sea verdadero; y
- c. que sea válido.

Y como consigna el inc. final del art. 1208, el error, sea de hecho o de derecho, en que se encuentre el adquirente, no basta para subsanar la ausencia de verdad o validez en el justo título.

Que se trate de un título hábil para producir un efecto real

El art. 1207 preceptúa que justo título es «el legal y capaz de transferir la propiedad». El justo título es un negocio obligacional al cual si se le adiciona el modo tradición es apto para transmitir el dominio o producir un efecto real, pero ese resultado no se obtiene por cuanto falta legitimación en el transmitente, esto es, se deriva *a non dominus*. En consecuencia, se deben excluir como justos títulos algunos negocios jurídicos que carecen de aptitud para

338 Cuenca Casas, ob. cit., p. 357.

producir aquel efecto, principalmente en atención a que, aun cuando supongan la entrega de la cosa, cumplen una función diversa.

Título verdadero

Del inc. 2° del art. 1207 resulta que el justo título debe ser verdadero, lo cual significa que no tienen aptitud para la prescripción abreviada los títulos que carecen de una existencia real, tal cual lo son los putativos³³⁹ y los simulados (fraudulentos).

Título válido

Los títulos absolutamente nulos no permiten la adquisición por usucapión abreviada, puesto que faltan al requisito de validez que exige el inc. 2° del art. 1208, pero además, por consecuencia de que carecen de aptitud para producir cualquier efecto jurídico.

Diferente es la situación en aquellos títulos que adolecen de nulidad relativa. El título relativamente nulo es apto, por lo menos en principio, como justo título para la usucapión ordinaria, puesto que produce sus efectos desde su perfeccionamiento y hasta que una sentencia determine retroactivamente su nulidad. En el caso, el justo título será aquel título que en la órbita interna (estructuralmente) presente un vicio de los que causan nulidad relativa, pero que también externamente, por falta de legitimación, sea ineficaz para transmitir el dominio. Frente a esta circunstancia, el poseedor estará sujeto a dos posibles acciones que actúan de manera autónoma: por una parte, a la acción reivindicatoria por el titular del bien y por otra, a una acción de nulidad impetrada por la persona con quien celebró el negocio jurídico viciado que obra como justo título.

Interrupción de la usucapión

La interrupción de la prescripción tiene su causa en hechos ajenos a la voluntad del poseedor, dado que tiene sus causas en la voluntad de persona diferente a éste, o incluso en la existencia de hechos en que no existe voluntad alguna (*v. gr.* hechos naturales como una inundación).

Con relación a las clases de interrupción, el art. 1232 expresa que «la prescripción se interrumpe natural o civilmente».

Las causas de interrupción civil son comunes tanto para la usucapión como para la prescripción extintiva (arts. 1235 y ss.), en tanto, las de interrupción natural son diversas para ambas figuras (arts. 1233 y 1234).

La diferencia sustancial entre las interrupciones natural y civil en materia de usucapión radica en que en las primeras, la interrupción impide la realización de actos posesorios sobre el bien que está en vías de usucapión, en cambio, en las segundas aun cuando el poseedor mantiene su poder efectivo en la cosa, ese plazo no se computa a los efectos prescripcionales y se destruye el tiempo de posesión transcurrido con anterioridad.

339 De María expresa, citando a Colin y Capitant que el título putativo es «un título que no es tal sino en la apariencia, o sea que no existe sino en el pensamiento o la creencia del poseedor. Cuando la ley exige un justo título, exige sin duda alguna estas dos cosas: la existencia de un título y que éste sea justo. Sería un contrasentido el pretender que la existencia de un título puede resultar de un título inexistente, como lo es el putativo, o más claro aún, de una falta de título. La ley exige un título, y no la creencia de que se tiene sin tenerlo», de María, El título putativo, sus consecuencias y procedimiento para su validación, *RDA*, T. XXXVII, 1939, p. 14.

Interrupción natural

El art. 1233 estatuye dos causales de interrupción natural de la usucapión.

La primera hipótesis que el CCU considera interruptiva consiste en la imposibilidad de ejercer actos posesorios sobre el bien que se está poseyendo. Desde que la usucapión requiere que se ejecuten dichos actos para su consumación, es connatural a ella, que la imposibilidad de realizarlos trunque la adquisición.

El inciso final del artículo disciplina la consecuencia que genera esta clase de interrupción natural: descontar del plazo usucapional todo el tiempo en que fue imposible la perpetración de los actos posesorios antedichos.

Si se admite que lo caracterizante de la interrupción es la destrucción del plazo corrido hasta el acto interruptivo, la imposibilidad de realizar actos posesorios, en realidad, no produce la interrupción, sino una suspensión de la posesión para usucapir.

La disposición ejemplifica la causal de interrupción en la hipótesis en que la heredad que se posee se encuentra permanentemente inundada.

La segunda causa de interrupción natural, establecida por el ordinal 2° del art. 1233, se origina cuando el poseedor ha perdido su posesión, por haber entrado en ella otra persona. La regla remite al art. 657, según el cual si se recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.

La hipótesis que se disciplina es aquella en la cual quien se encuentra usucapiendo el bien, pierde su posesión, por su ingreso a él de otra persona en carácter de poseedor. El despojado, por ende, tendrá que ejercer ciertas acciones para volver a disfrutar del bien, que serán principalmente las posesorias,³⁴⁰ para la que tendrá un plazo de un año contado desde el despojo (art. 662, inc. 2°).

El efecto que engendra esta categoría de interrupción es que se borra todo el tiempo que haya poseído el despojado y comienza un nuevo plazo de usucapión, si fuera del caso, para el despojante. Pero es menester consignar que el comienzo de una nueva posesión para usucapir no pertenece a la esencia de este acto interruptivo, dado que nada impide que quien recaló en la posesión del bien sea su titular dominial.

No obstante, sin perjuicio de que el nuevo poseedor sea un tercero o el *verus dominus*, si el despojado reobtiene su posesión judicialmente, es decir, por medio de las acciones correspondientes, se considera como si la posesión no se hubiera interrumpido. Ello resulta del inc. final *in fine* del art. 1233 y de la remisión que se realiza al art. 657.³⁴¹

Interrupción civil

La interrupción civil evidencia que el titular del derecho ya no resiste la continuidad de la situación que lo perjudica y para ello solicita la actuación judicial a efectos de ver satisfechos sus intereses.

A diferencia de lo que sucede cuando la interrupción es natural, en la civil, el poseedor no pierde su posesión; no obstante, aun cuando conserve el poder fáctico sobre la cosa, aquel fenómeno le impide computar como apto para la usucapión el período durante el cual opera la causal. Pero esa incomputabilidad puede ser meramente temporaria, en tanto, si el poseedor vence en el juicio en el cual es demandado, su situación no se verá perjudicada,

340 Eventualmente, si tuviera mejor título que el despojante tendría la acción publiciana (art. 649 n.º 6). Por supuesto, que no tendrá la reivindicatoria por cuanto no es el propietario del bien.

341 La remisión en puridad se halla mal ubicada, pues tendría que encontrarse al final del artículo y no del numeral 2°.

pues, al no existir interrupción, se contabiliza para la adquisición el plazo en que existió la causal interruptiva que finalmente no tuvo éxito.

Las motivos que engendran esta especie interruptiva son dos: el emplazamiento judicial y la citación a conciliación. Cualquiera de estos actos de naturaleza procesal tienen como derivación que, aun cuando luego de ellos se cumpla el tiempo requerido para prescribir, la usucapción no se consuma, en tanto está pendiente sobre ella la resolución de un litigio.

El art. 1235 dispone como causal interruptiva civil, tanto de la prescripción adquisitiva como de la extintiva, el emplazamiento judicial notificado al poseedor o deudor.

En el caso se produce una interrupción provisoria de la prescripción, en virtud de que la definitividad de ella dependerá de las resultancias del juicio, en tanto, si el actor no triunfa en su accionamiento, no habrá interrupción (art. 1237). Consecuentemente, si durante el término en que opera la causal en estudio se verifica la consumación del plazo de prescripción, la adquisición o no del dominio está sometida a la decisión judicial de la acción impenetrada. Si el poseedor triunfa en el litigio (o mejor, no es derrotado en él, porque culmina, por ejemplo, por perención), al no proceder la interrupción, se habrá transformado en dueño por usucapción. De forma que, cuando el plazo de prescripción se verifica existente la causa de interrupción, la usucapción solo se entiende consumada si el poseedor no pierde el juicio.

El emplazamiento al demandado interrumpe la prescripción, pero únicamente en forma provisional, puesto que la interrupción definitiva queda sometida a las resultancias del juicio. Ello significa que no es suficiente solo con demandar al poseedor o deudor y emplazarlo, sino que, es menester que la litis se resuelva a favor del actor para que el transcurso de la prescripción se considere definitivamente interrumpido. Es por lo dicho, que si no se produce la victoria del demandante en el juicio, el art. 1237 considera que no hay interrupción. Al respecto poco interesa, puesto que la solución textual es la misma, si el no triunfo del actor se verifica por su desistimiento de la acción, perención de la instancia o porque el demandado es absuelto de la demanda.

El art. 1235, en su inc. 2°, admite la viabilidad interruptiva del emplazamiento judicial aunque sea dado por juez incompetente o sea nulo desde el punto de vista formal.

El art. 1236 instituye la otra causal interruptiva civil, que es la citación a conciliación. La mera citación interrumpe la prescripción desde el día en que se realiza, pero ella puede caducar —es decir, no producir el efecto interruptivo— si en caso de ausencia de acuerdo conciliatorio, no se interpone la demanda y se emplaza poseedor o deudor en el plazo de treinta días contados a partir de la celebración de aquélla.

Quiere decir, entonces, que la citación a conciliación solo provoca una interrupción pasajera de la prescripción en trámite (todavía más que el emplazamiento), puesto que solo tendrá aptitud interruptoria a condición de que tenga lugar la secuencia imbricada de realización de la conciliación más demanda más emplazamiento, todo ello en el plazo de treinta días.³⁴² Pero, aun así, la interrupción quedará pendiente de que quien instaura la acción, resulte ganancioso en el litigio.

En caso de que el emplazamiento se realice pasados los treinta días, ello trae como consecuencia que la prescripción igualmente se interrumpe, pero no desde la fecha de la

342 Judicialmente se consideró que el plazo de prescripción es civil, por lo que se computan días corridos; pero cuando se interrumpe aquel plazo por la citación a conciliación y la efectiva interrupción queda supeditada al cumplimiento de un acto procesal (demanda, emplazamiento y notificación), el plazo ya no es el mismo, sino que es otro de naturaleza procesal y que por lo tanto se interrumpe con la feria judicial (*ADCU*, T. XXX, f. 627, pp. 236-237).

citación a conciliación, sino desde la del emplazamiento (o desde su notificación, si se admite que este evento es el interruptivo). Consecuentemente, si en el período transcurrido entre la citación a conciliación y el emplazamiento ha concluido el plazo de prescripción, éste carece de habilidad interruptiva y de aptitud para aniquilar la usucapación obtenida.

Suspensión de la usucapación

El plazo prescriptivo se suspende, en general, respecto a bienes cuya pertenencia es de personas con imposibilidad o dificultad de defender su derecho frente a la *possessio ad usucapionem* de otras.

Suspendido el período usucapional, el tiempo transcurrido antes de la suspensión no se borra, ni se destruye, sino que, por el contrario, mantiene su vigencia, y cuando se extinga la causa que motiva aquélla, la usucapación se logra si el tiempo necesario se obtiene sumando el término corrido antes de la suspensión con el transcurrido luego de la misma (*praescriptio dormit*).

Por consiguiente, cuando existe una causa suspensiva, la posesión sobre la cosa que se pretende usucapir se mantiene con todos los caracteres que la ley exige para que opere el modo adquisitivo; pero no obstante ello, dicha posesión no es computada como apta para proceder a la adquisición. Es decir, que uno de los efectos que genera el fenómeno posesorio no se despliega (el de su virtualidad adquisitiva, prevista por el ord. 5° del art. 649), lo que no impide que tengan lugar, en su caso, los demás efectos. Nada obstruye, pues, que aun cuando la *possessio ad usucapionem* se encuentre suspendida, el poseedor tenga acciones posesorias, se le presuma dueño, se haga titular de los frutos, si es de buena fe, etcétera.

Vale decir, entonces, que la suspensión en modo alguno constituye un instituto impeditivo de la usucapación, sino que su función, en realidad más humilde, se sintetiza en diferir la adquisición a través de aquélla. Su fundamento estriba en la consideración de que en ciertas hipótesis (incapaces, herencia yacente), los interesados no están en las condiciones adecuadas para amparar sus derechos, en razón de lo cual la ley les concede un plazo mayor para su defensa, al no computar como idóneo para la adquisición el tiempo en que se mantiene esa imposibilidad o dificultad.

A diferencia de lo que acontece con la renuncia y la interrupción, que están investidas de un poder devastador sobre la usucapación, la suspensión es menos enérgica y solo se limita a detener provisionalmente el cómputo del plazo para adquirir. Por sí sola, esta figura carece totalmente de significación obstativa de la adquisición y solo amplía para ciertas usucapiones el plazo para que el titular del bien que está en vías de prescripción pueda paralizar (*v. gr.* con la interposición de una acción reivindicatoria) la pretendida adquisición del poseedor.

Las prescripciones cuyo plazo se detiene son las siguientes:

- a. la adquisitiva abreviada de bienes inmuebles, sea entre presentes o ausentes (art. 1204) y de bienes muebles (art. 1212);
- b. la extintiva de acciones personales que opera por el transcurso de veinte años (art. 1216).

Pero la figura no goza de un efecto *ad perpetuam*, por cuanto —como indica el inc. 2° del art. 1244— el transcurso de treinta años hace que no se tenga en cuenta la suspensión acontecida.

En la actualidad, en el Derecho patrio, las causas de suspensión se pueden clasificar atendiendo a aspectos subjetivos y objetivos, tal como brota del art. 1243.

Según el primer criterio las causas suspensivas tienen lugar por la carencia de capacidad del titular del derecho cuya prescripción se pretende obtener, mientras que, de acuerdo al segundo, se suspende la prescripción en favor de la herencia yacente, mientras no tenga curador.

El ord. 1° del art. 1243 menciona diversos sujetos que se benefician con la suspensión de la prescripción, principalmente, en consideración a su falta de capacidad.

El ord. 1° despliega su función protectora empleando un doble criterio: primero se refiere a los sujetos que no son capaces y luego para reafirmar la protección menciona a los sujetos sometidos a institutos de protección a los incapaces, lo cual conduce a que algunos sujetos sean protegidos dos veces por la misma disposición. En efecto, si bien no necesariamente un incapaz debe estar sometido a un instituto de protección, sí es inexorable la relación inversa, es decir, que para hallarse sometido a uno de dichos institutos necesariamente se debe ser incapaz. Resulta de ello, por consiguiente, que la norma es inútilmente reiterativa, en cuanto no era menester que refiriera que la suspensión beneficia a los sometidos a patria potestad, tutela o curatela, cuando ya había dicho que se suspendía a favor de los menores y otros incapaces.

Pero no quedan ahí los errores normativos, sino que dentro de la protección que pretende a los incapaces, incluye a los sordomudos, que son sujetos plenamente capaces, salvo que no se puedan dar a entender por escrito (v. en tal sentido, el art. 1279).

Por otra parte, con voluntad o no, el codificador protegió a sujetos que, a pesar de ser menores, distan de ser considerados incapaces, como lo son los habilitados por matrimonio.

En definitiva, el análisis del precepto debe ser efectuado en conexión con las disposiciones que regulan la capacidad de las personas: de ahí que la suspensión de la prescripción tiene lugar respecto a los menores (con ello se incluye a los habilitados por matrimonio, haya sido o no la *mens legislatoris*), los sordomudos que no se puedan dar a entender por escrito y los dementes, sin importar que estén sometidos o no a un instituto de protección de los incapaces.

El concepto de herencia yacente refiere a supuestos en que la falta de herederos, sea porque no existen o porque los existentes han repudiado, conlleva a que la herencia sea deferida al Estado, con destino a la Administración Nacional de Educación Pública (art. 669 de la ley n.° 16.170).

El art. 452 del CCU, por su parte, requiere el nombramiento de un curador de bienes para los bienes del difunto cuya herencia se declare yacente. La suspensión opera desde la muerte del titular del derecho cuya prescripción se pretende hasta el nombramiento del curador de bienes y su fundamento radica en evitar que los bienes hereditarios queden sin un encargado de protegerlos y consecuentemente, sin un sujeto que pueda interrumpir la usucapación anhelada por el poseedor.

Con relación a sus efectos, la suspensión no es impeditiva de la prescripción, sino que únicamente dilata o retrasa su ocurrencia. En efecto, respecto a quien se halla en vías de prescribir, sea adquisitiva o extintivamente, la causa de suspensión, influye en perjuicio suyo, pues actúa como un obstáculo, que si bien no es definitivo, tiene como corolario que el plazo en que existe el impedimento, no se computa para la consumación de la prescripción.

La suspensión puede tener lugar al inicio del plazo de prescripción, como implícitamente resulta del art. 1244, inc. 1° *in fine*, o cuando se encuentra en trámite. En ambos casos, actúa de equivalente manera respecto a la usucapación, es decir, existe posesión sobre el bien, pero ella, sustentando toda su energía, no tiene aptitud para provocar el efecto adquisitivo.

Efectos de la usucapión

A grandes rasgos, la usucapión produce un doble efecto: principalmente, adquisitivo, y reversivamente, extintivo. En el primer sentido, da lugar a la adquisición del dominio o del derecho real en cuya virtud se poseyó por quien tuvo la calidad de usucapiente; mientras que, desde el punto de vista extintivo, como corolario de la adquisición ajena, opera la pérdida de su derecho para el titular anterior o bien, su gravamen, si la usucapión fue de un derecho real menor. Dicho egreso patrimonial se traduce como corolario ineludible en la extinción de la acción reivindicatoria que tenía quien fuera *dominus* para recuperar el bien que se usucapió.

La adquisición del derecho se produce *ipso iure*, automáticamente, con el cumplimiento de los plazos y demás requerimientos disciplinados normativamente. Es en ese instante en que se produce la mutación jurídica y la cosa abandona la esfera patrimonial de quien era su titular y se incorpora a la del usucapiente.

A pesar de ello, en ciertas situaciones se torna menester recurrir a los órganos judiciales a efectos de lograr la documentación (título en sentido instrumental) que refleje la adquisición consumada, lo cual le permite al adquirente actuar con el bien en el mundo jurídico y a su vez, reflectivamente, acreditar la pérdida de los derechos del anterior titular. La necesidad de recurrencia a los órganos de justicia procede indudablemente, en tanto se pretenda hacer oponible *erga omnes* lo obtenido, en los supuestos de usucapión prolongada, en los que no hay en general ninguna documentación —ni siquiera un justo título— que permita acreditar la adquisición del derecho. Para promover una decisión judicial y como consecuencia proveer al usucapiente de un instrumento que acredite el derecho adquirido, se ha instaurado, en su génesis como creación doctrinaria adoptada por los tribunales y actualmente recibida legislativamente, la denominada acción declarativa de prescripción.

La acción declarativa de usucapión tiene por finalidad la obtención de una sentencia que acordará al usucapiente un título en sentido instrumental, que le permitirá incorporar el bien adquirido al comercio jurídico.

En el Derecho uruguayo y en el comparado más próximo, no existen preceptos que expresamente y con carácter general le atribuyan efectos retroactivos a la usucapión producida. Sin embargo, tanto la doctrina nacional³⁴³, como extranjera³⁴⁴ le confieren ese carácter, hallando la base para sostener su procedencia en el símil del art. 1961 ord. 1° del CCU, que solamente atribuye ese efecto a un supuesto específico: no se considera ganancial el bien que uno de los esposos poseía antes de la vigencia de la sociedad conyugal, aun cuando la prescripción se complete o verifique durante ella.

El efecto retroactivo en análisis tiene como consecuencia que si bien la adquisición se produce al cumplirse el plazo normado, sus efectos se retrotraen al momento en que el usucapiente realizó el primer acto posesorio, esto es, se convierte en titular del derecho al final del plazo, pero su titularidad le es reconocida como si le correspondiese desde el principio de su posesión.

De suerte que aquel efecto actúa positiva o negativamente, según los casos, con referencia a los negocios jurídicos celebrados durante el período de posesión del usucapiente. Por cierto, la usucapión se manifiesta positivamente, confiriéndoles una eficacia superviniente, una

343 Cestau, ob. cit., p. 28.

344 A simple vía enunciativa: Albaladejo, *Instituciones...*, ob. cit., p. 109; Alessandri et al., ob. cit., p. 470; Josserand, ob. cit., p. 198; Peñailillo, ob. cit., p. 289; Salvat, ob. cit., n.° 1014, p. 568.

retrolegitimación, a los negocios jurídicos celebrados por el poseedor durante su posesión y antes de la consumación de aquélla. Ello implica, que los negocios que celebró el poseedor y que eran ineficaces al momento de la celebración —por devenir de un *non dominus*— adquieren eficacia *a posteriori*, dado que su falta de legitimación se subsana retroactivamente. Por tanto, si el poseedor pretendió constituir un derecho en el bien usucapido —*v. gr.* un derecho real de usufructo—, antes de transcurrido el plazo usucapional, esa constitución que era ineficaz, precisamente porque era *a non dominus*, con carencia de legitimación, adquiere eficacia —retroactiva a la fecha de constitución— cuando acontece la adquisición por usucapación del constituyente. La usucapación producida opera, pues, como una hipótesis de legitimación superviniente respecto a la constitución del derecho real menor realizada.

Pero así como la usucapación actúa positivamente con relación a los negocios jurídicos celebrados por el usucapiente antes de alcanzar la titularidad dominial, influye negativamente respecto a los realizados por el ex-titular durante el período usucapional, dado que la retroactividad provoca que dichos negocios le sean inoponibles al nuevo *dominus*. Tal consecuencia se deriva de que, así como el usucapiente es considerado *dominus* desde el comienzo de su posesión, reflectivamente, el anterior titular pierde su derecho de forma retroactiva a partir de que aquel realizó su primer acto posesorio. El efecto retroactivo provoca que los negocios jurídicos respecto al bien usucapido que hayan sido celebrados por el ex-titular, durante el tiempo de posesión del usucapiente, sean inoponibles a éste.

Preguntas referidas a «Bienes»

1. Concepto de patrimonio. Diversas teorías al respecto.
2. Características de los derechos reales.
3. Desarrolle la importancia que reviste la clasificación de los bienes considerados en sí mismos.
4. Clasificación de los bienes según su titular.
5. Concepto de dominio o propiedad.
6. Limitaciones al derecho de propiedad o dominio.
7. Desarrolle la teoría del abuso del derecho.
8. Principales atributos del condominio en el Derecho Uruguayo.
9. Modos de constituirse el derecho real de usufructo.
10. Derechos y obligaciones del usufructuario.
11. ¿Cómo se extingue el derecho del usufructuario?
12. Similitudes y disparidades entre el derecho real de uso y el de habitación.
13. Concepto y clasificación de las servidumbres.
14. Formas de extinguirse las servidumbres.
15. Fundamente por qué el legislador otorga protección o amparo a la posesión.
16. Posesión, derecho de posesión y mera tenencia, conceptos y diferencias.
17. Señale los derechos que confiere la posesión.
18. Describa las acciones posesorias previstas por el Código Civil.
19. ¿Qué debe probar la persona que instaura un juicio de reivindicación?
20. ¿Qué debe restituir el poseedor vencido en el juicio de reivindicación, según lo sea de buena o mala fe?

Preguntas referidas a «Modos de adquirir»

1. Diferencias entre modos de adquirir originarios y derivados.
2. Diferencias entre modos de adquirir singulares y universales.
3. Publicidad de la adquisición de derechos.
4. Régimen de los Registros Públicos en el Uruguay.
5. Efectos de la publicidad registral. Diferentes clases.
6. Concepto y clases de ocupación. ¿Qué bienes pueden adquirirse por ocupación?
7. Concepto de tesoro. ¿A quién pertenece lo descubierto?
8. ¿Cuál es el régimen de las cosas pérdidas o extraviadas?
9. Concepto y clases de accesión.
10. Elementos y efectos de la accesión continua.
11. Concepto de adjunción.
12. Concepto de especificación.
13. Concepto de conmixtión.
14. ¿Cómo se regulan las construcciones realizadas en suelo ajeno?
15. Diferencias entre los conceptos y el régimen del aluvión y la avulsión.
16. ¿Cómo se transfiere el dominio por acto entre vivos en el Derecho uruguayo?
17. Caracteres de la tradición.
18. Especies de tradición.
19. Tradición por mero consentimiento de las partes. Citar ejemplos.
20. Tradición por cláusula. Citar ejemplos.
21. Requisitos de la tradición.
22. Efectos de la tradición. Diferentes supuestos.
23. Diferencias entre la tradición efectuada por quién es dueño de la cosa y por quién carece de esa calidad.
24. ¿Es posible realizar la tradición por parte de aquél que carece del dominio?
25. ¿Qué consecuencias se derivan de la tradición realizada por el dueño que carece de la posesión?
26. Diferencias entre prescripción adquisitiva y extintiva.
27. Clases de usucapión.
28. Requisitos de la posesión para usucapir.
29. Plazos para usucapir.
30. Concepto de buena fe. Importancia en sede de usucapión.
31. Concepto de justo título. Importancia en sede de usucapión.
32. Interrupción de la usucapión. Diferentes clases.
33. Suspensión de la usucapión.

Bibliografía de la parte III

- Alas, Leopoldo; De Buen, Demófilo y Ramos, Enrique, R, *De la usucapación*, Imprenta Ibérica, Madrid, 1916.
- Albaladejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de cosas*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- *Instituciones del Derecho Civil*, T. I, Bosch, Barcelona, 1960.
- *Compendio de Derecho Civil*, 10ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, Vodanovic, Antonio, *Curso de derecho civil*, T. II, Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1940.
- Barbero, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, T. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As, 1967.
- Beltran de Heredia de Onis, Pablo, *La tradición como modo de adquirir la propiedad*, RDP, Madrid, T. LI, febrero de 1967, pp. 103-116.
- Biondi, Biondo. «Los bienes». Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1961.
- Borrel y Soler, Antonio, *Derecho civil vigente en Cataluña, Libro segundo. Derechos reales*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1944.
- Cafaro, Eugenio, *Propiedad de las construcciones realizadas por el promitente adquirente (Ley 8.733)*, ADCU, T. IX, sec. Doct, pp. 262-268.
- *Propiedad horizontal. Derecho de sobreelevar*, dictamen en Revista AEU, Vol. 76 (1-6), 1990, pp. 117-120.
- Cestau, Saúl, *De la prescripción*, Revista AEU, Vol. 71, 1-6, p. 13, 1985.
- *Modos de adquirir el dominio (Ocupación y accesión)*, Ed. Claudio García y Cía, 1937.
- *De la tradición*, Peña & Cía Impresores, 1939.
- Cuena Casas, Matilde, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- Del Campo, Francisco. «Bienes» volúmenes 1 y 2.
- De María, Pablo, *El título putativo, sus consecuencias y procedimiento para su validación*, RDJA, T. XXXVII, 1939, pp. 12-17.
- De Ruggiero, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, traducción de la 4ª edición italiana, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- Escrive, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería de Rosa y Bouret, París, s/f.
- Gamarrá, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. I (1989); T. II (1987); T. III, vol. I (1989); T. III, vol. II (1989); T. IV (1981); T. VIII, (1989); T. X (1989); T. XII (1979); T. XIII (1979); T. XIV (1972); T. XVI (1976).
- ADCU. T. XXXVI, «Abuso de derecho» pp. 633-645.
- Guillot, Alvaro, *Comentarios del Código Civil, De las servidumbres*, Dornaleche y Reyes, Editores, Montevideo, 1901.
- *Comentarios del Código Civil, De la posesión y de la reivindicación*, Dornaleche y Reyes, Editores, Montevideo, 1906.
- «Comentarios del Código Civil de la posesión». Jerónimo Sureda Editor, 1926.
- Hargain, Daniel. <www.hargain.com.uy> publicada en Revista Crítica de Derecho Privado, n.º 5 año 2008, p. 125 y siguientes. Dr. Daniel Hargain.
- Hernández Gil, Antonio, *Obras completas*, T. II, *La posesión como institución jurídica y social*, Espasa-Calpe, S.A, Madrid, 1987.
- Howard, Walter. *Modos de adquirir*, Ed. Universidad de Montevideo, 2ª ed., 2010.
- Josserand, Louis, *Derecho Civil, T. I, vol. III, La propiedad y los otros derechos reales y principales*, revisado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía Editores, Bs. As, 1950.
- Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, T. III, Derechos reales, vol. I, Propiedad y posesión*, 3ª edición, José María Bosch Editor S.A, Barcelona, 1990.
- Lafaille, Héctor, *Derecho Civil, T. III, Tratado de los Derechos Reales, vol I*, Compañía Argentina de Editores SRL, Bs. As, 1943.
- Lagarmilla, Eugenio. «De las acciones en materia civil». Ed. Claudio García. Año 1904.

- Lanziano, Washington. «Estudios de Derecho de superficie y de Propiedad Horizontal». Año 2007
- Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ts. II, III, IV y V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979.
- Molla, Roque, *La prescripción adquisitiva abreviada: un modo originario de adquirir*, ADCU, T. XXIII, pp. 603-609. También en Revista AEU, Vol. 78, 7-12, 1992, pp. 396-403.
- Moreu Ballonga, José Luis, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Bosch, Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1980.
- Núñez Boluda, María de los Desamparados, *La accesión en las edificaciones*, José María Bosch Editor S.A, Barcelona, 1994.
- Oddo, Julio. RDPP. P. 131. «Del patrimonio».
- Peñailillo Arevalo, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª edición, 1991.
- Planiol, Marcel y Ripert, George, con el concurso de Picard, Maurice, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés, T. III. Los bienes*, Editor Juan Buxó, Habana, 1930.
- Pugliese, Giuseppe, *La prescrizione nel Diritto Civile, parte prima, La prescrizione acquisitiva*, 4ª edición, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1921.
- Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. III, vol. I, 3ª ed, Bosch, Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1989.
- Ramírez, Juan Andrés, *La prescripción adquisitiva en los inmuebles es factor potencial de incertidumbre*, ADCU, T. IX, sec. Doct, p. 225 y ss.
- *ADCU*. T. X, «El derecho de superficie...» pp. 204 -213.
- Ramírez, Juan Andrés y Ferrando, Zulema. «Curso de Derecho Civil I. Ts 1 a 4.
- Ramos Olivera, Julio. «Manual Práctico de Propiedad Horizontal». 4ª edición. FCU
- Rivero, Mabel y Ramos, Beatriz. «El concurso y su incidencia en el Derecho de Familia Personal la Sociedad Conyugal la Unión Concubinaria y las Sucesiones. FCU Año 2009.
- Rivero, Mabel. «Lecciones de Derecho Sucesorio» segunda edición. FCU Año 2005.
- Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, T. VIII, 3ª ed, Ed. La Ley, Buenos Aires 1946.
- Supervielle, Bernardo. «Condominio».
- Varela de Motta, María Inés. «Bien de Familia» Texto y Contexto n.º 15. FCU 2ª edición. 1992.
- Vila Ribas, Carmen, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, Librería Bosch, Barcelona, 1989.
- Yglesias, Arturo «Derechos reales limitados». FCU 1988.
- «Derecho de las cosas» T. I. FCU Año 1997.
- «Derecho de las cosas» T. II. La posesión y sus circunstancias. FCU Año 2000.
- «Derecho de las cosas» T. III. La propiedad. FCU Año 2010.
- *ADCU*. T. XL. «La propiedad que viene» pp. 1011-1017.
- *ADCU*. T. XIX. «Sobre el fundamento del amparo posesorio». pp. 603- 621.

Parte IV
Obligaciones

Concepto de obligación

La obligación es el vínculo jurídico existente entre dos sujetos de derecho por el cual se debe dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1245 del CC), y que en caso de que no se haga efectiva, faculta a quien puede exigirla a solicitar la intervención coactiva del Estado para imponer una sanción.

Doctrinariamente, se han formulado críticas a tal definición fundadas en que considera a la obligación desde el punto de vista de sus efectos, a la vez que prescinde de la idea de vínculo jurídico, por lo que resulta insuficiente. Por tanto, se hace necesario complementarla con otras disposiciones del mismo cuerpo normativo; a vía de ejemplo, con el art. 473 del CC, en tanto sitúa el vínculo jurídico desde la persona del acreedor, así como con el art. 1340 del CC, que en sede de obligaciones de no hacer establece las consecuencias de su incumplimiento, y con el art. 1342 del CC que determina las consecuencias del incumplimiento de la prestación, de las que surge que la obligación además de ser esencialmente un deber jurídico, constituye una relación jurídica obligatoria, siendo esencial como elemento constitutivo el vínculo jurídico entre deudor y acreedor.

Como señala Albaladejo³⁴⁵:

Se llama obligación a la total relación o vínculo entre acreedor y deudor (asimismo se le denomina *crédito*, cuando se le contempla desde el punto de vista del acreedor); pero también se llama *obligación* a la parte pasiva de ese vínculo, es decir, a la *deuda* que pesa sobre el sujeto pasivo de la relación.

En igual sentido, Larrañaga³⁴⁶ indica que:

la obligación puede entenderse de dos maneras o desde dos puntos de vista: a) como deber concreto (deuda) que asume el deudor (concepto restringido) de dar, hacer o no hacer alguna cosa; o b) como relación jurídica obligatoria, donde no sólo existe un deber concreto del deudor, sino que ese deber lo vincula necesariamente con otro sujeto llamado acreedor, quien tendrá el derecho a recibir aquella prestación (derecho de crédito), así como el poder jurídico de reclamar coactivamente en caso de incumplimiento por parte del deudor.

345 Albaladejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1960, T. I, p. 489

346 Larrañaga, «La Obligación», en AA.VV., *Obligaciones y cuasicontratos*, Montevideo, FCU, 1ª ed., 2009, p. 13

Elementos de la obligación

Elemento personal

En todo vínculo obligacional existen dos sujetos. En primer lugar, un sujeto activo, el acreedor, que es aquel que cuenta con la posibilidad de reclamar la prestación; y en segundo término, un sujeto pasivo, el deudor, que es quien está constreñido a cumplir esa prestación, de forma que, si no la cumple, puede ser compelido a ello.

A su vez, los sujetos de la obligación pueden ser personas físicas y/o jurídicas, requiriéndose en cada caso por parte del legislador la capacidad para ello, esto es, en el caso de las personas físicas mayoría de edad, y en el caso de las personas jurídicas el reconocimiento por parte del Estado para su actuación.

En determinadas situaciones, como por ejemplo en el contrato de compraventa, ambos contratantes son simultáneamente sujetos activos y pasivos, revistiendo el comprador la calidad de acreedor de la cosa materia de la obligación y deudor del precio, en tanto que el vendedor es acreedor del precio a la vez que deudor de la cosa, produciéndose la interconexión de dos relaciones obligacionales recíprocas.

Unidad o pluralidad de personas

Los sujetos que asumen los roles activo y pasivo en la relación generada por el negocio jurídico pueden ser una o más personas físicas y/o jurídicas.

La unidad o multiplicidad de sujetos activos o pasivos puede ser originaria o derivada. Es decir, se contrae desde un principio entre varios, o al nacimiento de la obligación el sujeto activo es unipersonal y luego se transforma en pluripersonal (*v. gr.* por herencia) o viceversa, ser pluripersonal al inicio y luego volverse unipersonal (por ejemplo, cuando los acreedores son dos personas casadas entre sí, que mueren y las hereda su único hijo).

Modalidades especiales

Cuando estamos en presencia de multiplicidad de sujetos en ambos roles, la obligación puede adoptar modalidades especiales, como por ejemplo obligaciones divisibles o indivisibles, mancomunadas o solidarias.³⁴⁷

Elemento objetivo

Es la prestación a que se compromete el sujeto pasivo: sobre lo que versa la obligación, consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La prestación es el comportamiento que el sujeto activo espera o puede exigir del sujeto pasivo (p. ej. entregar una suma de dinero, constituir una servidumbre, etcétera).

347 Aspecto que se abordará en el capítulo 11 «Clasificación de las obligaciones» de la cuarta parte de este manual.

El objeto de la obligación debe ser lícito, y suficientemente determinado (art. 1261 del CC) pudiendo conformar la prestación las cosas (art. 1283 del CC) o los hechos (art. 1284 del CC) que no estén fuera del comercio de los hombres³⁴⁸ (p. ej., un contrato de compraventa, o de donación no puede recaer sobre un bien que tiene la naturaleza de ser de dominio público).³⁴⁹

Caracteres que deben tener las cosas objeto de la obligación.

- a. Ser reales, es decir que existan.
- b. Ser comercializables, o sea deben estar en el comercio de los hombres.

Existen cosas que por su naturaleza podrían estar en él, pero que se encuentran fuera de dicho comercio en función de que su utilización resulta perjudicial para la sociedad (p. ej. estupefacientes) o aquellas que por su propia naturaleza están excluidas del mismo al ser su uso gratuito y pertenecer a todos los habitantes (p. ej.: bienes nacionales de uso público).

- c. Determinadas o determinables. Nuestro Código Civil exige que las reglas para la determinación se encuentren en el título constitutivo de la obligación, no admitiéndose que se realice por pacto posterior. (p.ej. compraventa respecto de una unidad de propiedad horizontal de un edificio que se proyecta construir).

Caracteres que deben tener los hechos objeto de la obligación.³⁵⁰

- a. Físicamente posibles.
- b. Moralmente posibles, es decir que no sean contrarios a las buenas costumbres³⁵¹ y al orden público³⁵².
- c. Determinados o determinables.
- d. Tratarse de un hecho en el cual tengan interés los contrayentes (art. 1283 inc. 3° del CC), no incidiendo en tal determinación la utilidad que les reporte.³⁵³

En suma: es objeto ilícito aquel que no reúne los requisitos o caracteres enumerados expresamente por nuestra legislación (art. 1286 del CC)

348 Prunell y Peirano son exponentes de la teoría denominada materialista que considera que el objeto de la relación obligatoria es la cosa o el hecho que se obliga a dar o a hacer o no hacer el deudor, citados por Larrañaga, ob. cit., p. 48

349 El tema clasificación de los bienes con relación a las personas, es analizado en el capítulo 3 «Los bienes con relación a sus titulares» de la tercera parte de este manual.

350 Gamarra y Bayley son exponentes de la doctrina de la prestación, para la cual el objeto de la obligación es el comportamiento debido por el deudor (prestación) consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa, citados por Larrañaga, ob. cit., p. 49.

351 Def.: Concepto jurídico, de contenido variable en el tiempo y en el espacio, referido a los criterios de moralidad dominantes en una sociedad dada, cuya preservación interesa a la comunidad de integrantes de la misma. (Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1991, p. 127)

352 Def.: Conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamenta su derecho positivo y que éste tiende a tutelar (Couture, ob. cit., p. 437)

353 Para la teoría patrimonialista el objeto de la obligación es el resultado económico, provecho o utilidad económica que pretende el acreedor (Larrañaga, ob. cit., p. 49)

Elemento jurídico

Es el vínculo jurídico, el nexo que une al sujeto activo con el pasivo y que le permite a aquél exigir un comportamiento de éste, el cual si no es realizado le permite recurrir a la vía judicial para solicitar su cumplimiento coactivo.

Es decir, acreedor, deudor y prestación están ligados por un vínculo jurídico que es la relación de derecho que constituye la esencia de la obligación.

Albaladejo³⁵⁴ al efecto precisa:

No se trata ni de un vínculo que someta al acreedor la *propia persona* del deudor, ni que exista exclusivamente entre el acreedor y el *patrimonio del deudor*; sino de un vínculo que somete al acreedor *determinada conducta* (un acto o una serie de actos) del deudor, y que somete *subsidiariamente* —para caso de incumplimiento— el patrimonio de éste a la acción de aquél.

Este vínculo jurídico no debe ser demasiado débil que no convoque la responsabilidad del deudor, y no nazca la obligación por su insuficiencia, pero tampoco debe comprometer al deudor al punto de vulnerar su libertad o autonomía. En nuestro derecho positivo, por ejemplo, el art. 1836 del CC establece en sede de arrendamiento de obras que: «Nadie puede obligar sus servicios personales, sino temporalmente o para obra determinada» y, correlativamente, el mismo cuerpo normativo indica en el art. 1253 del CC que la validez o el cumplimiento de los contratos no puede quedar librado a la voluntad de una sola de las partes. Resultan elocuentes, al efecto las prohibiciones establecidas por parte del legislador al regular las estipulaciones del contrato de sociedad como el art. 1892 nral. 1º del CC que prohíbe la estipulación que impida a los socios renunciar a la sociedad.³⁵⁵

354 Albaladejo, Manuel, ob. cit. p. 490.

355 Opiniones de Peirano y Ordoqui, cit. por Larrañaga ob. cit., p. 35

Fuentes de las obligaciones

La obligación tiene causas, hechos generadores en virtud de los cuales surge en la vida jurídica. Albaladejo³⁵⁶ señala que el Ordenamiento atribuye a ciertos hechos (que por eso se convierten en jurídicos) determinados efectos, estableciendo una relación de causalidad entre ambos. Y cuando el efecto atribuido es el nacimiento de una obligación, el hecho productor puede denominarse fuente de la misma.

Originariamente, las fuentes de las obligaciones se consideraban los contratos y los delitos (hechos ilícitos). Planiol (citado por Prunell³⁵⁷) indicaba que la obligación de indemnizar en los hechos ilícitos surgía de la ley, por lo que las fuentes de las obligaciones emanaban de los contratos y de la ley, llegándose a sostener que la ley es la fuente inmediata de todas las obligaciones el receptáculo de las demás fuentes. Si el contrato vale como ley entre las partes, y el hecho ilícito es fuente de resarcimiento, es porque la ley lo establece.

Sin desconocer que la ley sea el receptáculo de las otras fuentes, procede distinguir los casos en que la ley es fuente inmediata de aquellos en que es fuente mediata de la obligación, de allí la conveniencia de mantener la distinción de nuestro legislador que explica las fuentes de las obligaciones considerando los acontecimientos humanos que les dan origen.

Partiendo de la distinción entre hecho y acto jurídico³⁵⁸ acontecimientos (voluntarios o no) que tienen por fin producir efecto jurídico, actualmente nuestra legislación establece que los hechos jurídicos (en sentido amplio) productivos de obligaciones, de acuerdo al art. 1246 del CC, son :

- a. Contratos: acuerdos generativos de obligaciones (*v. gr.* compraventa);
- b. Cuasicontratos: hechos lícitos en que no hay acuerdo de voluntades, sino actuación unilateral;
- c. Delitos: hecho ilícito realizado con voluntad de dañar;
- d. Cuasidelitos: hecho ilícito realizado sin voluntad de dañar;
- e. Ley: por ejemplo, la obligación alimentaria de los arts. 116 y ss. del CC, según resulta del art. 473 del CC.

356 Albaladejo, Manuel, ob. cit. p. 609.

357 Prunell, *Obligaciones*, Publicación del Centro de Estudiantes de Notariado,

358 Analizada en el Capítulo 7 «Hechos constitutivos y extintivos de las relaciones jurídicas» de la primera parte de este manual.

El contrato

Concepto

El contrato es una especie del género negocio jurídico. El art. 1247 del CC lo define como «una convención por la cual una parte se obliga para con la otra, o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa» conceptualizándolo como un convenio generador de obligaciones

Los contratos tienen una detallada regulación en el Código Civil; por ende, ante la ausencia de una regulación sistemática de los negocios jurídicos en general, las normas de aquéllos se aplican analógicamente a éstos, colmando sus lagunas.

De la definición del artículo citado resultan 2 elementos para la figura del contrato:

- a. la existencia necesaria e imprescindible de un acuerdo de voluntades. Por ende, carecen de naturaleza contractual aquellas figuras en que no hay pluralidad de voluntades, como por ejemplo, un testamento;
- b. provoca el nacimiento de derechos personales y obligaciones. Sin embargo, algunos autores entienden que pueden tener por efecto también la modificación y extinción de obligaciones.

Es decir, doctrinariamente asistimos a un concepto amplio que entiende que el contrato existe siempre que hay acuerdo de voluntades tendiente a producir efectos jurídicos, no importando cuáles ni en qué campo del derecho se verifican, un concepto restringido que postula que el contrato sólo sería creador de obligaciones, no actuaría ni modificándolas, ni extinguiéndolas, mientras que otra posición sostiene que el contrato tiene siempre un contenido patrimonial, los actos jurídicos tendientes a producir efectos jurídicos que no posean valor patrimonial (como por ejemplo en las relaciones de familia: adopción y matrimonio, quedan fuera del ámbito de los contratos).³⁵⁹

Por otra parte, el contrato siempre es un negocio *inter vivos*, en oposición a los *mortis causa*, dado que produce sus efectos desde que se celebra.

Caracteres

Conforme a lo expuesto, tomando como punto de partida la definición elaborada por el legislador y a la luz de las posiciones doctrinarias anteriormente señaladas, permite caracterizar el contrato como:

- a. Negocio jurídico;
- b. Siempre bilateral en cuanto a los sujetos que intervienen, no en cuanto a las obligaciones que surgen del mismo.³⁶⁰

359 Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, versión para estudiantes, T. I, Doctrina general del contrato, Montevideo, FCU, 1ª edición, 2010, pp. 10-15.

360 No debe confundirse esta característica con la clasificación que surge del art. 1248 del CC.

- c. *Inter vivos*;
- d. En principio, consensual;
- e. Generativo de derechos personales y obligaciones. Únicamente por el contrato no nacen derechos reales, sino que para que ello ocurra es preciso que se le sume el modo tradición.³⁶¹

Principios contractuales

Principio de autonomía de la voluntad

Significa que las partes son absolutamente libres para autoregular por vía negocial sus intereses. Importan la creación de facultades ilimitadas en la producción de efectos jurídicos, con excepción del orden público o la buena fe.

Encuentra fundamento normativo en el art. 10 de la Constitución que consagra el principio de libertad, permitiendo a las personas hacer todo aquello que no está prohibido por la ley.

No obstante la amplia autonomía privada, la ley en diversas ocasiones le impone restricciones a la voluntad, sea para proteger intereses particulares o generales. *V. gr.* los plazos en los contratos de arrendamiento urbano y la prohibición de libre contratación, o en determinadas materias, de indudable contenido social y en las que pueda estar interesada la causa pública como las cuestiones relativas al estado civil o el ejercicio de la patria potestad.

Se relaciona con el denominado «asimilación del contrato a la ley» generador de la voluntad en la formación del contrato, consagrado por el legislador en el art. 1291 inc. 1° del CC según el cual la voluntad rige las situaciones jurídicas entre las partes, con las atenuaciones ya indicadas.

Temática que se encuentra indisolublemente vinculada con las reglas que el propio legislador ha establecido para interpretar la voluntad manifestada por las partes en el vínculo negocial y que debe regir las relaciones jurídicas que surgen del instrumento celebrado.³⁶²

Principio de consensualismo

Se encuentra vinculado con las formas en que la voluntad es válida para manifestarse³⁶³. Como regla general, el consentimiento de las partes puede expresarse asumiendo cualquier forma, es decir, oralmente o por escrito, de manera expresa o tácita, incluso en ciertos casos a través de una conducta absolutamente pasiva, como es el silencio (*v. gr.* art. 2053 del CC, referido al mandato tácito, y 2294 del CC en torno a la prenda de cosa ajena. En ambos casos, tiene valor de aceptación).

El legislador estableció el consentimiento de partes como un requisito esencial para la validez de los contratos (art. 1261 nral. 1° CC). Este elemento (sumado a los demás enunciados en la norma) determina en un primer análisis que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (ej. La compraventa de bienes muebles en el momento en que las partes se ponen de acuerdo en la cosa y en el precio —art. 1664 CC—).

361 En nuestro Código Civil el contrato es un negocio jurídico obligacional, categoría que se contrapone a la de negocio jurídico dispositivo. Tema analizado en el Capítulo 9 «Modos de adquirir», tercera parte de este manual.

362 Temática que se considerará en el Capítulo 8 «Interpretación de los contratos», cuarta parte de este Manual.

363 Aspecto que se tratará específicamente al abordar los requisitos esenciales para la validez de los contratos, en el Capítulo 6, cuarta parte de este Manual.

Excepcionalmente, dada la trascendencia de ciertos negocios jurídicos y con el fin de llamar la atención de los interesados, el legislador exige que el consentimiento se exteriorice siguiendo una forma necesaria, como acontece con los negocios solemnes, situaciones expresamente previstas por el legislador que establece determinadas formalidades para que adquieran validez (ej. compraventa de inmuebles no se considera perfecta si no se otorga mediante escritura pública —art. 1664 1° CC—)

La falta de solemnidad ocasiona la nulidad absoluta (art. 1560 del CC)

Principio de asimilación del contrato a la ley

Consagrado en el art. 1291, inc. 1°, del CC que establece la fuerza obligatoria del contrato —ley entre las partes— al indicar: «Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma».

Esta fórmula, señala Gamarra³⁶⁴ quiere significar que para los contratantes el contrato tiene la misma imperatividad que la ley en tanto crea un precepto, una norma de conducta, que tiene por destinatarios a los sujetos que son parte en el negocio; una vez perfeccionado «legalmente celebrado», esta «regla» se impone a los contrayentes con la misma fuerza que la ley, en el sentido que no puede dejar de observarse sean cuales fueran las razones que pudieran esgrimirse.

Es la recepción del aforismo *pacta sunt servanda*, que significa que somos siervos o esclavos de los pactos. Es decir el contrato vincula imperativamente a las partes, creando una regulación preceptiva de intereses que los contratantes están obligados a observar.

De ello se deriva asimismo el principio de la irrevocabilidad del contrato por voluntad unilateral en tanto ninguna de las partes puede desligarse de los compromisos asumidos

Una aplicación de este principio que consagra la fuerza obligatoria del contrato se encuentra en las disposiciones que el legislador ha establecido como vías para que el acreedor frente al incumplimiento del deudor, pueda optar por reclamar el cumplimiento de la obligación asumida en el mismo (o la resolución en su caso) —art. 1431 del CC—, así como aquellas que establecen que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes. (art. 1253 del CC).³⁶⁵

Principio de buena fe

La obligación de actuar de buena fe ha sido conceptualizada como «un comportamiento honesto, escrupuloso, leal, sincero, fiel a la palabra empeñada, solidario con los intereses de los restantes sujetos con los que se entró en una determinada vinculación»,³⁶⁶ consagrada jurisprudencialmente como un principio de «raigambre constitucional y jerarquía supra legal» emanada de los arts. 72 y 332 de la Constitución.^{367,368}

Como señala Gamarra,³⁶⁹ la doctrina distingue dos especies de buena fe, la denominada subjetiva, que se refiere a un estado psicológico de un sujeto caracterizado por el error o

364 Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, versión para estudiantes, T. II, Doctrina General del Contrato, 1ª edición, 2010, p. 142.

365 Cfme. Gamarra, ob. cit., T. II, p. 143.

366 Cfme. Frigerio-Carnelli, «La buena fe en el Derecho de las obligaciones», *Revista AEU*, T. LV, p. 141 ss; Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, p. 229 y ss., citados en *ADCU*, T. XXXI, 79, p. 44.

367 *LJU*, T. 122 suma 122.064 y *ADCU*, XXX, 1110, citados por Gamarra en ob. cit., T. I, pie de p. 19, p. 144

368 *ADCU* T. XXXI, TAC 3° c. 82 y TAC 5° c. 83 y 84, pp. 46 a 48.

369 Gamarra, ob. cit., T. I, p. 145.

la ignorancia de determinada situación, y la buena fe objetiva que consiste en una norma de conducta que impone la obligación de comportarse lealmente, como la consagrada en el art. 1291 del CC, inc. 2.º que trata de mantener un estándar o patrón de conducta para los contratantes.

El mandato normativo no se limita a la exigencia de observar una conducta genérica, sino que por el contrario este principio encuentra aplicación en situaciones específicas. En materia contractual se manifiesta básicamente en dos aspectos:

- a. la tolerancia respecto del cumplimiento de las obligaciones de la contraparte, y
- b. la actitud activa colaborando en la ejecución del contrato, facilitando el cumplimiento de la contraparte.

Asimismo, el deber de obrar con lealtad respecto de su cocontratante implica el de informar o hacer saber la real situación, aún en el período precontractual. El autor citado señala³⁷⁰ que el contratante debe abstenerse de toda reticencia al respecto, indicando que no se trata de un comportamiento puramente negativo sino que la ley crea un deber positivo de colaborar o cooperar, suministrando a la otra parte información sobre los elementos esenciales del contrato.

Existen multiplicidad de disposiciones en la parte especial del Código Civil que aplican este principio, debiendo destacarse por su especialidad e innovación la contenida en la reciente ley de relaciones de consumo que imponen al proveedor «la obligación de actuar de buena fe» (art. 32 de la Ley n.º 17.250).

Clasificación de los contratos

- a. En razón de las personas obligadas por el contrato el art. 1248 del CC los clasifica en:
 - unilaterales: imponen obligaciones solo para una de las partes contratantes (*v. gr.* donación (art. 1613 del CC) o préstamo (arts. 2196, 2197 y 2216 del CC);
 - bilaterales o sinalagmáticos: surgen obligaciones para ambas partes, *v. gr.* compraventa (art. 1661 del CC).

Importancia de la distinción:

- El art. 1431 del CC solo se aplica a los contratos bilaterales o sinalagmáticos.
 - Hay diferentes consecuencias en materia de riesgos.
- b. En función de la utilidad que genera el vínculo contractual, el art. 1249 del CC distingue:
 - onerosos: tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro.
 - gratuitos: sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen.

Gamarra³⁷¹ precisa que la primera clasificación toma en cuenta la relación jurídica emergente del negocio, atendiendo al número de obligaciones que el contrato genera, y al especial vínculo (de interdependencia o correlación) que puede (o no) ligarlas cuando existen obligaciones a cargo de las dos partes. En cambio, el art. 1249, se funda en la situación patrimonial o económica que el contrato produce, clasificando-

370 Gamarra, ob. cit., T. I, p. 150.

371 Gamarra, ob. cit., T. I, p. 45

los en gratuitos cuando el negocio determina la utilidad de una sola de las partes, y onerosos, cuando beneficia a ambas.

Existe cierto paralelismo entre los contratos bilaterales y onerosos y entre los unilaterales y gratuitos, dado que si las dos partes se gravan el contrato es bilateral y si se grava solo una es unilateral.

Pero la coincidencia no es absoluta. Si bien todos los contratos bilaterales son onerosos; los unilaterales pueden ser gratuitos u onerosos. *V. gr.* el préstamo con interés es unilateral, pero oneroso, dado que cada contratante se grava en beneficio del otro: uno en prestar y el otro en pagar el capital y los intereses.

Gamarra³⁷² al efecto concluye:

- los contratos onerosos pueden ser tanto bilaterales (lo que sucede de regla ya que la equivalencia de gravámenes genera obligaciones interdependientes) como unilaterales (que es la excepción que se da solo en algunos contratos reales, como consecuencia de que la prestación de una de las partes es constitutiva);
- en cambio los bilaterales (donde por definición hay obligaciones recíprocas) son siempre onerosos, porque la interdependencia de las obligaciones produce necesariamente equivalencia de gravámenes.

Importancia de la distinción.

- las facultades de los representantes legales son más restringidas en los contratos gratuitos, cuando no hay beneficios para el incapaz.
 - en materia de acción pauliana por cuanto cuando se enajena a título gratuito al acreedor le basta con probar el fraude del deudor, en tanto si enajenó a título oneroso debe probar además el fraude del tercero que contrató con él. (art. 1296 del CC)
 - en el caso de pago de lo indebido no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe que adquirió a título oneroso, pero procede contra el adquirente a título gratuito, que debe restituirla si es reivindicable y existe en su poder (art. 1318 del CC)
- c. A su vez, el art. 1250 del CC efectúa una subclasificación de los contratos onerosos, distinguiendo:
- conmutativos. Hay una equivalencia jurídica, aun cuando no sea económica al indicar la norma que la prestación «se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez». Para las partes es posible prever desde la celebración del negocio cuál es el beneficio a recibir y cuál la carga u obligación que van a sufrir en razón de ello. *V. gr.* contrato de compraventa.
 - aleatorios: existe un álea o riesgo, esto es, una contingencia incierta de ganancia o pérdida. Por ende, es imposible determinar con precisión al celebrar el negocio si existe beneficio o perjuicio y en cuanto se habrá de situar.

El art. 2167 del CC de manera no taxativa menciona 4 contratos aleatorios: el contrato de seguros; el préstamo a la gruesa; el juego, apuesta o suerte (art. 2168 y ss. del CC); y la constitución de renta vitalicia (art. 2182 y ss. del CC). Se trata de un negocio por el cual una persona se obliga a pagar una renta o pensión periódica en dinero, durante la vida de la persona acreedora o de un tercero, a cambio de recibir un bien mueble o inmueble o una suma de dinero.

372 Gamarra, ob. cit., T. I, p. 53

El álea en el contrato se percibe en que no es posible determinar al celebrarlo si se va a beneficiar quien paga la renta o el beneficiario en tanto está supeditado a la extensión de la vida del acreedor o del tercero.

Lo mismo acontece con un contrato de seguro, en cuanto quien paga la prima al momento de su contratación no puede saber si se va a beneficiar o perjudicar.

Es menester tomar en consideración que en todo contrato oneroso existe un riesgo, es decir, tanto en los conmutativos como en los aleatorios. Por ej, quien compra un bien a \$ 1.000, tiene el riesgo eventual de que luego valga más o menos. Pero en los contratos aleatorios, el riesgo es un elemento central e imprescindible, es el núcleo de la contratación, en el sentido de que se contrata precisamente sobre ese riesgo.

Gamarra³⁷³ precisa que en el contrato conmutativo las prestaciones son económicamente ciertas, en cambio, en el contrato aleatorio el área es esencial, e incide sobre la relación entre las prestaciones, determinando su entidad, existencia o extinción, produciendo una contingencia incierta de ganancia o pérdida para ambos contratantes.

En el contrato aleatorio las prestaciones son económicamente inciertas.

d. El *art. 1251* del CC a su vez, clasifica los contratos en:

- principales. Son aquellos que subsisten por sí mismos sin necesidad de otra convención.
- accesorios. Tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueden subsistir sin ella.

Todos los contratos de garantía (fianza, prenda e hipoteca) son accesorios, en razón de que se limitan a asegurar otro contrato, de carácter principal, sin el cual no pueden existir.

En virtud del principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal» se desprenden 2 corolarios:

- la inexistencia, nulidad, ineficacia o desaparición del contrato principal conduce fatalmente a la desaparición del contrato accesorio, puesto que lo accesorio se extingue junto a lo principal. Por ej. si A recibe \$ 10.000 de B y lo garantiza hipotecando su casa, una vez pagado el precio, la hipoteca, que es accesorio, queda carente de objeto que garantizar, por lo que deja de ser necesaria y puede solicitarse su cancelación;
- la nulidad o extinción del contrato accesorio no determina la nulidad o desaparición del contrato principal. Por eso una hipoteca que garantiza un saldo de precio en una compraventa, aun cuando sea nula, no perjudica al contrato principal, el cual sigue existiendo pero sin garantía.

e. El *art. 1252* distingue en cuanto a su perfeccionamiento los contratos en:

- consensuales. para su perfeccionamiento requieren solo el acuerdo de voluntades, esto es, no es necesario que la voluntad se exprese siguiendo una forma determinada por la ley. *V. gr.* compraventa de bien mueble. Como se expresara *ut supra*, en el Derecho uruguayo, el principio general es la consensualidad.
- solemnes. requieren que la voluntad se exprese de acuerdo a la forma que exige el legislador, so pena de nulidad (*v. gr.* compraventa de inmuebles o hipoteca).
- reales. se perfeccionan una vez entregada la cosa objeto de la obligación. Se trata de un negocio jurídico mixto, en tanto requiere:

373 Gamarra, ob. cit., T. I, p. 59

- acuerdo de partes;
- entrega de la cosa.

En función de lo expuesto cabe concluir que el contrato consensual se perfecciona cuando se produce el acuerdo de voluntades, el contrato solemne cuando la voluntad se exterioriza a través de la forma especial establecida por la ley, en tanto que el real se perfecciona al verificarse la entrega de la cosa.

f. El *art. 1260* del CC indica que los contratos, ya tengan o no denominación particular, están sujetos a unos mismos principios generales, distinguiendo:

- nominados (típicos): la ley les ha dado nombre y los ha reglamentado de forma específica. (*v. gr.* compraventa, donación, etcétera).
- innominados (atípicos): no han sido mencionados por la ley, pero que en razón de que los derechos personales son *numerus apertus*, igualmente es admisible su celebración (por ej. contrato de consignación o de publicidad).

Para su regulación es preciso aplicar los principios generales en materia contractual y los preceptos de aquellos contratos con los que tienen similitudes³⁷⁴.

- mixtos. son formados por elementos diversos, pertenecientes a distintos contratos típicos. (por ejemplo en el contrato de cofre fort existen elementos constitutivos del contrato de depósito, y del arrendamiento de cosas, en tanto se alquila un cofre del banco para dejar en custodia valores de propiedad del depositante).

El tema a dilucidar en estas especies contractuales mixtas resulta su régimen jurídico, siendo las más recibidas doctrinariamente las teorías de la *combinación* que hace regir las distintas prestaciones que forman el contrato mixto por la disciplina prevista para cada una de ellos, y la de la *extensión analógica* que recurre a los principios generales, así como a las disposiciones de la parte especial respecto a las cuales el contrato atípico presente analogía.³⁷⁵

g. Existe otra clasificación que se encuentra implícita en la ley distinguiendo en atención a la importancia que asume la persona de uno de los contratantes.

En principio, en los contratos carece de importancia quien asume la calidad de sujeto activo o sujeto pasivo. *V. gr.* si soy arrendatario del padrón 1.000 poco importa que el arrendador sea A, o que éste haya fallecido y lo sea su heredero B.

En cambio, en ciertos contratos —los llamados *intuitu personae*— la persona del contratante asume una magnitud tal que su muerte provoca la extinción del negocio y el error sobre la persona causa la nulidad del contrato (*v. gr.* *art. 1849* del CC). Por otra parte, la obligación asumida solo puede ser cumplida por quien la asumió y es incedible. El *art. 1452* del CC faculta al acreedor para rechazar el cumplimiento

374 El contrato atípico e innominado está sujeto a la aplicación de los principios generales de derecho y por analogía a las normas referentes al contrato nominado que se estime más adecuadas al caso (Sentencia 23/93; Messineo, *Doctrina general del contrato*, t. 1^o, p. 400). Enseña Gamarra que «cuando el contrato no coincide con ninguno de los tipos legales ha de clasificarse como atípico y el *art. 1260* CC prescribe entonces que debe quedar regido por los principios generales por aquellos que son aplicables a todos los contratos [...]. Pero es evidente que las normas generales por su carácter genérico abstractas (esto es aplicable a la figura del contrato) resultan insuficientes para regular el contrato atípico; por ello es necesario recurrir además de ellas, también a las disposiciones de la parte especial respecto a los cuales el contrato atípico en cuestión presenta analogía. La expresión en el artículo 1260 CC dictada para los contratos atípicos se revela en consecuencia insuficiente y debe completarse como quedó dicho» (*Tratado...*, t. IX, ps. 222/223) SCJ, S. n.º 247. 26.10.2001. C. 164 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 96)

375 Cfme. Gamarra, *ob. cit.*, T. I, pp. 124, 125.

por parte de un tercero Por ej. En caso de celebrarse un arrendamiento de obra con escultor o pintor famoso.

- h. En atención a que las obligaciones que resultan del contrato sean de ejecución instantánea o sucesiva permite distinguir dos subespecies contractuales.

Estas últimas son aquellos negocios que requiere inexorablemente del transcurso del tiempo para su cumplimiento (*v. gr.* arrendamiento). Para que las obligaciones que emergen de un contrato sean de *tracto sucesivo* es imprescindible que las prestaciones se prolonguen en el tiempo y que no puedan cumplirse de otra forma que por su transcurso.

Por ese motivo, la compraventa, aun con pago diferido, es de ejecución instantánea, ya que el aplazamiento del pago o que éste se realice en cuotas, es eventual al negocio jurídico.

- i. En cuanto a que las partes se sitúen en pie de igualdad o que exista una considerada económica o jurídicamente más fuerte da nacimiento a la figura del *contrato de adhesión*.

Si las partes están en pie de igualdad, el contrato se llama de igual a igual o *gré a gré*.³⁷⁶

A falta de igualdad, es un contrato de adhesión (por ej. contrato de transporte, de suministro de energía eléctrica o de seguros).

En los contratos de adhesión, el rol de una de las partes es sustancialmente restringido, en cuanto se limita a adherirse o plegarse al negocio jurídico redactado y ofertado por la contraparte. No procede la discusión de las condiciones contractuales prefijadas³⁷⁷.

Existe una desigualdad entre las partes que impide discutir las condiciones o la reglamentación contractual, por lo que, quien quiera contratar solo se limita a aceptar esas condiciones.

Gamarrá³⁷⁸ señala que el contrato de adhesión presenta los siguientes caracteres especiales, que le confieren una fisonomía propia:

- existe predeterminación del contenido contractual (redacción anticipada), por obra exclusiva de una de las partes, estableciendo cláusulas de manera rígida que deben ser aceptadas o rechazadas *in totum*.
- sucesiva adhesión de la contraparte a dicho esquema contractual preestablecido, careciendo de toda posibilidad de modificarlo y discutirlo.
- superioridad económica del predisponente.

376 Cfme. Peirano Facio, Curso de Obligaciones, T. I, 1957, p. 105.

377 Tal como expresa Gamarrá la categoría del contrato de adhesión se tipifica teniendo en cuenta el proceso de formación del contrato fundamentalmente porque se suprime el período de tratativas evitando la posibilidad de discusión. Si bien el uso de formularios pre-impresos es un elemento frecuente asociado al contrato de adhesión no constituye una condición suficiente para su tipificación, ya que resulta requisito indispensable para que el contrato aparezca como obra exclusiva de una sola parte y que la otra se limita a dar asentimiento a aquella que se lo presenta, constituyendo ésta la particularidad de la «adhesión» y aquello que la distingue de la «aceptación» (*Tratado...*, t. IX, 1990, p. 206/207). SCJ, S. n.º 333. 18.9.2002. C. 106 (ADCU, T. XXXIII, p. 64. FCU).

378 Gamarrá, ob. cit. T. I p. 118.

Señala seguidamente el referido autor que este tipo contractual es de constante aplicación en la relación proveedor-consumidor, lo que ha llevado al legislador a regularlo específicamente en tal ámbito. La disminución del rol de la voluntad del consumidor y la naturaleza más formal que sustancial de su consentimiento, determinó el dictado de la ley 17.250 en materia de relaciones de consumo que tiende a proteger a la parte más débil de este tipo de relación.

Formación de los contratos

Como señala Gamarra³⁷⁹ el período precontractual es el que precede al perfeccionamiento del contrato, proceso de formación que puede constar de varias etapas incluyendo dentro de la misma a las tratativas, la invitación a contratar, la oferta o propuesta y la aceptación.³⁸⁰

Las tratativas

Ubicadas en una fase preliminar de estudio y discusión, son definidas por el autor citado como un cambio de ideas, de puntos de vista y proyectos, buscando la convergencia de las voluntades a fin de lograr la progresiva elaboración del negocio.

Diferencia entre las tratativas y la propuesta contractual:

- a. Mientras que las tratativas tienen por finalidad acercarse al otro contratante con el objeto de estudiar la posibilidad de realizar un negocio, la propuesta contractual constituye una declaración de voluntad que una persona dirige a otra con intención de celebrar un contrato.
- b. En el período de las tratativas una persona se acerca a otra para conversar sobre la posibilidad de formalizar un contrato, en la propuesta concretamente una persona convoca a la otra a contratar.
- c. En las tratativas la declaración de voluntad no es lo suficientemente formal como para que la aceptación de la otra parte signifique que haya nacido un contrato, esa aceptación significará el acuerdo en cambiar ideas, en tanto que en la propuesta, el que emite la declaración de voluntad sabe que si la otra parte dice «acepto», en ese momento nace el contrato.

Frente a la interrogante respecto de si las relaciones jurídicas preparatorias pueden generar obligaciones, aún cuando pertenezcan a la etapa precontractual, Gamarra³⁸¹ se pronuncia por la afirmativa, señalando que basta mencionar aquellos acuerdos que se limitan a crear obligaciones especiales como no realizar tratativas paralelas, fijar el calendario de negociación, que no consisten sino en acuerdos pertenecientes a la etapa de las tratativas, sin embargo, son acuerdos de voluntades en el mismo sentido que las que regulan los arts. 1264 y 1247 del CC.

379 Gamarra, Jorge ob. cit. T. I, p. 131.

380 La denominada responsabilidad precontractual sanciona la conducta de quienes durante el proceso de formación de un contrato y antes de haberse cumplido su perfeccionamiento se le aparten dolosa e incluso negligentemente. Por consiguiente, la conducta ilícita del sujeto que es considerada a los efectos de determinar su responsabilidad precontractual queda delimitada temporalmente por un período que se inicia con el comienzo de las tratativas y se prolonga hasta el perfeccionamiento del contrato (Gamarra, *Tratado...*, t. XI, p. 30). TAC 1°, S. n.° 146. 9.9.2002. C. 894 (ADCU, T. XXXIII, p. 427. Montevideo, FCU)

381 Gamarra, Jorge ob. cit. T. I, p. 138.

La propuesta u oferta a contratar

Consiste en una manifestación de voluntad unilateral y recepticia a través de la cual, quien la formula, propone a otra persona o personas, determinadas o indeterminadas, la celebración de un negocio jurídico, de manera que, si el destinatario la acepta tal como fue expuesta, el negocio queda perfeccionado.

Por ende:

- a. la manifestación es recepticia, es decir, que para desplegar sus efectos debe llegar al conocimiento de la persona o personas a quien va dirigida. Hasta ese momento, el ofertante puede arrepentirse de ella;
- b. la oferta debe ser en sí misma un proyecto completo de contrato; por tanto, si falta algún elemento (por ej. el precio) no es válida;
- c. la propuesta, en principio, puede ser expresa o tácita (por ej. la oferta de contrato de transporte en taxi se verifica cuando el vehículo circula con la placa de «Libre» a la vista). Sin embargo, si el contrato es solemne, hasta que no se cumplan las formalidades requeridas, cualquiera de las partes puede arrepentirse de su celebración (art. 1264 del CC);
- d. puede ser realizada a un sujeto concreto o al público en general. En este caso no tiene un destinatario concreto, pues se formula para cualquiera que quiera aceptarla. Recién cuando la propuesta es aceptada se determina la figura del cocontratante.

No configuran propuesta: a) las invitaciones a ofertar por un bien; b) ni las propuestas condicionadas (*v. gr.* las que expresan: «sin compromiso» o «a condición de que»; por tanto, no generan responsabilidad para el proponente).³⁸²

Al silencio también puede dotársele de valor en casos en que se establece expresamente que si el cocontratante no manifiesta su voluntad, se entiende que otorga el consentimiento. (p. ej. arts. 1759 y 2053 CC)

Concepto y caracteres de la propuesta. Conforme con el art. 1262 del CC, que regula las condiciones del ofrecimiento, la propuesta consiste en una manifestación de voluntad, explicativa y detallada, concebida en términos claros, debiendo ser seria, es decir, con intención de obligarse, y puede estar sujeta a las formalidades establecidas por el art. 1264 CC

- a. Seria. Debe tener por fin la asunción de una obligación por parte del ofertante; se descartan, por tanto, las propuestas realizadas con fines educacionales, con '*animus iocandi*', etc;
- b. Completa. Es decir, debe contener todos los elementos e indicaciones necesarias para que la simple aceptación del cocontratante perfeccione el contrato. La determinación de si una propuesta es o no completa depende del objeto del contrato; que puede oscilar entre la simplicidad que representa la oferta a contratar un transporte en un taxímetro, hasta un contrato que se celebra con la finalidad de reparar maquinarias para una industria donde indudablemente la oferta debe ser mucho más detallada;
- c. Recepticia. Debe llegar al destinatario para producir efectos;
- d. En ciertos casos, es solemne. (arts. 1264, 1619, 1620 y 1621 del CC).

³⁸² El art. 22 A) de la Ley de relaciones de consumo n.º 17.250 contiene una previsión expresa por la cual declara práctica abusiva la de «negar la provisión de servicios o productos al consumidor, mientras exista disponibilidad...excepto cuando se haya limitado la oferta y lo haya informado previamente al consumidor.»

En relación con la responsabilidad por revocación de la propuesta, cabe concluir con Gamarra³⁸³ que la revocabilidad de la oferta no exonera de responsabilidad en la medida que siendo de recibo una responsabilidad precontractual en el período de las tratativas, con mayor razón debe admitirse tal posibilidad en un período más avanzado como es aquel en que la propuesta ya fue concretada, (acompañada de los demás elementos necesarios para su nacimiento).

La aceptación de la propuesta

Consiste en una declaración de voluntad unilateral y recepticia por medio de la cual el destinatario de una oferta a celebrar un negocio jurídico responde afirmativamente quedando perfeccionado el contrato, salvo que sea de naturaleza solemne o real.

El destinatario frente a la propuesta formulada puede adoptar distintas actitudes, a saber: puede rechazarla o guardar silencio, ambas conductas traen como consecuencia la extinción por falta de aceptación. También puede modificarla, en cuyo caso si bien extingue la propuesta originaria, la modificativa se mira como una nueva propuesta, comenzando nuevamente el proceso pre-negocial. Y puede aceptarla, en cuyo caso se forma el consentimiento para el negocio.

La aceptación tiene los siguientes caracteres:

- a. debe ser *seria*, y en ciertos casos, *solemne*;
- b. es *recepticia*,³⁸⁴
- c. puede ser *expresa* o *tácita*,³⁸⁵³⁸⁶
- d. debe ser dada por el destinatario de la oferta o por su representante;
- e. debe ser *pura y simple* (art. 1267, inc. 1° del CC); la modificación de la propuesta original implica nueva propuesta (art. 1267, inc. 2° del CC).

Hay que distinguir los casos de modificación de la propuesta de aquellos en que con la aceptación se colman vacíos o se complementa la propuesta; *v. gr.* cuando frente al ofrecimiento de un comodato respecto a una casa, el cocontratante acepta y agrega que la devolverá en seis meses.

- f. debe ser *tempestiva*, debe llegar al proponente cuando la propuesta se encuentra en vigencia. (no lo es en caso de revocación —art. 1265 inc. 2°—, fallecimiento o incapacidad del proponente —art. 1268—)

383 Gamarra, Jorge, ob. cit. T. I, p. 174.

384 Gamarra señala no obstante que la aceptación a diferencia de la oferta, no siempre tiene esta calidad en aquellas hipótesis en que el contrato se perfecciona por la ejecución de la prestación por parte del destinatario de la propuesta, como sucede en el caso del art. 2058 que dispone que hay aceptación tácita del contrato de mandato cuando el mandatario ha empezado a ejecutar el encargo. (ob. cit. T. I p. 180)

385 Un ejemplo lo constituyen actualmente los llamados contratos electrónicos o telemáticos, constituyendo un mensaje transmitido por e-mail una declaración expresa de voluntad negocial, que no difiere del epistolar (cfme. Gamarra, ob. cit., T. I p. 179).

386 Como se ha dicho en el área de consentimiento de los contratos a distancia realizados por medios electrónicos no «hay una alteración fundamental de las grandes líneas de la teoría del negocio jurídico ni de los marcos positivos nacionales. Simplemente se presenta una nueva fórmula de almacenar signos representativos de manifestaciones volitivas negociales» (Caffera, Anuario..., t. XXVIII, p. 483). TAC 4° S. n.° 189. 4.9.2002. C. 103 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 63,)

Al efecto, Gamarra³⁸⁷ distingue:

- Cuando el proponente establece un plazo si no recibe la aceptación dentro del plazo establecido, la propuesta se extingue, sin necesidad de manifestación alguna por parte del proponente.
- Cuando la oferta se hace sin plazo, el CC establece los siguientes criterios:
 - si la oferta es verbal, en ausencia de aceptación inmediata, se extingue (art. 1263)
 - si el contrato es entre ausentes, el art. 1266 establece que si las partes viven en la misma ciudad, se considera tardía la respuesta cuando no se da dentro de las 24 horas, y si no viven en la misma ciudad el legislador establece que: «se mirará como tardía la contestación que no se diere dentro de treinta días contados desde que haya transcurrido el tiempo necesario para que las dos comunicaciones llegaran a su destino.»

Sin perjuicio de ello, Gamarra señala que de acuerdo a esta disposición la aceptación tardía es eficaz, a menos que el proponente haya participado su cambio de determinación.

La conclusión del contrato

La aceptación da lugar a la formación del consentimiento, y por ende al perfeccionamiento del contrato.

- a. Entre presentes (art. 1263 inc. 1°). La propuesta verbal debe ser inmediatamente aceptada, salvo que el proponente quiera mantenerla. A este supuesto se equipara el contrato celebrado telefónicamente o por correo electrónico.
- b. Entre personas que están en diversos lugares —ausentes— (art. 1265). Es el contrato celebrado por mensajero, carta o telegrama. Se perfecciona cuando la respuesta del aceptante llega al proponente.

Hasta ese momento es posible revocar la oferta, salvo que el ofertante:

- a. se hubiera comprometido a aguardar contestación;
- b. hubiera fijado un plazo de vigencia de la propuesta.

Como se señalara *ut supra* la propuesta hecha sin plazo no caduca por sí sola; es preciso que el oferente comunique su cambio de voluntad y que esa comunicación le llegue al destinatario antes que la aceptación de éste al oferente.

Lugar y fecha de perfeccionamiento del contrato

En cuanto a su trascendencia, el lugar de celebración del contrato determina la competencia de los tribunales en materia jurisdiccional, tanto nacional como internacional.

La fecha de otorgamiento determina la ley vigente por la que se rige el contrato, a partir de ese momento comienzan a correr los plazos (por ej. prescripción), determina la capacidad de las partes, e incide en la asunción de los riesgos.

En aquellos contratos que se forman instantáneamente no existe dificultad para determinar el lugar y momento de su perfeccionamiento, extremos que presentan una dificultad mayor frente a negocios que se forman progresivamente

387 Gamarra, Jorge, ob. cit., T. I, pp. 177-178.

Distintas posiciones

- a. *Teoría de la declaración (aceptación)*. Toma en cuenta el momento en que el destinatario de la propuesta la acepta, es decir, el perfeccionamiento se verifica cuando el aceptante se manifiesta positivamente.
- b. *Teoría de la expedición de la aceptación*. Actúa cuando el aceptante envía su respuesta al proponente (epistolar o telegráfica). Esto es, cuando el autor de la declaración emitió su voluntad de forma efectiva.
- c. *Teoría de la recepción*. Cuando la respuesta del aceptante llega al proponente. (consagrada en nuestro Código Civil en el art. 1265 del CC)
- d. *Teoría del conocimiento efectivo*. Cuando el proponente tiene conocimiento de la aceptación formulada. (art. 1268 del CC). Este sistema requiere que el proponente se entere de la misma, exigiendo el conocimiento real para que el contrato se perfeccione.

Sistema del Código Civil uruguayo

Nuestro legislador estableció, como principio general, el sistema de la recepción en el art. 1265, momento a partir del cual el destinatario está en condiciones de poder conocer la respuesta.

No obstante en el art. 1268 se consagra el sistema del conocimiento efectivo cuando afirma que la propuesta caduca si el proponente fallece o se incapacita «antes de haber sabido la aceptación», coincidiéndose al efecto con Gamarra³⁸⁸ quien frente a la «desarmonía» con el principio general que sienta en el art. 1265 indica que debe resolverse considerando al art. 1268 como *lex specialis*.

Requisitos esenciales para la validez de los contratos

Clases de requisitos

Requisitos esenciales

Son aquellos de existencia imprescindible y que en caso de que no se encuentren presentes ocasionan la nulidad o inexistencia del contrato.³⁸⁹

Se subdividen en:

- a. Requisitos esenciales a todos los contratos (art. 1261 del CC);
- b. Requisitos esenciales particulares o especiales de cada contrato; por ejemplo: la entrega de la cosa en los contratos reales y los que Gamarra³⁹⁰ denomina especialísimos respecto de un contrato en particular: la existencia de un precio en la compraventa.

Requisitos formales

El principio general en materia de manifestación de la voluntad es la libertad de las formas, es decir, que normalmente con la manifestación de su autor en los negocios jurídicos unilaterales o con el acuerdo de voluntades ya sea por escrito (mediante un documento público o privado), verbalmente o a través de un comportamiento o actitud en los demás negocios, los mismos se perfeccionan.

Pero en determinados casos, la ley exige que la manifestación asuma una forma determinada.

- Requisitos de solemnidad (*ad solemnitatem*). En estos supuestos la ley impone requisitos sin los cuales el contrato no adquiere existencia jurídica porque se refieren a su esencia misma. Por ejemplo, los arts. 790 y ss. del CC, en materia de testamentos, 1664 ord. 1º, y 2323 del CC en sede de compraventa e hipoteca respectivamente, requieren su otorgamiento mediante escritura pública.

Tratándose de negocios jurídicos solemnes, la manifestación de voluntad no es válida si no se exterioriza tal como lo prescribe el legislador. Son negocios jurídicos que tienen una forma forzada, necesaria o vinculante, en oposición a los de forma libre, consensuales, en los que la voluntad puede expresarse de cualquier manera.

La solemnidad tiene origen legal, por lo que requiere una previsión legislativa expresa que la consagre en cada caso; si no la hay, rige el principio general: la libertad de formas.

389 Sin perjuicio de la denominación utilizada por el CCU en el art. 1261 del CC doctrinariamente se sostiene que conceptualmente son elementos esenciales o constitutivos en tanto expresiones que corresponden a aquellos que se requieren para la formación (existencia) del contrato. (Gamarra, ob. cit. T. I., p. 202)

390 Gamarra, ob. cit., T. I., p. 203

La falta de solemnidad provoca la nulidad absoluta del negocio jurídico (arts. 1560 del CC, para las obligaciones y contratos y 830 del CC, para los testamentos). Mientras no se cumpla con las formas, no hay negocio jurídico.³⁹¹

- Requisitos de prueba (*ad probationem*) En este caso el negocio jurídico existe pero no se puede probar si no es mediante determinados requisitos exigidos por la ley. Ejemplo de ello resulta la regulación del art. 1595 del CC que establece que las obligaciones que tengan por objeto una cosa o cantidad cuyo valor exceda de 100 UR deberá consignarse por escrito público o privado, exigencia que el legislador reitera en sede de fianza en el art. 2107 del CC cuando indica: «La fianza, no mediando confesión de parte, sólo puede probarse por escrito...»
- Requisitos de publicidad. Se establece como requisito formal con carácter de publicidad noticia llevar a conocimiento de los terceros directa o eventualmente interesados la existencia del contrato celebrado. Ejemplo de ello es la inscripción de determinados actos en los registros públicos. Su omisión trae aparejada la inoponibilidad frente a terceros (Ley n.º 16.871 art. 54).³⁹²

Si bien la publicidad tiene siempre el mismo cometido de posibilitar el conocimiento de terceros, su efecto puede resultar diverso. Así, cuando se requiere para el nacimiento mismo del derecho, estamos frente a una publicidad constitutiva, cuando hace eficaz un derecho que ya existía antes se trata de una publicidad declarativa, y la que posee una finalidad meramente informativa, se denomina publicidad noticia.³⁹³

Requisitos naturales³⁹⁴

Son consecuencias que naturalmente, en virtud de las disposiciones legales que los regulan, se derivan de los contratos. Por ej, el saneamiento por evicción o por vicios redhibitorios en la compraventa.³⁹⁵

Para la presencia de estos requisitos no resulta imprescindible la estipulación expresa de las partes; no obstante, éstas pueden modificarlos o dejarlos de lado (*v. gr.* arts. 1699, 1718 y 1719 del CC en sede de compraventa).

Requisitos accidentales³⁹⁶

Son los que establecen las partes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad; por ej. la estipulación de un plazo, de una condición o un modo.

Es decir, los negocios jurídicos deben observar los requisitos de forma y de fondo establecidos por la ley, no obstante lo cual los contratantes pueden incorporar requisitos particulares, especiales, que permiten introducir variables que inciden en el cumplimiento

391 La forma en los contratos solemnes es considerado por Gamarra como un elemento esencial especial al estar consagrado en el art. 1261 del CC, al incluir como quinto requisito a la solemnidad. (ob. cit., p. 202)

392 El art. 54 inc. 1º establece: «Los actos, negocios jurídicos y decisiones de las autoridades competentes que se registren conforme a la presente ley serán oponibles respecto de terceros a partir de la presentación al Registro».

393 Cfme. Gamarra, ob. cit., T I, p. 37 y ss.

394 Clasificación cuestionada por Cariota Ferrara en tanto no pueden ser elementos del negocio algunas consecuencias, por lo que corresponde ubicarlos en la zona de los efectos del mismo. (Cfme. Gamarra ob. cit., T. I, p. 205)

395 Coviello, citado por Gamarra, ob. cit., T. I, p. 204

396 Clasificación cuestionada en tanto los elementos accidentales operan exclusivamente en la zona de la eficacia del contrato, sin gravitar en el ámbito de su validez. (Gamarra, ob. cit. T. I, p. 205)

de las obligaciones introduciendo un elemento temporal, o condicionar el nacimiento de sus efectos jurídicos o de su extinción.

A diferencia de los esenciales, su ausencia no ocasiona ni la nulidad, ni la inexistencia del negocio jurídico; y a diferencia de los naturales no los establece la ley como elementos propios de ciertos contratos.

Sin embargo, es menester tomar en consideración que si la ley los establece como requisitos de un tipo contractual concreto pasan a ser requisitos esenciales particulares para ese contrato (*v. gr.* pago del precio en cuotas en la promesa de enajenación regulada por la ley n.º 8.733).

El plazo

Es el período del que depende el nacimiento o la extinción de la obligación: acontecimiento futuro pero necesario —a diferencia de la condición—. Puede clasificarse en:

- a. suspensivo: suspende la adquisición de un derecho, o *resolutorio*: lo deja sin efecto. (art. 1433 del CC)
- b. cierto —determinado— cuando existen términos concretos de comienzo y finalización o *incierto* —indeterminado— en supuestos en que se conoce que acaecerá en un determinado momento pero que resulta imposible establecer de antemano. (art. 1434 del CC).

La condición

Es definida por el art. 1407 CC como «el suceso futuro e incierto, del cual se hace depender la fuerza jurídica de una obligación».

Al regular el plazo el legislador precisa en el art. 1435 del CC que: «se entenderá haber condición y no plazo, cuando el hecho pudiere o no realizarse», esto es, cuya ocurrencia es eventual, no necesaria, incluso puede tratarse de un hecho pasado que no se conozca su existencia en el momento de constituir el acto.

El legislador prohibió expresamente las condiciones que enumera en el art. 1409 del CC las que, en caso de establecerlas, se tienen por no existentes.

Se distinguen:

- a. potestativa: depende de la voluntad de una sola parte y no obstante no admitir el legislador las absolutamente potestativas (art. 1413 del CC), permite que dependa de un hecho que puede o no ejecutar el obligado, o del hecho de un tercero (art. 1415 del CC).
- b. suspensiva: suspende el cumplimiento de la obligación: como lo señala el art. 1424 CC la adquisición de un derecho se encuentra supeditado a su cumplimiento.
- c. resolutoria. Cuando la extingue: el art. 1427 CC define como tal aquella que por su cumplimiento se extingue un derecho.

El modo:

Es una carga o gravamen que quien constituye un acto bilateral en beneficio de otra persona, le impone para el caso de la aceptación: por ejemplo: donación modal. (art. 1641 del CC)

El modo está definido en el art. 956 del CC distinguiéndolo de la condición en los siguientes términos: «Cuando se deja algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras, o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva». Especificándose que el hecho que constituye el modo no puede ser contrario a las leyes, al orden público, la moral, y las buenas costumbres.

Consentimiento

Los negocios jurídicos de naturaleza contractual son antes que nada acuerdos de voluntades, por lo que la ausencia de consentimiento impide que el contrato nazca a la vida jurídica.

Formas de manifestación de la voluntad

En cuanto a la manifestación de la voluntad, el legislador ha regulado no sólo los supuestos de manifestación expresa sino también tácita, por lo que, no obstante los cuestionamientos doctrinarios formulados al respecto, se coincide con Gamarra³⁹⁷ en que cuando no existe norma legal o convencional que prive de relevancia a la manifestación de voluntad tácita, ambas valen como forma de expresión. Precisando: «Existe voluntad expresa cuando la intención del declarante se deduce directamente del comportamiento que éste asume; hay voluntad tácita cuando la intención se deduce indirectamente del comportamiento mediante un razonamiento lógico».

El consentimiento es el intercambio coincidente de declaraciones de voluntad; etimológicamente viene de *cum sentire*, es decir, sentir con otro, o estar de acuerdo.³⁹⁸

Se forma, como resulta del art. 1262, inc. 1° del CC, y que fuera analizado en el capítulo antecedente con: la propuesta de contratar emitida por un sujeto y la aceptación de esa propuesta por otro, cuya fusión constituye el consentimiento.

El silencio

Existen casos expresos en que la ley o las partes atribuyen valor al silencio a quien calla y no contradice, situaciones en las cuales no cabe duda que el silencio vale como manifestación de voluntad. (Ejs. arts. 2053 inc. 3° y 2294 inc. 2° del CC)

Si conceptualmente se considera al silencio como una abstención u omisión en la medida que no implica afirmar ni negar un hecho, algunos autores entienden que no puede considerarse manifestación de voluntad en tanto la oposición implica contradicción, es decir, un comportamiento activo y no pasivo.

El planteamiento refiere a si el silencio supone o no la aceptación de determinados compromisos jurídicos, se trata en puridad de la verdad psicológica: quien calla ni niega ni afirma. Por lo que, para saber si existió o no un consentimiento tácito es necesario examinar las demás circunstancias a fin de determinar si corresponde entender que consiente quien calla pudiendo y debiendo hablar.

Como señala Gamarra³⁹⁹:

Quando el silencio tiene valor de voluntad expresa, extrae esa significación de una previsión de las partes contratantes, que confieren a la inacción el significado de mantener determinada voluntad; igualmente, cuando el silencio vale como consentimiento tácito, son las circunstancias que lo acompañan las que permiten interpretar como manifestación de voluntad un comportamiento puramente omisivo.

Asimismo, en determinados supuestos, la tolerancia repetida del incumplimiento de una obligación ha sido interpretada como una admisión tácita de la misma. Tal postura no es recibida doctrinariamente en tanto atendiendo a principios como la buena fe en la ejecución de los contratos, se requiere para ello un comportamiento positivo en tal sentido, no pudiendo considerarse como prueba del consentimiento un hecho de naturaleza equívoco como es el silencio.

Vicios del consentimiento

397 Gamarra, ob. cit. T. I, p. 215

398 Cfme. Albaladejo, Manuel, ob. cit. p. 661

399 Gamarra, ob. cit. T. I, p. 224

El art. 1269 del CC enuncia los vicios del consentimiento indicando que: «El consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo». El vicio, como señala Gamarra⁴⁰⁰, opera en la formación del proceso volitivo, creando una divergencia que lo aparta de su curso normal, no producen una divergencia entre la voluntad y la declaración, sino entre la voluntad real y la hipotética que hubiera tenido el sujeto en otras condiciones si el vicio no hubiera incidido.

Error

Es un defecto de percepción de una situación, un desconocimiento de la realidad. Se traduce en una divergencia entre la realidad y su representación.

Se diferencia de la ignorancia, porque ésta implica un desconocimiento total; en cambio, en el error, el errante conoce la realidad pero de forma distinta a lo que es.

Clases de error:

- relevante: es el que influye en la voluntad determinándola a contratar. Es aquel que de no haber ocurrido, el sujeto no habría contratado, no hubiera celebrado el negocio jurídico, por lo que tiene consecuencias jurídicas.

Constituyen supuestos de *errores relevantes para el legislador los previstos en el art. 1271 del CC*, cuando recae sobre:⁴⁰¹

- a. la especie del contrato que se celebra (Nral. 1º: «como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación»)
- b. la identidad de la cosa específica de que se trata (Nral. 2º: «como si en la venta en vendedor entendiere vender cierta cosa determinada y el comprador entendiera que compra otra»)
- c. la sustancia o calidad esencial del objeto del contrato (Nral. 3º: «si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es una barra de algún otro metal semejante» (arts. 771 y 772 del CC)

O en el supuesto del inciso final del art. 1271 del CC cuando se trata de una cualidad no esencial que los contratantes transforman en relevante (*v. gr.* color de la cosa).

- irrelevante: no posee consecuencias jurídicas. Se consideran errores irrelevantes en el CCU:
 - a. de derecho. El art. 2 indica que: «La ignorancia de las leyes no sirve de excusa» y más específicamente el art. 1270 que precisa que este tipo de error en ningún caso impedirá los efectos legales del contrato.
 - b. de cálculo o aritmético: Regulado por el art. 1270 inc. 2 que establece que sólo da lugar a reparación esto es, su corrección.
 - c. sobre cualidad no esencial. El art. 1271, inc. final, primera parte refiere expresamente que este error no vicia el contrato, salvo cuando esa cualidad hubiera sido el principal motivo de uno de los contrayentes para contratar, y conocido asimismo por su cocontratante.

400 Gamarra, ob.cit. T. I, p. 229

401 Gamarra señala que el art. 1271 Nrales. 1 y 2 no son casos de error vicio del consentimiento, sino de falta de acuerdo de voluntades por lo que atañen a la ausencia de un elemento esencial (art. 1261, 1º) siendo su consecuencia la nulidad absoluta (art. 1560 CC) al faltar uno de sus elementos constitutivos. (Cfme. ob. cit. T. I, p. 234)

Violencia

La violencia existe cuando un individuo contrata siendo compelido, física o moralmente, de forma que ésta causa un temor que opera inhibiendo la capacidad de decidir y simultáneamente provoca la voluntad de contratar.

De acuerdo al art. 1272 del CC constituyen *requisitos* de la violencia como vicio del consentimiento:

- a. amenaza de un mal.
- b. temor fundado.
- c. relación de causalidad, esto es, que el temor sea consecuencia de la amenaza.

Asimismo, se puede clasificar en:

- a. violencia física: fuerza física irresistible;
- b. violencia moral: amenaza de sufrir un mal inminente, injusto y grave.

Para algunos autores, la violencia siempre es moral, aun cuando se ejerza físicamente; ya que se transforma en vicio cuando ingresa al ámbito psíquico.⁴⁰²

El legislador ha tomado en consideración la influencia de las condiciones personales de la víctima en la configuración de este vicio del consentimiento, estableciendo en el art. 1273 del CC que la violencia moral sólo afectará la validez del contrato cuando por la condición de la persona «pueda juzgarse que ha debido naturalmente hacerle una fuerte impresión».⁴⁰³

Así como el temor reverencial, que consiste en un profundo sentimiento de respeto ilimitado o de ciega obediencia a una determinada persona (p. ej. por la posición que ésta ocupa social o laboralmente), estableciéndose que no afectará la validez de los contratos (inc. 2 do.).

Además de la regulación específica de este vicio del consentimiento, corresponde correlacionarla con otras disposiciones del mismo cuerpo normativo que por su relevancia, procede citar expresamente: el art. 199 respecto a la nulidad del matrimonio cuyo consentimiento no hubiere sido otorgado libremente, el art. 789 referido a la nulidad del testamento que se otorgare mediante fuerza, así como el art. 1198 que establece que los actos de violencia no pueden servir de fundamento para la posesión o prescripción.

Dolo

Consiste en el empleo de artificios para inducir a una persona a celebrar un negocio jurídico, provocando en ella un error o aprovechándose del error en que se hallaba.

Requisitos:

- a. Objetivo: consiste en presentar circunstancias falsas o en suprimir o alterar las verdaderas; por ello, el dolo puede ser positivo o negativo.
- b. Subjetivo: debe emplearse para inducir a una persona a celebrar un negocio jurídico. Se requiere intención, esto es, maquinaciones insidiosas, un actuar maléfico o dañino, pero con apariencia de bueno.⁴⁰⁴

402 Gamarra entiende que en tanto la violencia física excluye la voluntad del violentado, determina una nulidad absoluta por falta de consentimiento, por lo que dentro de la violencia como vicio del consentimiento cabe únicamente la violencia moral, no obstante estar equiparadas por el legislador (Cfme. ob. cit. p. 252, 253)

403 ADCU, T. XXXI, c. 1184, TAC 7°, p. 535: «Para que violencia moral sea vicio del consentimiento requiere legalmente dos condiciones: una objetiva referida su grado, es decir debe revestir cierta intensidad que provoque fuerte impresión» (arts. 1272, 1273 CC); y otra subjetiva referida a la persona que la padece, dependerá de «la condición de la persona, su carácter, hábitos, sexo» (art. 1273 CC).

404 ADCU, T. XXXI, c. 1157, TAC 7°, p. 536: «si bien el artículo 1275 CC emplea el vocablo «palabras» para que se configure el dolo determinante de nulidad, se requiere una mentira elaborada un andamiaje que

- c. La relación de causalidad: debe existir entre la actividad dolosa y el error en que incurre la víctima del dolo. El art. 1275 inc. 1° del CC requiere que el dolo «haya dado causa al contrato», que la maquinación insidiosa determine su realización.

Clasificación:

Dolo específico o determinante

Sin él el co-contratante no hubiera realizado el acto. Sucede, por ejemplo en los casos de captación de la voluntad del testador. Es causa de nulidad relativa.

Resulta esclarecedor respecto a la actuación de este vicio del consentimiento el art. 2176 del CC que señala en sede de juego o apuesta: «Habrà dolo [...] cuando el que ganó tenía certeza del resultado o empleó algún artificio para conseguirlo».

Dolo incidente

Cuando el contratante no es determinado en sí a realizar el acto, sino que lo hace voluntariamente, en este caso el dolo se configura por realizar el acto de una manera más gravosa e inconveniente, lo que da lugar a su reparación (arts. 1275 y 1276 del CC).

Por ejemplo: en un supuesto de venta de automóviles: no hay dolo si el adquirente no toma medidas apropiadas para su adquisición, *v. gr.* revisarlo por persona idónea.

Dolo bueno y dolo malo

Esta distinción proviene del Derecho Romano, considerándose dolo bueno el engaño que es tolerado según los usos y prácticas del comercio, actualmente la doctrina moderna entiende por tal los elogios de la mercadería que se vende, actividad comprensiva de la propaganda, que es tolerada por los usos y costumbres, y en la medida que el medio empleado no es ilícito, carece de aptitud para inducir a engaño.

No obstante, cabe tener presente la Ley de Relaciones de Consumo en su art. 24 prohíbe la publicidad engañosa a la que define como aquella

que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto de la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos.⁴⁰⁵

Dolo negativo. Reticencia

Como señala Gamarra⁴⁰⁶ la reticencia, considerada como dolo negativo, se refiere a la omisión o silencio de un sujeto (comportamiento pasivo o de abstención). Se trataría de algunas circunstancias que la otra parte tendría interés en conocer.

A tenor del art. 1275 del CC, que define el dolo en su elemento objetivo que consiste en «palabras o maquinaciones insidiosas», descarta el dolo pasivo y la reticencia, no concordando con la exigencia de una maquinación que requiere una determinada actividad, y menos con el silencio, que choca abiertamente con la referencia a «palabras» incluida en la norma, por lo que cabe concluir que se ubica fuera de la zona de los vicios del consentimiento.

A vía de ejemplo, el art. 32 de la Ley de Relaciones de Consumo señala que frente a la «transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato» otorga al consumidor la opción «por la reparación, la resolución

deberá desplegar quien lo emplea para envolver a la víctima y además debe dar causa al contrato aunque no tenga finalidad y causar perjuicios bastando que haya existido intención de engañar.

405 Cfme. Gamarra, ob. cit. T. I, p. 269

406 Cfme. Gamarra, ob. cit. T. I, p. 275 y ss.

o el cumplimiento del contrato con más daños y perjuicios». Cuando el sujeto oculta algo, desfigura o disimula la realidad, ya no se trata de la reticencia, sino de las maniobras o maquinaciones que caracterizan el dolo activo.

Diferencias entre dolo y error

En el dolo el error está provocado por el comportamiento de la otra parte que configura un hecho ilícito proveniente de un sujeto extraño, y es siempre relevante ya sea como causa de nulidad o que permite su reparación, en tanto que el error sólo vicia el consentimiento en los casos previstos por la ley.⁴⁰⁷

Diferencia entre dolo y violencia

La violencia es conocida por la víctima, en tanto el dolo y su autor le resultan inadvertidos porque actúa mediante el engaño y quien lo padece ignora que su consentimiento está determinado por la maniobra dolosa. La violencia actúa directamente sobre la voluntad, en tanto que el dolo actúa directamente sobre el intelecto e indirectamente sobre la voluntad.⁴⁰⁸

Lesión

En este caso se genera un perjuicio al celebrar un contrato cuando a consecuencia de un error de apreciación o bajo la influencia de las circunstancias, se acepta cumplir una prestación muy superior a la recibida (salvo que se tratare de un acto de liberalidad)

El art. 1277 del CC establece: «La lesión por sí sola no vicia los contratos. No puede, pues, la lesión servir de fundamento a restitución in integrum alguna; sin perjuicio de lo dispuesto sobre la nulidad en el Capítulo VII del Título III de este Libro».⁴⁰⁹

El informe de la Comisión revisora del Código civil indicó como principal novedad del proyecto la supresión de las acciones rescisorias por lesión, quedando plasmada la exclusión de la lesión como causa de nulidad de los contratos, teniendo en cuenta que si quien interviene en la contratación es una persona capaz, no es lógico admitirla en tanto los contratantes actúan en un pie de igualdad, y en caso de que intervenga un incapaz, cuenta con los institutos de protección de incapaces.

La lesión desde un punto de vista subjetivo puede deberse o a la falta de capacidad, o a la actuación de un vicio del consentimiento (dolo, violencia o error)

Desde un punto de vista objetivo, considera la diferencia material de las prestaciones en un contrato. El único caso en nuestra legislación que consagra la lesión objetiva, es en la

407 *ADCU*, T. XXXI, c. 1183, TAC 3°, p. 535: «si bien ambas figuras presentan como eje el error, el supuesto del dolo es provocado por la maniobra o artificio de otro sujeto, en cambio en el error propiamente dicho posee siempre la nota de espontáneo (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. XII, Montevideo 1971, p. 17)

408 Cfm. Gamarra, ob. cit. T. I, p. 265

409 «La lesión como vicio del consentimiento en nuestro sistema jurídico por sí solo no vicia los contratos (art. 1277 CC), es un vicio objetivo distinto de los demás vicios del consentimiento, los que no quedan atrapados por ellos (Gamarra, *Tratado...*, t. XII, p. 232/233; Peirano Facio, *Curso de obligaciones*, T. 1°, p. 214; Vaz Ferreira, *La partición*, p. 158; Pereda, *Modos de adquirir*, T. 2°, p. 613; Zurdo, *Anuario...*, t. V, p. 99/100; De Cores, *Anuario...*, t. V, p. 184; Carozzi, *La partición*, p. 151/153; en el extranjero Jossierand, *Derecho civil*, T. 3°, volumen 2°, p. 411; Planiol y Ripert, *Traité de D. Civile*, t. V, p. 185; Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. 7, p. 407; Polacco, *Las sucesiones*, t. 2, p. 337; Ricci, *Derecho Civil, Teórico y Práctico*, t. IX, p. 450; Claro Solar, *Derecho Civil chileno*, t. 2, p. 259/260, Sentencia de la Suprema Corte de Justicia n.º 96/91). Ahora bien, este carácter excepcional de la lesión en el que toda la doctrina nacional y extranjera coincide hace que cuando el negocio no es puro de partición, sino que se convierte directamente en una transacción a través del cual se parte o se evita precisamente una partición, constituye un híbrido jurídico, ya que no se puede invocar la lesión como causal rescisoria (Carozzi, Ema, *La Partición*, p. 152/154). TAF 2°, S. n.º 298. 15.11.2002. C. 402 (*ADCU*, T. XXXIII, p. 166, Montevideo, FCU)

partición, que puede rescindirse por causa de lesión en más de un cuarto, atendiendo al valor de las partes cuando fueron adjudicadas.⁴¹⁰

No es causa de nulidad pero permite solicitar la rescisión judicial de las particiones cuando la lesión supera la cuarta parte del valor de las cosas adjudicadas a un heredero (art. 1161 del CC).

Capacidad. Persona física

Noción

La capacidad es un presupuesto de validez de los negocios jurídicos, tal como resulta de los arts. 1261 n.º 2, en materia de contratos y 831 n.º 1 y 832 inc. 1.º del CC, en materia de testamentos. Ello significa que, si se realiza un negocio jurídico sin la capacidad requerida legalmente, será nulo (relativa o absolutamente, según que intervenga un incapaz relativo o absoluto).

Es lo que un determinado individuo puede hacer. Jurídicamente es sinónimo de aptitud, así una persona es capaz cuando es apta o reúne las condiciones necesarias para hacer una cosa.

Por razones metodológicas se estudiará en sus dos aspectos: capacidad de goce o de derecho o jurídica y capacidad de ejercicio o de obrar.

Capacidad de goce o jurídica

Es la aptitud, idoneidad, suficiencia o habilidad que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones o, más concretamente, para ser destinatario de efectos jurídicos o de relaciones jurídicas.

En el Derecho moderno, toda persona por el solo hecho de serlo tiene capacidad de goce. Abolida la esclavitud, la muerte civil, la muerte del claustro y las *capitis diminutio* romanas, capacidad de goce coincide con persona.⁴¹¹ No hay normas legales que se refieran a ella, pues el concepto se halla «sobreentendido» por el orden jurídico. Es un concepto uniforme, genérico, en cuanto alcanza, comprende a todos los individuos.

No puede concebirse una incapacidad genérica de goce, aun cuando pueda existir alguna incapacidad de goce específica.

410 «La lesión consiste en la afectación de la regla de igualdad, esto es, la no correspondencia entre los valores adjudicados en la partición, con el valor de la cuota o participación en la indivisión. Se trata de un vicio objetivo, que no se subsume en el error, en el dolo, ni en la violencia. Esto significa que toda vez que un coindivisario otorgue una partición en la que se le adjudica un lote cuyo valor global es inferior al 75% de lo que habría tenido derecho de recibir, estará facultado a demandar la anulación, aún cuando no haya mediado otro vicio del consentimiento, tal como puede ser la violencia física o moral, el error o el dolo. En efecto, a fin de establecer si la partición está viciada por la lesión es suficiente con realizar un análisis 'puramente mecánico' como señala Gamarra. Por lo tanto, a los efectos de impedir que prospere una acción de anulación por lesión es irrelevante que se acredite que no medió en el caso violencia, error o dolo. Nuestro Código Civil, establece la lesión como vicio del consentimiento de la partición, por influencia de la doctrina francesa. Marcadé sostuvo respecto de la lesión que ésta hace presumir un estado de privación o de necesidad implacable en aquél que la ha sufrido. Conforme con este autor, la ley supone que quien acepta que le sea adjudicado un lote sensiblemente desigual actuó bajo el imperio de la miseria o de cualquier otra fuerza mayor que le ha quitado libertad.» (Incidencia de la lesión en el «convenio particionario», Ema Carozzi y Santiago Carnelli *ADCU*, T. XXXII Sección Doctrina)

411 Messineo la define como un atributo inseparable de la persona humana que se adquiere por el hecho mismo de la existencia. Toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad de derecho que coincide con la personalidad. (citado por Gamarra, ob. cit., T. II, p. 5)

Capacidad de ejercicio o de obrar

Coviello⁴¹² la define como «la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos, en asumir por sí obligaciones».

La capacidad de obrar es la que produce la distinción entre sujetos capaces e incapaces. Dicha distinción no podía aparecer en la capacidad de goce, por cuanto no se puede ser sujeto sin tener dicha capacidad; pero se puede ser sujeto sin tener capacidad de ejercicio.

El elemento diferenciador de ambos grupos es la posibilidad de actuar '*por sí*' para crear derechos y obligaciones. Cuando el sujeto es incapaz de obrar no puede actuar por sí mismo, sino que necesita que otro sujeto lo asista o represente.

Fundamento de la incapacidad de ejercicio

El hecho de que la ley distinga entre personas que puedan actuar por sí mismas y otras que no lo pueden hacer se debe a 2 razones:

- a. falta de condición psíquica por inmadurez
- b. falta de condición psíquica por perturbaciones psicológicas.

La ley traduce la evolución psicológica de las personas en mayor eficacia de los actos que pueda realizar: desde la nulidad absoluta que implica el acto de un impúber, pasando por la nulidad relativa de los actos de los púberes, hasta la validez de las relaciones jurídicas entre mayores de edad (mayores de 18 años, a partir de la ley n.º 16.719) que es la edad que se supone que el individuo ha alcanzado la madurez completa).

Diferencias entre ambas capacidades

- a. Todos los sujetos tienen capacidad de goce, o sea la posibilidad de ser destinatarios de efectos jurídicos; no todos tienen capacidad de ejercicio, es decir, la facultad de producir con su actividad efectos jurídicos.

Por ello la distinción entre capaces e incapaces sólo tiene razón de ser en la capacidad de ejercicio, no pudiendo existir incapaces de goce (del punto de vista genérico).

- b. La capacidad de derecho no admite división en grados, es un concepto uniforme, pues coincide con el concepto de persona; inversamente, la capacidad de obrar al estar vinculada a las aptitudes mentales del sujeto se divide en tres períodos: impubertad, pubertad y mayoría de edad.
- c. La falta de capacidad de goce no puede subsanarse; la falta de capacidad de ejercicio se subsana con la asistencia y la representación.
- d. La capacidad de goce, además de uniforme, es permanente: se adquiere con el nacimiento y termina con la muerte. En cambio, la capacidad de obrar está subordinada a situaciones de hecho y puede nunca existir (sordomudo analfabeto de nacimiento e imposibilitado de manifestarse a través del Lenguaje de Señas Uruguayo) o cesar una vez que se ha adquirido (*v. gr.* demencia adquirida).

Asimismo, a medida que el sujeto llega a ciertas edades (fundamentalmente 12 y 14 años) u ocurren en su vida ciertos acontecimientos (habilitación por matrimonio) logra ciertas capacidades especiales.

- e. Al considerarse «sobrentendida» por el ordenamiento jurídico, no hay disposiciones que se refieran a la capacidad de goce; en cambio, hay una multiplicidad de disposiciones que se refieren a la capacidad de obrar, ya sea general, atenuada o especial.

412 Citado por Gamarra, ob. cit. T. II, p. 7.

Capacidad para contratar

Conforme Messineo⁴¹³ la capacidad para contratar es una especie dentro de la capacidad de obrar, esto es, la capacidad de cada uno de los sujetos para celebrar por sí mismo el contrato sin necesidad de representación o asistencia.

Por consiguiente, teniendo en cuenta el desarrollo precedente, cabe concluir que son capaces para contratar:

- a. los mayores de edad, los que han cumplido 18 años tienen capacidad plena.
- b. los menores habilitados por matrimonio tienen capacidad limitada (art. 307 CC)
- c. el menor púber tiene capacidad especial para contraer matrimonio, hacer donaciones por tal causa y otorgar capitulaciones matrimoniales.

Son incapaces totalmente los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito ni mediante lenguaje de señas.

Cuándo debe apreciarse la capacidad

Como principio general, la capacidad debe apreciarse en el momento de perfeccionamiento del contrato. Ello trae como consecuencia que carezca de relevancia una incapacidad anterior que cesó al momento en que el sujeto emite su voluntad, así como tampoco afecta la validez del contrato la incapacidad superviniente de uno de los contrayentes, la que podrá ser cumplida por su representante legal.

Gamarra⁴¹⁴ analiza al efecto determinadas expresiones utilizadas por el legislador con relación a la capacidad para contratar.

El art. 1261 del CC cuando define a la capacidad como requisito para la validez de los contratos la menciona como «capacidad legal de la parte que se obliga». Partiendo de la base que el contrato es un negocio jurídico bilateral clasificado en atención al número de partes que se requieren para su formación, el acuerdo de voluntades está en la base del negocio, por lo que no puede producirse válidamente si las voluntades no provienen de sujetos con capacidad para emitirlos. Prueba de ello lo constituye el art. 1618 que en sede de donación, no sólo trata de la capacidad del donante, que es la parte que se obliga, sino también de la capacidad del donatario, así como en el régimen de las nulidades que la consagra para los casos en que intervienen personas incapaces, sin distinguir si el incapaz se obliga o no por el contrato.

Asimismo el Código utiliza en varias de sus disposiciones la expresión «tener la libre administración de sus bienes», por ejemplo en sede de servidumbre en el art. 622 como requisito para su constitución, y en materia de nulidades en el art. 1564, disposición esta última de la que se desprende claramente que la expresión equivale a capacidad para contratar, tal como lo han sostenido Amézaga y Sánchez Fontás.

Efectos de la incapacidad

La capacidad es un requisito de validez de los negocios jurídicos, por tanto, la incapacidad produce la invalidez o nulidad del acto. En consecuencia, cada vez que un incapaz participa por sí en la realización de un negocio jurídico el mismo es nulo (arts. 1261, 1279, 1280 y 1560 y ss del CC).

La nulidad es absoluta cuando interviene un incapaz absoluto y es relativa, cuando interviene un incapaz relativo.

413 Citado por Gamarra en ob. cit. T. II, p. 15

414 Gamarra, ob. cit. T. II, p. 16 y ss.

Sin embargo, existe normativamente una solución legal diversa de atenerse a las consecuencias establecidas por las disposiciones anteriormente citadas. Así, la consecuencia que establece el art. 1280 inc. 2° del CC para el caso del contrato celebrado por un relativamente incapaz —nacimiento de una obligación natural, y por tanto no exigible en juicio art. 1441 del CC— se contrapone con el régimen que sienta el art. 1560 del CC según el cual la obligación que de allí se deriva es civil, aunque afectada de nulidad relativa, que es eficaz mientras no sea declarada y cuyo cumplimiento puede exigirse en juicio. Lo que es conciliado con la doctrina, sosteniendo que la obligación natural sólo nace a partir del momento en que una sentencia pronuncia la nulidad.⁴¹⁵

Legitimación

La doctrina moderna ha consagrado la distinción entre capacidad y legitimación señalando, fundamentalmente que la primera es una cualidad de la persona, en su modo de ser, considerada en sí, independientemente de su posición en la sociedad, es decir, la capacidad está fundada sobre las condiciones subjetivas de la persona y por ello se dice que es una aptitud intrínseca de la parte mientras que la legitimación es una posición del sujeto respecto del objeto u otros sujetos.

Así, el art. 1279 al disponer que son absolutamente incapaces los impúberes, dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o por lenguaje de señas está legislando sobre capacidad.

En tanto que en el art. 1280 que el legislador conceptualiza como una situación de incapacidad relativa, referida a la situación del comerciante fallido, en realidad está regulando una situación de falta de legitimación para disponer en tanto atiende a la especial posición de este sujeto en relación con el objeto (su comercio).

Cabe distinguir además las situaciones de falta de legitimación receptiva que el CC conceptualiza como «incapacidades especiales» para realizar determinados contratos, lo que se traduce en una serie de prohibiciones que contemplan la posición de las partes que lo celebran, esto es, la prohibición de realizar donación, compraventa y permuta entre cónyuges (arts. 1657, 1675 y 1771), que determinan una falta de legitimación en la medida que suponen actuar contra una ley prohibitiva, que busca evitar se generen conflictos de intereses, cuya consecuencia es la nulidad absoluta del negocio (art. 8 del CC).

Como consecuencia de lo expuesto, y atento a su fundamentación diversa, corresponde señalar que: la capacidad es requisito de validez del contrato (art. 1261); la falta de legitimación para disponer tiene como consecuencia la ineficacia del negocio dispositivo (p. ej. art. 775 inc. 2°), no así el negocio obligacional (p. ej. art. 1669); en tanto que la falta de legitimación receptiva es requisito de validez, en tanto lo hecho contra leyes prohibitivas es nulo.⁴¹⁶

Persona Jurídica

En nuestro derecho se distinguen básicamente dos grupos de personas jurídicas —públicas y privadas—, que surgen del art. 21 del CC, a saber:

415 Gamarra, ob. cit., T. II, p. 44. Tema abordado además en el capítulo 11 «Clases y modalidades de las obligaciones», cuarta parte de este manual.

416 Cfme. Gamarra, ob. cit. T. II, p. 49 y ss.

- a. El Estado, el Fisco, el Municipio. Son las denominadas por la doctrina personas jurídicas de existencia necesaria. Pueden realizar toda clase de actividades, celebrar contratos dentro del marco legal.
- b. La Iglesia, Corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública.
- c. Sociedades comerciales reguladas específicamente por la Ley n.º 16.060. Respecto de su capacidad, rige el principio de especialidad, el que puede entenderse de dos formas:
 - con un criterio restrictivo que sostiene que sólo pueden celebrar aquellos contratos previstos expresamente en sus estatutos.
 - con un criterio amplio entendido en el sentido de que pueden celebrar todos aquellos negocios que les permitan alcanzar los fines para los cuales fueron constituidas.

Objeto

Según el art. 1282 del CC, «el objeto de los contratos es el objeto de las obligaciones que por ellos se contrajeren». En tanto, el art. 1245 del mismo cuerpo normativo refiere que «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa».

Para una postura, el objeto de los contratos es la prestación a que está obligado el deudor, esto es, dar, hacer o no hacer alguna cosa; mientras que para otra posición, llamada materialista, se refiere a las cosas que deben darse por ellos (*v. gr.* en la compraventa) o a los hechos que deben cumplirse (*v. gr.* en el arrendamiento de obras).⁴¹⁷

Requisitos del objeto

Determinación (art. 1283 del CC)

La prestación contractual debe estar debidamente definida en sus elementos relevantes, esto es, la cosa objeto del contrato debe estar individualizada (por ejemplo, por número de padrón si es un inmueble o un automóvil) o al menos determinada en cuanto a su género (*v. gr.* un vehículo marca Ford).

Esa cosa puede ser actual o futura. Puede tratarse de una cosa que no exista al momento de perfeccionamiento del contrato pero que se espera que exista. (art. 1283). P. ej. El edificio a construir. El legislador previó en los arts. 1671 y 1672 del CC la compraventa la cosa que se espera que exista *emptio rei sperate*, y la *emptio spei* (compra de la esperanza).

La cantidad puede ser incierta, si existen reglas para determinarla (art. 1283, inc. 2º).

Excepcionalmente nuestro legislador permite acudir a determinaciones indirectas, cuando se ha pactado en el propio contrato, por ejemplo la determinación del precio de la compraventa según el precio «corriente de plaza» (art. 1666).

Posibilidad

La prestación a que se obligó el deudor debe ser realizable, factible de ser cumplido. Si se trata de hechos deben ser física y moralmente posibles (arts. 1283, inc. 3º y 1284 del CC).

Son físicamente imposibles los hechos contrarios a la naturaleza.

Son moralmente imposibles: a) los hechos prohibidos por las leyes; b) los contrarios a las buenas costumbres y el orden público.

⁴¹⁷ Temática abordada en el capítulo 2 «Elementos de la obligación», cuarta parte de este manual.

Si se trata de cosas, el objeto es imposible cuando la cosa no existe (art. 1283 inc. 1°), comprendiendo las situaciones de imposibilidad jurídica, por ejemplo aquellas cosas que están fuera del comercio de los hombres que imposibilita su entrega, o de inidoneidad del objeto atento a la especie contractual involucrada, esto es hipoteca respecto de un bien mueble, por ejemplo.

Tal imposibilidad debe ser objetiva o absoluta de tal forma que imposibilite el cumplimiento de la prestación.

De acuerdo a lo previsto en la norma el objeto debe ser posible al momento de perfeccionamiento del contrato. Si la prestación deviene imposible luego del perfeccionamiento del contrato, se resuelve por el tema de los riesgos siendo relevante la conducta del deudor y su incidencia respecto de la imposibilidad de entrega, pero no de nulidad del contrato en tanto ya fue perfeccionado.

Interés del acreedor

El art. 1283 inc. 3° exige que las partes tengan interés en el cumplimiento de los hechos que sirven de objeto al contrato. Es decir que la prestación del deudor debe corresponder a un interés del acreedor.

Lícitud

El art. 1286 del CC indica que hay objeto ilícito «en todo lo que contraviene al derecho público oriental». En realidad tal concepto surge del art. 1284 inc. 3° cuando indica que «es moralmente imposible el (hecho) prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

Debe tratarse de cosas que estén en el comercio (art. 1282, inc. 2°). Por ejemplo, no pueden ser objeto de los contratos como surge del Código Civil:

- a. los bienes públicos (art. 477), salvo en cuanto a otorgar concesiones para su explotación;
- b. la transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (art. 549);
- c. los pactos sobre sucesiones futuras (art. 1285).

La ley prevé para todas las situaciones enumeradas una nulidad de tipo absoluto (art. 1560).

Causa

La causa es el elemento del contrato por el cual se califica el fin que las partes buscan al celebrarlo. Bianca⁴¹⁸ la define como la razón práctica del contrato, el interés que la operación contractual está dirigida a satisfacer.

Las teorías subjetivas identifican la causa con un dato psicológico en tanto la causa sería el fin que impulsa a prestar el consentimiento, El acto de voluntad se compone de dos elementos: el consentimiento que es el acuerdo de voluntades, separado de las intenciones de cada obligado y por otro, la consideración del fin que se propone obtener. El hecho de que la causa forme parte de la voluntad es lo que permite calificar esta doctrina como subjetiva.

En las teorías objetivas la causa se identifica con la función del negocio, vinculándose o identificándose con el tipo negocial la función económica social típica, la causa en la

418 Citado por Gamarra en ob. cit. T. II p. 61

compraventa es la función de cambio que el negocio despliega, eliminando todo vínculo con la voluntad.

Actualmente la causa se concibe como la razón que concretamente justifica el contrato celebrado, es entendida como la justificación del movimiento de bienes de un individuo a otro.

Se trata de un concepto objetivo y genérico para los contratos onerosos y gratuitos. Se diferencia de los motivos, que son las razones personales que llevan a cada persona a contratar.

Conforme al art. 1287 del CC:

- a. en los contratos onerosos, la causa para obligarse por cada contratante es la ventaja o provecho que le procura la otra parte. Por ej. en el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar en virtud de la ventaja que le significa recibir un precio por ello;
- b. en los contratos gratuitos, la causa es la mera liberalidad del bienhechor; por ej. dono \$ 1.000 en beneficio de X.

Ahora bien, esas causas se diferencian de los motivos por los cuales se realizan los negocios jurídicos, los cuales son subjetivos, personales de los contratantes. De manera que, la venta puede tener una infinidad de motivos, variables con cada individuo: *v. gr.* hacer un viaje, comprar otra casa, donarlo a una institución de beneficencia. Pero esos motivos poco importan, cuando la causa, la finalidad que se persigue con el contrato, es lícita.

La causa, según el art. 1288 del CC, provoca la nulidad del contrato cuando es:

- a. ilícita, es decir, contraria a la ley, a las buenas costumbres⁴¹⁹ o al orden público⁴²⁰; Gamarra⁴²¹, citando a Roppo diferencia causa ilícita de objeto ilícito. El objeto es ilícito cuando la prestación contractual en sí y por sí considerada viola el orden público, una ley imperativa o las buenas costumbres, por ejemplo el caso del sicario que se obliga a cometer un delito, teniendo su obligación un objeto ilícito. En cambio cuando se paga a un funcionario para que agilice un expediente, el objeto es lícito porque la prestación a la que se obliga el funcionario constituye su deber, pero la causa es ilícita en tanto promete dar algo por que cumpla un deber que le impone de antemano la ley o la moral, la causa del contrato estriba en el intercambio de aquella actividad contra una compensación cualquiera.
- b. falsa; *v. gr.* cuando se entrega algo por creer que existía una deuda, por lo que equivale en este caso a causa errónea o cuando se realiza un negocio simulado, eso es, con una causa insincera, no querida, careciendo el negocio de causa y determinando su nulidad absoluta.

Las situaciones de ausencia de causa son aquellas como señala Carnelutti ⁴²² que el fin que persigue la declaración de voluntad no corresponde a un efecto jurídico posible, como en el caso de compraventa de cosa propia (art. 1672 del CC) en el que la compraventa no

419 Pertenecen a las buenas costumbres el respeto a la dignidad y la sensibilidad humana, los principios de la moral sexual, la ética profesional, entre otros (Gamarra, ob. cit. T. II, p. 69)

420 Se trata de los principios fundamentales e intereses generales sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico del Estado, pueden ser políticos, sociales y económicos que están en la base del orden jurídico en un momento histórico determinado (Gamarra, ob. cit. T. II, p. 70)

421 Gamarra, ob. cit. T. II, p. 70.

422 Cit. por Gamarra, ob. cit. T. II, p. 71

cumple su función de intercambio en virtud de que la cosa que se vende ya era propiedad del comprador

Irregularidad de los negocios jurídicos

Los negocios jurídicos que carezcan de los elementos establecidos por la ley adolecen de irregularidades que pueden determinar su inexistencia, invalidez en grado de nulidad absoluta o relativa, ineficacia o inoponibilidad.

Inexistencia

Se habla de inexistencia del negocio jurídico ante la falta o carencia de algún elemento que conforma el negocio jurídico lo que impide llegue a tener existencia jurídica, (por ejemplo, un negocio sin sujeto).⁴²³

Algunos autores distinguen inexistencia de invalidez, precisando por ejemplo, que es inexistente el matrimonio entre dos personas celebrado sin la presencia del oficial del Estado Civil, pero otros sostienen que en nuestro Código Civil se engloban en una misma idea las nociones de invalidez y de inexistencia reguladas en los arts. 1261 y 1560 del CC, no correspondiendo distinguir entre actos inexistentes y absolutamente nulos, en la medida que en realidad, sus consecuencias resultan equiparables.⁴²⁴

Nulidad

- a. absoluta: Se configura cuando falta algunos de los elementos esenciales de validez del negocio jurídico: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, así como la solemnidad en aquellos actos y contratos que lo requieran. A ello se suma la legitimación receptiva específicamente regulada en el contrato de compraventa (art. 1657, 1675 al 1679, 1771, y 2070 CC).

Las nulidades absolutas pueden y deben ser declaradas por el juez de oficio cuando aparece de manifiesto, puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba puede pedirse su declaración por parte del Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. (art. 1561 del CC).

La nulidad absoluta no puede ser subsanada, ni aún por el paso del tiempo. La declaración judicial, en consecuencia, tiene eficacia declarativa.

- b. relativa: El art. 1560 inc. 3° del CC establece que toda otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la anulación del acto o contrato.

Este tipo de nulidad sólo puede ser declarada por el Juez a instancia de las partes interesadas o perjudicadas, no puede ser alegada por el Ministerio Público.

Puede subsanarse por el lapso de tiempo o ratificarse por acuerdo de partes. A diferencia de la nulidad absoluta la sentencia tiene eficacia constitutiva. (art. 1562 del CC)

423 Gamarra señala al efecto que hay textos precisos que consagran la solución opuesta los arts. 1672 y 2187 contemplan dos casos en que el contrato no se ha perfeccionado por falta de objeto, y en ambos la ley expresamente proclama la nulidad. (ob. cit. T. II. p. 105)

424 Nande Larghero, María Esther. *Curso de Derecho Civil*. Primera parte, Montevideo, Oficina de Apuntes CECEA, p. 63.

Ineficacia

Existe ineficacia cuando, sometido el contrato al cumplimiento de un plazo o una condición no se verifica, lo que determina que el negocio jurídico no obstante ser válido resulta ineficaz al no producir los efectos jurídicos esperados.

Como señala Gamarra⁴²⁵: «No se trata, pues de elementos del contrato (o sea de los componentes que concurren para formar el contrato) sino de requisitos de su eficacia».

La eficacia del contrato puede verse afectada por distintas causas en caso de que las partes dilataran sus efectos en el tiempo mediante un plazo o condicionándola a un hecho de acaecimiento externo como en el supuesto de condición suspensiva.⁴²⁶

Inoponibilidad

Consiste en la imposibilidad de hacer valer el negocio jurídico otorgado frente a terceros como consecuencia de no haber cumplido con los requisitos de publicidad exigidos legalmente, que contribuyen a que un negocio jurídico sea oponible *erga omnes*.

En este caso el contrato es válido y eficaz pero sólo despliega sus efectos entre las partes que lo otorgaron pero no respecto de terceros. Sucede por ejemplo en el caso que las partes no procedan a la inscripción del instrumento en los Registros Públicos que posibilitan el conocimiento a terceros de las negociaciones celebradas.

El acto no inscrito es inoponible a terceros, cuando el interesado no cumple con la carga registral que le impone el art. 54 de la Ley de Registros Públicos.

Barbero, Liserre y Florida⁴²⁷ definen a la inoponibilidad como la forma más atenuada de la ineficacia, indican que es una «ineficacia relativa» por cuanto los efectos del acto no pueden ser invocados contra ciertas personas, una particular categoría de terceros.

Cabe concluir en suma como señala Gamarra⁴²⁸ que la ausencia de publicidad nada tiene que ver con los vicios que puedan aquejar al negocio, ya que la publicidad es externa al acto y se agrega a éste; por tanto no corresponde hablar de invalidez sino de inoponibilidad o ineficacia.

425 Gamarra, ob. cit. T. II., p. 205.

426 Gamarra, no obstante señala que la ineficacia puede derivarse también de la nulidad absoluta del negocio, aunque aquí como reflejo de la falta de un requisito esencial de validez que afecta la propia vida del contrato, y por ende de las obligaciones (efecto) que de él deberían nacer. En este último caso se habla de ineficacia en sentido amplio, ya que el sentido estricto se reserva para aquellas hipótesis en que la ineficacia se debe a causas que afectan los efectos del contrato (y no al contrato mismo) ob. cit. T. II. p. 141).

427 Citados por Gamarra, ob. cit. T. II p. 34.

428 Gamarra, ob. cit., T. II, p. 36.

Efectos jurídicos de los contratos

Doctrinariamente se entiende por efecto del contrato las relaciones que se producen entre las partes a raíz del hecho de su formación, esto es «las modificaciones que el contrato determina en las posiciones jurídicas de las partes» (Roppo).⁴²⁹

En nuestro derecho el contrato crea un vínculo de naturaleza obligacional (arts. 1246 y 1247 del CC) que sólo produce efecto personal (art. 705 inc. 2° del CC), a diferencia de otros sistemas jurídicos (como el francés) que el contrato es un negocio traslativo que produce la transferencia del derecho real.

Es decir, en nuestro derecho los contratos por sí solos son estériles para crear o transferir derechos reales: para éstos solo operan como título hábil, porque si se les suma el modo tradición provocan un efecto real.

Principio de relatividad de los contratos

El campo de aplicación de la teoría de la relatividad de los contratos se refiere a los *efectos internos* del contrato. El contrato tiene un efecto relativo en cuanto su eficacia en tanto negocio creador de obligaciones se circunscribe a los sujetos que lo formaron, las partes contratantes.

Desde el punto de vista objetivo, como se señalara *ut supra*, el contrato sólo vincula al acreedor con el deudor, limitándose a crear derechos personales para una de las partes (art. 473 del CC), y obligaciones para la otra o derechos personales y obligaciones para ambas (art. 1247 del CC).

Desde la perspectiva subjetiva, el contrato obliga, en primer término, a las partes que lo celebraron (art. 1291, inc. 1° del CC). Es un corolario lógico, el que nadie puede producir efectos jurídicos en el patrimonio ajeno, salvo que la ley o el interesado lo permitan (art. 1254 del CC).

El principio general establece que el contrato produce sus efectos entre las partes (art. 1292), y no produce efectos respecto de terceros (art. 1293)

Las partes en un contrato son los sujetos que forman el negocio con su acuerdo de voluntades, debiendo recordarse que en supuestos de representación se debe tener en cuenta la noción de parte como centro de intereses, que indica sobre quién recaen los efectos del contrato.

Pero el art. 1292 admite que los efectos de los contratos, es decir, los derechos personales adquiridos las obligaciones asumidas, se transmitan en dos casos:

- a. cuando fallece una de las partes a sus herederos, en razón de que éstos quedan colocados en la misma situación que el causante en todos los derechos y obligaciones que no se extinguieron por la muerte (art. 1039);

429 Citado por Gamarra, ob. cit. T. II, p. 141

- b. cuando a través de un negocio normalmente *inter vivos* se cede el contrato por quien lo celebró a un tercero; es decir, quien cedió el contrato pierde la calidad de parte en él y la adquiere el cesionario.

Por ende, los efectos del contrato alcanzan, conforme al art. 1292, a:

- a. las partes; (quienes intervinieron por sí o debidamente representados en el contrato)
- b. los sucesores a título universal de ellas, esto es, a los herederos (art. 776);
- c. los sucesores a título singular a través de una cesión de contrato.⁴³⁰

Los sujetos individualizados en los numerales 2° y 3° no han intervenido en la formación del contrato, y tampoco están vinculados originariamente por la relación jurídica creada por el contrato. Y no obstante ser terceros en el momento del perfeccionamiento del contrato, devienen partes como consecuencia del fallecimiento del causante.

Sin embargo, el propio art. 1292 cita ciertos supuestos en los que los efectos de los contratos no se transmiten a los sucesores o cesionarios, ya sea:

- a. por una disposición de la ley (*v. gr.* es lo que acaece con el mandato, que se extingue por la muerte del mandante o del mandatario);
- b. por una cláusula de la convención (por ej., art. 2219 del CC);
- c. por la naturaleza del contrato; es el caso de los *intuitu personae*.

El segundo aspecto del principio de la relatividad del contrato, la ineficacia respecto de terceros, está consagrado por el art. 1293 que es el complemento o reverso del art. 1292: los contratos no pueden oponerse⁴³¹ a terceros, ni invocarse por ellos.

El precepto indica como excepciones los arts. 1254 a 1256 del CC; sin embargo, los dos últimos no son supuestos de excepción, sino de representación, es decir, de casos en que hay que distinguir parte en sentido formal y parte en sentido sustancial; el representado es parte en este último sentido, aun cuando no manifieste voluntad alguna.

En verdad la única excepción real de las que menciona el art. 1293 es la estipulación para otro regulada por el art. 1256, como se verá.

En cuanto a los *efectos externos* del contrato, esto es, la existencia del contrato como fenómeno jurídico es oponible a las partes y a los terceros.

Para la debida comprensión de la cuestión es preciso tener en cuenta que de los contratos se derivan:

- a. efectos específicos, que solo pueden alcanzar a las partes y sus sucesores;
- b. efectos reflejos, o indirectos que pueden afectar a terceros. Refiere a efectos que los contratantes no tienden a su producción sino que dependen casi exclusivamente de la ley y alcanzan a los terceros.

430 Según el art. 1292 los sucesores a título particular están equiparados a los herederos; suceden activa y pasivamente a las partes. Sin embargo, Gamarra sostiene que no es posible aceptar esta solución en tanto se opone a todo el sistema del Código Civil, por lo que los sucesores a título particular no se encuentran alcanzados por los efectos (créditos y deudas) del contrato, quedando circunscripta la regla del art. 1292 exclusivamente a las partes y sus herederos (sucesores a título universal) (ob. cit. T. II, p. 171)

431 Gamarra señala que no obstante su expresión, la noción de inoponibilidad no tiene que ver con el principio de la relatividad del contrato en tanto cuando se habla de inoponibilidad no está en consideración el efecto obligacional del contrato sino la situación jurídica que el contrato produce, que repercute en diversa forma y puede afectar de distintas maneras a los terceros. Este precepto no está considerando al contrato en tanto que modificación de la situación jurídica sino que atiende exclusivamente al efecto obligacional del negocio (su eficacia en sentido estricto) (ob. cit. T. II, p.164)

- c. acciones directas: significan la injerencia de un tercero en la relación contractual generalmente para hacer efectivo un crédito que su deudor no satisface o para obtener la resolución del contrato.

Supuestos de efectos reflejos

- a. arrendamiento inscripto (art. 1792 del CC); en tanto establece que si la cosa arrendada fuere enajenada, la persona que suceda en el derecho al propietario, estará obligada personalmente a cumplir el arriendo por el plazo convenido.
- b. cesión de bienes (art. 2364 nral. 1° del CC), en cuanto establece que el deudor no puede ser demandado por sus acreedores, alcanzando a aquellos que no participaron en el contrato.
- c. cesión de crédito litigioso (art. 1764 inc. 1° del CC), el deudor (cedido) que no fue parte en el contrato puede extinguir la deuda pagando el valor que abonó el cesionario, intereses y gastos.⁴³²

Supuestos de acciones directas

- a. subarrendamiento (art. 1821 del CC). Acción directa del arrendador contra el subarrendatario sobre lo que éste le debe al arrendatario (o subarrendador);
- b. arrendamiento de servicios (art. 1851 del CC). Los albañiles, carpinteros y demás obreros contratados por un empresario de obra tienen acción directa contra el propietario hasta el monto de lo que éste le debe al empresario.

La representación⁴³³

Está regulada por el art. 1254 del CC. Los negocios jurídicos pueden efectuarse con la intervención directa de la persona interesada o a través de la intervención de un representante. La *representación* implica la sustitución de una persona por otra en la conclusión de un negocio jurídico, recayendo los efectos de éste en la persona sustituida. Los motivos que pueden ameritar la representación pueden ser variados, entre ellos: falta del titular en el lugar donde se celebra el negocio jurídico o mayor idoneidad del representante para celebrar el acto.

Lo importante de la representación es que el representante sustituye al representado en la celebración del negocio (art. 1254).

Presupuestos de la representación:

- a. El poder (momento interno). Es un negocio jurídico o una disposición de la ley, por los que se otorga al representante la facultad de obrar con eficacia directa en el patrimonio de otra persona. Se confiere al representante un *poder jurídico* para actuar.
- b. Obrar a nombre ajeno (momento externo). El representante debe informar al tercero con quien contrata que lo hace a nombre del representado. De esta manera, hace recaer los efectos del contrato en él. Entre representante y tercero, no hay relación jurídica.

⁴³² Cfme. Gamarra, ob. cit. T. II, p. 166.

⁴³³ La temática relativa a la representación se abordará en este capítulo acotada al análisis de los arts. 1254 y 1255, y en extenso en el capítulo 5 de la quinta parte de este manual al estudiar el contrato de mandato.

Sujetos de la voluntad y del interés

En los casos en que hay representación se produce la *divergencia* entre quien manifiesta la voluntad y quien soporta las repercusiones del negocio jurídico realizado. Por eso Carnelutti⁴³⁴ distinguió:

- a. Parte en sentido formal o sujeto de la voluntad: es la parte que emite la voluntad, la que declara: el representante.
- b. Parte en sentido material o sujeto del interés: que es la que asume los efectos jurídicos del negocio: el representado.

Distintas relaciones jurídicas creadas por la representación⁴³⁵

- a. Relaciones entre representante y representado. Corresponden al lado interno de la representación y consiste en el negocio de apoderamiento que basta para perfeccionarlo la sola voluntad del poderdante (representado), mediante el cual el representado lo inviste con un poder (la aptitud de obrar con eficacia directa o representativa)
- b. Relaciones entre representante y tercero. El representante entra en relación con el tercero cuando estipula el negocio final en el cual interviene como autor de la declaración de voluntad negocial que corresponde a su parte, por tanto no hay relaciones jurídicas de naturaleza contractual entre ambos sino que los efectos del contrato vinculan al representado. Sin perjuicio de la posible responsabilidad prevista por el art. 2075 CC cuando actúa sin poder.
- c. Relaciones entre representado y tercero. El negocio final vincula al tercero con el representado, por efecto de la eficacia representativa (art. 1254).

Representación voluntaria y legal

En la *representación voluntaria*, el fundamento es el principio de autonomía de la voluntad. Es *facultativa*, en el sentido de que el sujeto del interés puede optar entre comparecer él directamente o enviar un representante. Los *límites* son fijados por el representado.

La *representación legal* implica la posibilidad de que quienes tienen capacidad de goce y no de ejercicio puedan efectivizar la aptitud de ser titulares de derechos y obligaciones. Para ello, la *ley* confiere a determinadas personas (padres, tutores, curadores: arts. 258 y 316 del CC), la representación sobre la persona y bienes de aquellos.

Es *necesaria*, en cuanto si no existiera, el incapaz de ejercicio no podría ser titular de derechos y obligaciones. Los *límites* de actuación del representante son fijados por la ley (arts. 271, 412 del CC, etcétera)

Ambito. La representación, por regla general, puede tener lugar en todos los negocios jurídicos, salvo: el testamento, por ser un acto personalísimo —entre otros—.

Distinción entre representante y mensajero (nuncio). Esta distinción posee trascendencia a fin de determinar el autor de la declaración de voluntad negocial, Cuando participa un mensajero quien concluye el negocio personalmente es el interesado, el mensajero queda fuera de la contratación en la que no interviene en tanto que en los supuestos de representación el sujeto de la voluntad o parte en sentido formal es el representante.⁴³⁶

434 Citado por Gamarra, ob. cit., T. II, p. 196

435 Cfme. Gamarra, ob. cit., T. II, p. 201

436 Cfme. Gamarra, ob. cit., T. II, p. 198

Representación sin poder

Establecida por el legislador en el art. 1255 del CC.

Se trata de supuestos en los que una persona (*falsus procurator*) actúa en nombre y representación de otra, pero sin tener poder para ello, lo cual puede ocurrir porque:

- a. nunca tuvo poder;
- b. lo tuvo y se extinguió;
- c. lo tiene, pero se excedió en sus límites.

Relaciones entre los sujetos intervinientes⁴³⁷

- a. Tercero y pseudo representado. El pseudo representado no resulta obligado por el contrato celebrado entre el pseudo representante y el tercero, puesto que no participó con su voluntad en la formación del negocio, ni otorgó poder al gestor para que lo representara, aplicándose la regla *res inter alios* y el art. 1293 del CC.
- b. Tercero y *falsus procurator*. El contrato no vincula al tercero con el pseudo representante porque actúa a nombre ajeno, no tiene intención de obligarse. (art. 1262, inc. 2°)

Consecuencias sobre el negocio de gestión

La situación puede llevar a una doble opción:

- a. que la persona a cuyo nombre se hizo el negocio jurídico lo ratifique;
- b. que el negocio sea ineficaz. El Código Civil expresa que será nulo, pero no puede incluirse el negocio jurídico en ninguna de las dos especies reguladas por el art. 1560 del CC, por lo que hay que concluir que es ineficaz.⁴³⁸
- c. Existe responsabilidad del *falsus procuratur* por los perjuicios que pudo ocasionar al tercero en la hipótesis del art. 2075 del CC.

Excepciones al principio de relatividad de los contratos

Estipulación para otro

Se encuentra regulada por el art. 1256 del CC.

A través de la estipulación para otro se produce una ampliación de los efectos del contrato en la medida que genera un derecho en favor de un sujeto que no ha sido parte en el mismo. La estipulación para otro es —según Jossierand—⁴³⁹ «bilateral en su formación, triangular en sus efectos».

Por su calidad de figura jurídica autónoma que consagra un beneficio a favor de un tercero, deroga el principio vigente desde el Derecho romano expresado en el aforismo *nemo alteri stipulare postest*, es decir, no se puede estipular o contratar con otro que no preste su consentimiento.

437 Cfme. Gamarra, ob. cit., T. II, pp. 225, 226

438 Doctrina mayoritaria sostenida por Caffaro-Carnelli, Gamarra entiende que se trata de un negocio incompleto, un contrato al que le falta un elemento esencial para perfeccionarse —el consentimiento— (Gamarra, ob. cit. T. II, p. 227)

439 Citado por Gamarra en ob. cit. T. II. p. 175

Diferencias entre la estipulación para otro y la representación

- a. en la representación se trata de un contrato realizado en nombre ajeno, en tanto en la estipulación para otro es realizado en nombre propio, pero a favor ajeno.
- b. el representando no es un tercero sino que es parte en el contrato, a diferencia del beneficiario que es tercero y continúa en tal calidad aunque adquiera un derecho.
- c. el representante no adquiere derechos ni contrae obligaciones, en cambio, el estipulante queda obligado frente al promitente.
- d. la potestad de revocar, que existe en la estipulación para otro, es ajena a la representación.⁴⁴⁰

En la figura del art. 1256 intervienen 3 partes:

- a. el estipulante, que establece una ventaja en beneficio de un tercero que no es parte en el contrato;
- b. el promitente, co-contratante del estipulante que es quien se obliga a prestar el beneficio;
- c. el beneficiario, que es un tercero respecto al contrato entre aquéllos, pero que recibe la ventaja de lo pactado entre promitente y estipulante.

Como consecuencia del contrato entre a. y b, c deviene titular de un derecho de crédito u otro beneficio.

Elementos constitutivos

- a. Debe estipularse una ventaja a favor de un tercero.
- b. Está condicionada a la aceptación posterior por el beneficiario.
- c. Sólo le alcanza en cuanto constituya una ventaja, no una obligación.

Caracteres

- a. El derecho de aceptar el beneficio nace automáticamente aun cuando desconozca la estipulación, debe haber permanecido realmente al margen de la negociación, ser extraño al contrato. Nace para él un derecho potestativo.
- b. El tercero tiene que estar determinado o ser determinable en el momento de formación del contrato.
- c. La ventaja debe haber sido pactada voluntariamente por los contratantes, y acordar clara y expresamente que desean atribuir al tercero el derecho de exigir una determinada prestación al promitente.
- d. El estipulante debe actuar en nombre propio, puesto que si actúa en nombre del beneficiario habría representación, con o sin poder, pero no estipulación para otro.

Nada impide que el estipulante sea representante legal o voluntario del beneficiario, pero en el caso concreto no actúa en esa calidad.

440 Cfme. Gamarra, ob. cit. T. II, p. 176

Diferentes relaciones creadas

- a. Promitente y estipulante: deben soportar los efectos de la convención creada, pero pueden dejarla sin efecto hasta el momento en que el beneficiario la acepte. Si el primero no cumple la obligación asumida, el segundo puede responsabilizarlo por incumplimiento.⁴⁴¹
- b. Promitente y beneficiario: antes de la aceptación por el beneficiario, el promitente no está obligado y puede pactar con el estipulante la resolución del contrato. Una vez que éste acepta⁴⁴² el beneficio, aquél queda obligado a su cumplimiento y responde por su incumplimiento.
Gamarra señala que el derecho del beneficiario tiene tres caracteres: *directo, inmediato y revocable*. Es directo porque no pasa antes por el patrimonio del estipulante, es inmediato porque no se requiere la cooperación del tercero beneficiario para su nacimiento, y es revocable si estipulante y promitente ejercitan el poder de revocación antes que el beneficiario manifieste su voluntad.
- c. Estipulante y beneficiario: entre ellos no hay relación jurídica; no surgen derechos y obligaciones. El tercero actúa sólo frente al promitente, sólo tiene acción para exigir el cumplimiento de la obligación que el promitente ha contraído a su respecto.
En caso de revocación debe ser acordada entre promitente y estipulante.

Convención de *Porte-fort*

Es una figura por la cual una persona se compromete a obtener la aceptación de un tercero para la celebración de un negocio jurídico. (art. 1257 CC).

A diferencia de la estipulación para otro no se crean beneficios para el tercero, sino cargas. El tercero es libre de aceptar o no la carga, y si no la acepta no nacen responsabilidades para él.

Intervienen tres sujetos: quien se obliga es el *promitente* o *porte-fort* a obtener el consentimiento del tercero, y su contraparte es el *promisario*.

Esta convención da lugar a que sucedan dos situaciones distintas:

- a. si el tercero por quien se prometió ratifica el hecho, desaparece el intermediario, la ratificación tiene efecto retroactivo;
- b. si el tercero no ratifica el hecho, el *porte-fort* responde de los daños y perjuicios por ser una obligación de hacer y de resultado⁴⁴³, sólo se cumple si el tercero ratifica.

Obtenida la ratificación, el promitente ya cumplió con su función de garantizar, en consecuencia el tercero pasa a ser el obligado, y en caso de incumplimiento de su parte el promisario no puede dirigirse contra el promitente en la medida que éste garantizaba la asunción de la obligación. Pero no su cumplimiento.

441 Gamarra entiende que la calidad de parte que ostenta el estipulante lo legitima plenamente a exigir la ejecución de la prestación, y tiene un innegable interés en que se ejecute la prestación comprometida aun cuando no vaya a radicarse en su patrimonio. En cuanto a la resolución del contrato la doctrina en general limita el ejercicio de este derecho hasta el momento en que el beneficiario acepte. (ob. cit. T. II, p. 179)

442 Gamarra señala al efecto que la manifestación de voluntad del beneficiario, calificada como «aceptación» no tiene la trascendencia de hacer adquirir el derecho al beneficiario sino de volverlo irrevocable. (ob. cit. T. II, p. 180)

443 En la obligación de resultado (a diferencia de la de medios) el deudor sólo cumple su obligación si se verifica el resultado comprometido; en caso contrario, aun cuando haya hecho todos los esfuerzos posibles para obtenerlo, incurrirá en incumplimiento. (Gamarra, ob. cit. T. II, p. 188)

El *porte-fort* no es una excepción a la relatividad de los contratos porque la persona no queda obligada si no acepta el pacto hecho por el otro sujeto.

La utilidad de esta figura es incrementar la conclusión de negocios. Ej.: C es dueño de un inmueble; A se compromete con B en que va a obtener el consentimiento de C para que le venda su casa. Si el promitente (A) no logra la ratificación de C es responsable de los daños y perjuicios que haya causado.

Diferencia entre el *porte-fort* y la fianza

El fiador responde de la solvencia del deudor y su responsabilidad subsiste en caso de incumplimiento del deudor.

El *porte-fort* sólo se compromete a obtener el consentimiento, no responde del incumplimiento del tercero que asume con la ratificación.

Interpretación de los contratos

Interpretar un contrato implica desentrañar o precisar su contenido o alcance. Gamarra⁴⁴⁴ señala:

Interpretar es averiguar el sentido o significado de una cosa; siendo el contrato un negocio jurídico, su interpretación tendrá por objeto una manifestación de voluntad. La interpretación del contrato busca reconstruir la voluntad de los sujetos que le dieron vida (partes contratantes; voluntad contractual), una vez finalizada esta labor (esto es, luego de interpretado el contrato) quedará determinado el contenido negocial.

El referido autor distingue asimismo interpretación de calificación del negocio, precisando que la interpretación es una etapa previa que permite averiguar cuál fue la voluntad de las partes, y luego de establecida se ingresa a la etapa de calificación para determinar la naturaleza jurídica del negocio, esto es, de la interpretación depende la calificación jurídica, los efectos que el ordenamiento jurídico asigna a la manifestación de la voluntad, así como los preceptos que lo rigen.⁴⁴⁵

Corresponde enunciar básicamente dos doctrinas en materia de interpretación.⁴⁴⁶

Doctrina de la autonomía de la voluntad

Postula una interpretación individualista y subjetiva, si bien toma en cuenta la voluntad expresa, considera la intención común que tuvieron las partes (voluntad tácita), tiende a reconstruir la intención común de los contratantes, considerando su comportamiento. Indica como pauta interpretativa el análisis según el contexto general que las cláusulas otorgan al instrumento celebrado. Si la intención no se percibe porque no hay expresión concreta sobre cierto punto, se rige por la equidad, el uso o la ley.

Doctrina de la declaración de voluntad

Efectúa una interpretación social y objetiva. Estudia la voluntad expresa concretamente manifestada, siendo el contrato un fenómeno social se debe ajustar a la buena fe, a la confianza recíproca a lo que es uso y costumbre en el lugar del contrato. La voluntad tácita considera la conducta de las partes de acuerdo al ambiente social, evaluando asimismo las

444 Gamarra, ob. cit. T. II, p. 305

445 La interpretación jurídica, entendida por tal la operación de establecer con precisión el significado de las formas adoptadas de relevancia del derecho, lleva a la búsqueda en el ámbito de la interpretación contractual a la reconstrucción de la voluntad que le dio vida al efecto de determinar contenido negocial. La interpretación tiene por finalidad constatar el significado de la voluntad de los contratantes, saber lo que aquellos quisieron, comprobar lo que las partes acordaron, se sabrá cuales son los efectos jurídicos (esto es la regulación que rige a los autores del negocio). La interpretación judicial del contrato es una entidad reglada por una serie de preceptos legales que fijan los criterios que deben presidir la labor. Y de estos métodos o criterios lógicos jurídicos el magistrado no puede apartarse (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, p. 193). TAC 1°, S. n.º 14. 21.02.2001. C 492 (ADCU, T. XXXII, p. 224, FCU)

446 Cfm. Prunell, ob. cit., p. 105.

«circunstancias del caso», el fin económico perseguido. A diferencia de la doctrina anterior, lo que las partes han querido hacer no se toma en cuenta.

Como señala Gamarra,⁴⁴⁷ citando a Roppo y Bianca, las reglas de interpretación objetiva se aplican en supuestos en que a pesar de la aplicación de los criterios interpretativos enunciados, no puede llegar a develarse cuál fue la común intención de las partes, en los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, y con la finalidad de atribuir al contrato un significado que la ley reputa adecuado.⁴⁴⁸

Existen en la interpretación elementos textuales y extratextuales, siendo los textuales las palabras que dan forma al contrato y constituyen el primer dato a considerar por parte del intérprete, y los extratextuales emanan no ya de las palabras que exteriorizan la voluntad, sino de otros elementos que contribuyen a interpretar la voluntad negocial⁴⁴⁹⁴⁵⁰. Constituyen elementos extratextuales los emanados por ejemplo del propio comportamiento de los contratantes, así como los relativos a las prácticas, a lo que es «uso y costumbre» en el lugar del contrato.^{451, 452}

Corresponde atender como regla de principio a la voluntad exteriorizada y manifestada en el negocio celebrado, siendo, como señala Gamarra, citando a Bianca, el punto de partida la interpretación literal o gramatical en la medida que la intención común se exterioriza por medio de las palabras que dan forma al contrato. Lo que no implica que frente a un texto claro no corresponda efectuar la interpretación, siendo conteste doctrina y jurisprudencia en el sentido que la interpretación del contrato no se limita, aunque sea claro puramente a su tenor literal, en la medida que el objeto es la manifestación de voluntad que se compone de todas las circunstancias que contribuyen a su expresión.⁴⁵³

447 Gamarra, ob. cit. T. II p. 307

448 «la interpretación de los contratos no pueden limitarse a su tenor literal, porque su objeto es la manifestación de voluntad de los contratantes y esta se compone tanto por las palabras empleadas por los otorgantes como por todos las circunstancias que pesan en la voluntad de los mismos». Respecto a la *Corte Sent. 54/95* citando a Gamarra dijo que «la interpretación literal del contrato debe ceder ante la interpretación sistemática. El intérprete no debe examinar solo el texto del negocio sino además la declaración que comprende el comportamiento de las partes, es decir que todos los datos de la interpretación deben ser sometidos a un análisis global y totalizador y de esa operación debe deducirse la voluntad contractual» SCJ, S. 158. 3/8/2002. C. 485 (*ADCU*, T. XXXII, p. 220, Montevideo, FCU)

449 *ADCU*, T. XXXI, c. 520, TAC 4°, p. 224

450 La interpretación de los contratos —según ha expuesto reiteradamente la Corte—, con apoyo de la doctrina (Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, 1977, p. 207 y ss.) no se agota el examen de un determinado texto, como ha hecho la Sala; responde al acudir al contexto respectivo y también a los elementos extratextuales para desentrañar cabalmente la intención de los contratantes (conforme entre otras Sentencias 56/93, 54/95, 141/98). SCJ S. n.º 258. 7.11.2001. C. 483 (*ADCU*, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 219)

451 Cfme. Gamarra, ob. cit. T. II, pp. 308-309.

452 En el entendido que todo negocio jurídico es una manifestación de voluntad con el fin de constituir, modificar o extinguir una situación jurídica, interpretarlo significa llegar a saber cuál fue la voluntad de los contratantes al otorgar el documento en cuestión. En nuestro derecho positivo la regla de interpretación de los contratos está consagrada en el artículo 1297 y ss. CC que impone la utilización de un criterio lógico y sistemático y contextual conforme a los usos y costumbres del lugar, apreciándose en su caso los hechos posteriores de los contratantes (artículos 1300 y 1301 CC). Todo ello implica el análisis no solo del texto del documento aludido sino de la actividad de los otorgantes en el período precontractual y posterior de ejecución, lo cual conduce a la conclusión de cual ha sido la voluntad en común de los contratantes. TAC 7°, S. n.º 49. 7.5.2001. C. 484 (*ADCU*, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 219).

453 SCJ, 24 febrero 1995, *ADCU*, XXVI, 421, Nota al pie n.º 76 autor y ob. cit. T. II, p. 311

Sistema del Código Civil uruguayo

Los preceptos que gobiernan la interpretación se hallan en los arts. 1297 a 1307 del CC., que si bien contienen elementos de ambas esencialmente participan de la doctrina de la autonomía de la voluntad anteriormente enunciada.

El art. 1297 establece que cuando no hay ambigüedad en los términos del contrato, sus palabras deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aun cuando el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo

Se efectúa por ende una interpretación objetiva de los términos empleados.

Cuando hay ambigüedad en las palabras, debe buscarse la intención común de las partes, más que el sentido literal de los términos (art. 1298). Para descubrir esa intención común, es posible incluso atender a las conductas asumidas por las partes con posterioridad a la celebración del contrato (art. 1301), es decir que apunta a una interpretación integral del negocio celebrado.⁴⁵⁴

Otro criterio establecido por el legislador indica que estas cláusulas ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, atribuyéndole el sentido que surge de todo el documento (art. 1299).

También es necesario atender al uso y costumbre del lugar en que se celebró el negocio (art. 1302).

Si a pesar de ello, persisten las dudas, el CCU sienta tres principios:

- a. principio de la conservación del contrato (art. 1300);
- b. principio del *favor debitoris* (art. 1304, inc. 1°);
- c. principio de la interpretación contraria a quien redactó la cláusula *contra stipulator* (art. 1304, inc. 2°), que recibe aplicación principalmente en los contratos de adhesión.

Cabe mencionar finalmente que el art. 1305 consagra una interpretación restrictiva al indicar que «Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado», en tanto que el art. 1307 practica una interpretación extensiva al señalar que «La expresión de un caso se estima hecha por vía de ejemplo, a no ser que aparezca claramente haberse hecho con el objeto de restringir la obligación a ese caso».

Integración

Como señala Gamarra:⁴⁵⁵

La integración con normas supletorias presupone una laguna o vacío en la declaración de voluntad negocial; el contrato se completa, entonces, por el mecanismo de la llamada integración supletoria, que opera subsidiariamente cuando la voluntad de las partes no reguló todas las circunstancias que rodean al contrato.

454 No puede dudarse que la interpretación del contrato busca reconstruir la voluntad de los contratantes en punto a determinar el «contenido negocial» (en tanto comprobado lo que las partes quisieron, o declararon querer, se podrá saber cuáles son los efectos jurídicos del negocio), lo que no puede ser discrecional sino que está sometido a reglas legales que deben ser observadas por el juzgador en el orden jerárquico normativo determinado y al partir del análisis de un complejo elemento textual y extratextual (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T XVIII, 1980, p. 185 y siguientes; 297 y siguientes; Sents. de la Sede n.° 59/00, 21/01). TAC 4°, S. n.° 84. 13.6.2001. C. 491 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 224)

455 Gamarra, ob. cit., T. II, p. 321.

Para que proceda la integración supletoria se requiere que existan aspectos no regulados expresamente por las partes, en cuyo caso el art. 1291 inc. 2° del CC menciona como fuentes de integración la equidad, el uso y la ley.

El autor citado, en cuanto al orden jerárquico que debe observarse en la integración postula que debe recurrirse en primer lugar a la fuente convencional (autónoma) y luego a las heterónomas, comenzando por la ley que puede llenar los vacíos o lagunas del pacto, (integración supletoria) o aún corregirlo (imperativa o coactiva) en supuestos de contenidos contrarios a la ley (por ejemplo en las normas sobre usura), y luego recurrir a la equidad — que opera subordinadamente a la ley y requiere la participación del juez, y a los usos— que sólo integran el contenido del contrato cuando una ley se remite a ellos (art. 9).

Resta señalar que aún cuando no se encuentre previsto expresamente como modo de integración el principio de buena fe también resulta aplicable al indicar el 1° inciso del art. 1291 que «Todos deben ejecutarse de buena fe» por lo que constituye una fuente de integración supletoria del contrato.

El art. 1303 habilita la utilización de preceptos dispositivos integrativos, permitiendo suplir una voluntad no manifestada por los contratantes respecto de las cláusulas de uso común que no se hallen expresadas en ellos.

Cuasicontratos

Concepto

El art. 1246 del CC expresa que una de las fuentes de las obligaciones son los cuasicontratos, es decir, un hecho voluntario de la persona que se encuentra obligada. Pero se trata de una conceptualización incorrecta en razón de que en algunos supuestos cuasicontractuales no nace la obligación de un hecho voluntario de la persona obligada. Por ejemplo, en el pago de lo indebido, la obligación de devolver lo pagado indebidamente no nace de un hecho del obligado a devolver, sino de un hecho de quien pagó mal.

La dificultad para encontrar una definición de cuasicontrato que abarque las tres especies mencionadas por el Código Civil (en forma taxativa, para la mayoría) radica en que no se trata de una categoría dogmática, sino de un residuo de la evolución del Derecho.

En efecto, se apreció que había obligaciones que no nacían de un acuerdo de voluntades, y por ende no tenían naturaleza contractual; ni procedían de un hecho ilícito, por lo que no eran ni delito, ni cuasidelito, entonces, residualmente se incluyeron en la nueva categoría de los cuasicontratos.

Como señala Gamarra⁴⁵⁶:

En la medida en que en el inicio de la situación existe un hecho —voluntario señala el código— de un sujeto y que ese hecho produce el nacimiento de obligaciones (art. 1245), la situación se asemeja al contrato, pero se distancia de éste por no existir un acuerdo de voluntades; de ahí la denominación de cuasi contratos que ha recibido este instituto.

Por esa razón es imposible obtener una definición general de carácter positivo que abarque todas las especies y es menester acudir a definiciones negativas, es decir, que resalten lo que no es la figura. En tal sentido, Peirano Facio⁴⁵⁷ cita a De Ruggiero, quien considera al cuasicontrato como un hecho, que sin ser acuerdo de voluntades y sin ser de carácter ilícito, produce obligaciones.

Definición que también puede catalogarse como defectuosa e incompleta en tanto no siempre ese hecho es de carácter voluntario y no destaca el carácter lícito del mismo sino a contrario sensu de lo expresado.

De igual manera, es imposible ubicar un fundamento único que abarque a todos los cuasicontratos, por lo que es preciso indagar el distinto fundamento que posee cada especie.

456 Gamarra, en *Obligaciones...*, p. 316

457 De Ruggiero, citado por Peirano Facio en *Curso de Obligaciones*, T. II, Montevideo, FCU, p. 490.

Enriquecimiento sin causa

Esta figura tiene su origen en el Digesto que establecía «que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro según el derecho natural de equidad». ⁴⁵⁸

El cuasi contrato de enriquecimiento sin causa se encuentra definido por el art. 1308 del CC. Se configura por la transmisión de un patrimonio a otro de un bien sin causa jurídica que lo justifique, y da lugar a la acción *in rem verso* que permite al empobrecido accionar a fin de restablecer el equilibrio que se viera alterado a raíz del enriquecimiento de una persona en detrimento de otra. Como señala Gamarra, ⁴⁵⁹ se trata de un remedio residual que sólo puede aplicarse cuando no existe ningún otro previsto expresamente. ^{460, 461, 462}

Requisitos ⁴⁶³

Enriquecimiento del demandado

Este puede ser de 2 clases:

- a. positivo, cuando el patrimonio es aumentado o acrecentado por el ingreso de bienes.
- b. negativo, cuando se evita un gasto que debía realizarse.

Ello significa que el enriquecimiento del demandado puede haberse producido por el aporte económico por ejemplo de la concubina a la adquisición de bienes, por la realización de tareas del hogar que evitan que se deba contratar una empleada, etcétera.

En nuestra jurisprudencia se ha considerado dentro del concepto de enriquecimiento sin causa no sólo aquellos supuestos en los que el patrimonio de una parte se ve incrementado con el correlativo empobrecimiento de la otra parte, sino también aquellos en los que el enriquecimiento se configuró a través del ahorro de gastos por parte del titular del patrimonio enriquecido. Por ejemplo, situaciones en las que la concubina trabajó sin percibir remuneración, determinando que el concubino viera acrecentado su patrimonio al no tener

458 ADCU T. XXXI, c. 169, TAF 1°, p. 90

459 Gamarra, Jorge Luis ob. cit., *Obligaciones...*, p. 318

460 ADCU T. XXXI, c. 179 y 180, TAC 1° y TAF 1°, p. 95

461 «La acción in rem verso es un remedio subsidiario que solo puede progresar cuando no existan posibilidades de obtener mediante otros institutos soluciones económicas a pesar de que el criterio de subsidiariedad pueda ser relativizado.» (Messineo, *Manual...*, T. VI, pp. 465-467; Peirano, *Curso de obligaciones*, Montevideo, FCU, 1974, t. 2°, p. 506; de Cores, *Anuario...*, T. XXI, p. 440 y siguientes; *Anuario...*, T. XXVII, c. 132 y 139; T. XXVIII, c. 142, 143, 161, 163; T. XXX, c. 144, 147, 152, 156, 158; *Sentencias de la Sede*, n.° 38, 63, 92, 108/97; 49, 95/99). TAC 4°, S. n.° 129. 15.8.2001. C. 193 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 111)

462 «La acción de enriquecimiento sin causa posee siempre un carácter subsidiario. Si la parte que estima que se ha empobrecido y tiene la posibilidad de obtener mediante otro instituto la solución económica, no corresponde acudir a esta acción que tiene un carácter subsidiario. Solamente cuando el derecho no habilita ningún otro medio para resarcir se debe recurrir a este accionamiento» (Ordoqui Castilla, *El concubinato*, 1995, p. 23; *Anuario...*, T. XXVI, c. 131). TAF 1°, S. n.° 3. 1.2.2001. C. 194 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 111)

463 «Para que se configure el enriquecimiento sin causas se requiere según expresan doctrina y jurisprudencia la configuración de determinados requisitos: a) que haya un hecho lícito; b) que se mejore la situación de una persona; c) el daño de otra; d) que haya relación causal entre el mejoramiento y el perjuicio; e) que haya ausencia de causa; debiéndose admitir igualmente que la acción in rem verso no solo procede cuando el patrimonio del sujeto recibe incrementos (versión útil) sino que también se considera enriquecimiento el ahorro de un gasto o el haber evitado con propio sacrificio personal a otro una pérdida». TAC 4°, S. n.° 129. 15.8.2001. C. 185 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 108)

que contratar mano de obra que le hubiera sido necesaria y además, se había empobrecido la actora privándose de las ventajas que hubiera podido extraer de su actividad.⁴⁶⁴

Empobrecimiento del actor

El empobrecimiento tiene lugar como lo señalan doctrina y jurisprudencia no sólo cuando el patrimonio haya sufrido una disminución de valor sino también cuando se prestan servicios productivos y ellos no son remunerados, siendo suficientes para fundamentar una acción de enriquecimiento injusto.⁴⁶⁵

Como se señalara anteriormente, la pérdida de una ganancia equivale a empobrecimiento. Por ej, si la labor de la concubina no le es retribuida se empobrece en la cantidad que debió serle entregada.

Correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento

Debe existir una necesaria relación de causa-efecto entre el enriquecimiento de un patrimonio y el empobrecimiento correlativo del otro. En los ejemplos ya analizados, la correlación tiene lugar por cuanto el hecho de la concubina a la vez que produce su empobrecimiento, provoca el enriquecimiento del concubinario.

Ausencia de causa⁴⁶⁶

Hay enriquecimiento sin causa cuando el enriquecimiento que se produce no se encuentra amparado o es contrario al orden jurídico.

La ley o el contrato legitiman el enriquecimiento de una persona en perjuicio de otra:

- a. la ley, por ej. cuando enriquece al arrendatario en perjuicio del arrendador al disponer la suspensión de lanzamientos;
- b. el contrato, por ej. cuando en un contrato de mutuo se pactó un interés del 80% y luego las tasas se fijan en un máximo del 50%.

En ambos casos, el enriquecimiento es justificado, por cuanto encuentra su causa en el Derecho. Cuando el enriquecido no puede justificar su enriquecimiento en el Derecho, el mismo se vuelve injustificado, ilegítimo, sin causa.

En el caso del concubinato no hay ley, ni contrato que justifique el enriquecimiento del concubinario. Tampoco puede sostenerse que la concubina actuó con intención de hacer una liberalidad, por cuanto éstas no se presumen. En este ámbito, la jurisprudencia ha considerado las circunstancias concretas de cada caso, dependiendo de la naturaleza y magnitud de la colaboración efectuada a fin de determinar si las tareas excedían o no las que corresponden a una relación basada en el apoyo recíproco.⁴⁶⁷

464 ADCU T. XXXV, c. 138 TAC 7°; «la realización diaria de las múltiples tareas que requiere la atención de la casa implican un trabajo y un ahorro que debe ser evaluado económicamente»; ver también ADCU, T. XXXVII, 177 (TAF 1°), nota al pie 8 autor y ob. cit. p. 320

465 Gamarra, Jorge Luis, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 322

466 «Expresión que debe tomarse en el sentido utilizado por el Derecho Romano, o sea causa entendida como “fuente» de enriquecimiento (Mazeaud, citado por Ordoqui Castilla, *El Concubinato*, p. 17) [...] la expresión sin causa significa ausencia de un título válido de atribución, es decir, ausencia de un negocio jurídico o de una ley que atribuya a la persona la titularidad del bien o el disfrute de la ventaja», ADCU, T. XXXI, c.170, TAC 2°, p. 91

467 ADCU XXXVII, 182 (TAF 2°), ADCU XXXVII, 180 (TAF 1°), ADCU XXXV, 143, notas al pie 27 al 29, autor y obra cit., p. 329

Determinación de la restitución

Al tratarse de una acción que tiende a restablecer el equilibrio alterado por el desplazamiento patrimonial operado a favor de una de las partes y en detrimento de la otra, la restitución al actor no puede superar el menor de 2 valores:

- a. el monto por el cual se enriqueció el demandado;
- b. el monto por el cual se empobreció el actor.

El *quantum* se determina al momento en que se deduce la acción, debiendo tenerse presente que Peirano en posición compartida por Gamarra sostiene que «basta que haya existido este enriquecimiento y empobrecimiento, aunque en el momento de iniciarse la demanda no existan» para que proceda la acción in rem verso.⁴⁶⁸

Gestión de negocios

Este cuasicontrato se configura, como señala Gamarra,⁴⁶⁹

cuando una persona (gestor) asume, conscientemente y sin estar obligado a ello, la gestión o atención del interés de quien no está en condiciones de hacerlo (interesado o dueño).

Figura jurídica que se encuentra regulada por los arts. 1309 a 1311 del CC.

De acuerdo al art. 1309, son elementos configurantes de la gestión de negocios:

- a. la realización de actos de administración de bienes o negocios ajenos; conservatorios de bienes de un patrimonio.
- b. intervención voluntaria del gestor, sin que exista obligación legal o contractual;
- c. inexistencia de mandato ni conocimiento del dueño;
- d. imposibilidad del dueño de proveer a sus intereses; debe ser necesaria, imprescindible;
- e. el gestor debe tener la capacidad requerida para ser mandatario (art. 1309, inc. 2°);
- f. no debe existir intención de hacer una liberalidad por el gestor.

Obligaciones del gestor

- a. Una vez comenzada la gestión, continuarla hasta la conclusión o hasta que el dueño pueda encargarse de ella. (art. 1309);
- b. Cuidar de los bienes gestionados con la diligencia media de un buen padre de familia (art. 1310);
- c. Responder por los daños y perjuicios causados al dueño de los bienes gestionados;
- d. Restituir al dueño los bienes que hayan quedado en su poder; así como lo percibido.
- e. Formular rendición de cuentas de su gestión.

Obligaciones del dueño

- a. Cumplir las obligaciones contraídas a su nombre por el agente; asumiendo los negocios en el estado en que los hubiera dejado el gestor.
- b. Reembolsarle los gastos útiles y necesarios (no los voluptuarios) que haya realizado e indemnizarle las obligaciones que haya cumplido por él.
- c. No está obligado a abonar salario (art. 1311 del CC *in fine*).

468 Gamarra, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 322

469 Gamarra, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 344

Diferencia con otras figuras⁴⁷⁰

- a. con el mandato. Si bien en ambos se actúa en interés ajeno, en el mandato se requiere que el mandante tenga conocimiento efectivo de la actividad del mandatario, en tanto que en la gestión de negocios no existe acuerdo de voluntades, por lo que el dueño ignora la actividad del gestor.
- b. con la estipulación para otro. En la estipulación para otro el estipulante puede revocar el beneficio en favor de un tercero, en la gestión de negocios no procede revocación de los actos ya realizados.
- c. con el enriquecimiento sin causa. en tanto la gestión de negocios no siempre provoca enriquecimiento o mejora de la situación patrimonial para el dueño del negocio.

Pago de lo indebido

El cuasicontrato de pago de lo indebido regula la situación de quien realiza un pago que en verdad no le correspondía, al no poseer causa que lo justifique. La inexistencia de la deuda que se pretendía cancelar, determina que quien pagó pueda repetir respecto de quien recibió lo indebidamente pagado. Se encuentra regulado por los arts. 1312 a 1318 del Código Civil.

Requisitos para su procedencia

- a. que haya existido un pago —en dinero o en especie—;
- b. que el pago sea indebido, por lo que no hay deuda;
- c. que el pago haya sido hecho por error⁴⁷¹ (arts. 1313 y 1314 CC⁴⁷²).

Efectos

Conforme al art. 1316 del CC, quien recibe el pago indebido debe:

- a. si es de buena fe y recibió dinero, devolverlo sin intereses;
- b. si es de buena fe y recibió cosa cierta y determinada, debe restituirla, pero no responde de los deterioros o pérdidas aunque sean por su culpa, salvo que se haya hecho más rico y sólo en la medida de su enriquecimiento (por ej. si se le pagó con un campo, taló los árboles y los vendió);
- c. si es de mala fe, es decir, sabía que no tenía derecho a cobrar, también hay que distinguir:
 - si recibió dinero, debe devolverlo con los intereses corrientes; (art. 1317 del CC)
 - si recibió un bien, le es aplicable el art. 695 del CC y debe restituir el bien, los frutos que haya percibido y el monto de los que no percibió, pero que un sujeto diligente hubiera percibido.

470 Cfme. Gamarra, ob. cit. *Obligaciones...*, pp. 352-353

471 En uno de sus primeros trabajos Gamarra sostuvo que en el caso de indebido objetivo el error debía presumirse, invirtiendo de esa forma la carga de la prueba. Peirano, y posteriormente Berdaguer, entienden que el error no es requisito necesario para que se configure el cuasicontrato bastando con la ausencia de causa. (Cfme. Gamarra, ob. cit. p. 338 in fine 339)

472 *ADCU*, XXXI, c. 182, TAC 2°, p. 96

Delitos y cuasidelitos

Diferencias entre la responsabilidad civil y penal⁴⁷³

- a. La responsabilidad penal supone una acción u omisión de la ley penal, que define el hecho ilícito humano que configura el delito y su sanción, rigiendo el principio «no hay delito sin ley que lo establezca» en tanto que el delito o cuasi delito civil no requiere tipificación específica sino que se regula por un criterio genérico: «Todo hecho ilícito del hombre» (art. 1319 del CC)
- b. En cuanto a la capacidad: se es responsable penalmente a partir de los 18 años de edad (art. 34 CP), mientras que civilmente para ser capaz de delito o cuasidelito civil basta tener 10 años (art. 1320 CC)
- c. La sanción penal básicamente es corporal, impuesta por el Estado en tanto que la civil tiene un contenido esencialmente económico, teniendo por objeto la reparación del interés del lesionado.
- d. Los tribunales competentes en uno y otro caso: juzgados en materia penal y en materia civil.
- e. Respecto a la apreciación de la culpa: en la responsabilidad penal, prima el criterio de la culpa *in concreto* a la vez que se consideran las circunstancias agravantes o atenuantes, en la civil se aprecia *in abstracto* se rige por los principios generales.
- f. La responsabilidad penal surge a raíz de una intención de dañar, en tanto que la responsabilidad civil puede configurarse en supuestos de imprudencia, impericia, negligencia.

Diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual⁴⁷⁴

- a. Responden por responsabilidad contractual los capaces para contratar (arts. 1280 CC), y por delito o cuasidelito civil a partir de los 10 años (art. 1320 del CC)
- b. En cuanto a la gradación de la culpa, el art. 1344 del CC en sede de responsabilidad contractual, establece que puede ser grave o leve. La materia extracontractual, no admite gradación respondiéndose por toda falta de diligencia o cuidado.
- c. Los daños y perjuicios en materia contractual son los previstos al celebrarse el contrato (art. 1346 inc. 1°), en tanto que extracontractualmente se responde por los daños y perjuicios previstos e imprevistos a consecuencia del hecho ilícito.
- d. En la responsabilidad contractual no se responde del daño moral, lo que sí sucede en los juicios provenientes de obligaciones provenientes de delito, o cuasidelito (art. 1611 inc. 2°)

473 Cfme. Ordoqui y Olivera, *Derecho Extracontractual*, Vol. II Compendio de Responsabilidad extracontractual», Ed. Amalio Fernández, dic./1974, p. 42 y ss.

474 Cfme. Ordoqui y Olivera, ob. cit., p. 52 y ss.

- e. En materia contractual la responsabilidad de los deudores no es solidaria —salvo que se hubiere pactado en el contrato— (art. 1391 CC), mientras que si el delito ha sido cometido por dos o más personas cada una de ellas responde solidariamente del daño causado, de acuerdo a lo establecido por el art. 1331 del CC.
- f. Para que proceda reclamar con base en responsabilidad contractual procede hacer caer en mora al deudor, (art. 1336 del CC) cuando en la extracontractual no es necesario.
- g. La prescripción en materia contractual acaece a los 20 años, por el carácter personal de la obligación, (art. 1216 del CC), mientras que la acción concedida al damnificado prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del hecho ilícito. (art. 1332 del CC).

Responsabilidad extracontractual

Concepto

Este tipo de responsabilidad se encuentra regulada por los arts. 1319 a 1332 del CC.

El art. 1319 distingue entre delito y cuasidelito, según haya o no intención de cometer un hecho ilícito.

El delito supone un hecho ilícito cometido con dolo, esto es, con intención de dañar. Por ej. atropellar intencionalmente a una persona. Entretanto, hay cuasidelito cuando falta la intención de dañar, es decir, el ilícito se comete de manera culposa, sea por imprudencia o por negligencia.

Doctrinariamente la culpa puede ser analizada en sentido amplio comprensiva de los delitos y cuasi delitos, incluyendo el dolo (intención de dañar), así como la negligencia y la imprudencia; en tanto que quienes la consideran en sentido restringido, entienden que caracteriza las situaciones en que no existe voluntad en el resultado del acto realizado, por lo que solamente alcanzaría los supuestos cuasi delictuales.

Cuando el precepto refiere a delito, debe entenderse por tal delito civil y no penal. Como se señalara *ut supra* al diferenciar ambos tipos de responsabilidades, hay delito penal cuando se trata de una acción u omisión prevista como tal por la ley penal; mientras que hay delito civil cuando se viola el derecho ajeno, la obligación genérica de no dañar a los demás, sin importar que se trate de delito desde el punto de vista penal o no.

Por ende, son independientes la responsabilidad penal y la civil. Por ej. puede existir responsabilidad penal sin civil (en caso de que se intente matar a una persona con un disparo, pero la víctima ni siquiera resulta herida) o responsabilidad civil sin penal (*v. gr.* cuando se insulta a una persona sin llegar a cometer delito de difamación o injurias). O también pueden ocurrir ambas responsabilidades a la vez, cuando se causa un daño a través de un ilícito que es sancionado como delito por la ley penal.

La distinción es importante por varias razones, como se indicara anteriormente. Ello por cuanto: en primer lugar, la imputabilidad penal se alcanza a los 18 años, en tanto la capacidad delictual o cuasidelictual en materia civil se alcanza a los 10 años (art. 1320). En segundo término, la sanción penal normalmente es una sanción corporal (reclusión en un establecimiento de detención), mientras que la civil es la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Elementos

Los elementos que provocan la responsabilidad extracontractual son los siguientes:

Hecho ilícito

Se trata de un acto jurídico valorado negativamente por el ordenamiento jurídico. La noción de ilicitud ha sido entendida en doctrina:

- a. como equivalente a ilegalidad, siendo conductas ilícitas aquellas que violan una obligación impuesta en la ley.
- b. para que se verifique la ilicitud debe existir la violación de un derecho subjetivo, requiriéndose el daño de un interés jurídicamente tutelado
- c. es ilícita toda conducta contraria a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.⁴⁷⁵
- d. la ilicitud consiste en la violación del deber de no causar un perjuicio.
- e. el concepto de ilicitud reposa en la existencia de una obligación de comportarse con la diligencia de un buen padre de familia.

En suma: El hecho ilícito tiene lugar cuando se viola el deber genérico de no dañar a los demás, es decir, el sujeto actúa de forma diferente a como lo marca la ley, incumpliendo la obligación de comportarse diligentemente.

Culpa

El hecho ilícito puede ser doloso o culposo, según haya intención de provocar el resultado o se haya actuado con imprudencia o negligencia;

La culpa es un error de conducta contrario al orden jurídico, debe emanar de quien actúe con conciencia y voluntad (art. 1320), comprende, según se señalara la negligencia y la imprudencia (culpa en sentido restringido). Pero además puede existir de parte del agente la intención de dañar configurativo del dolo en caso de querer el resultado perjudicial. (culpa en sentido amplio)

A su vez, la culpa puede ser apreciada *in concreto e in abstracto*, en la primera apreciación la culpa sería la causación moral o psicológica de un hecho, hay culpa cuando una persona, además de ser autora material de un hecho es, a los ojos del derecho, autora moral del mismo por haber actuado con conciencia y voluntad.⁴⁷⁶ La culpa *in abstracto* postula que la conducta a valorar es diversa a la requerida por el ordenamiento jurídico, por lo que se verificaría por la violación de un deber en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que actuó el autor del daño.

Como se señalara *ut supra* la gradación de la culpa consagrada expresamente en responsabilidad contractual (art. 1344) no encuentra consagración legislativa en este ámbito de responsabilidad, tomando como parámetro la situación de un hombre diligente (buen padre de familia) (arts. 1319, 1324)

En cuanto al dolo (culpa en sentido amplio) consiste en la conciencia y voluntariedad del resultado dañoso que la actuación ilícita del agente producirá, basa su naturaleza en la intencionalidad del resultado (art. 1319) que refiere a la comisión de un hecho ilícito con intención de dañar.

475 Peirano Facio, citado por Ordoqui-Olivera, ob. cit., p. 127.

476 Posición de Peirano citada por Ordoqui-Olivera, ob. cit. p. 133.

Daño

Como señalan Ordoqui y Olivera⁴⁷⁷ citando a De Cupis el daño es la alteración de una situación favorable, la cual es destruída o disminuída. Por lo que no es el hecho que lo produce, sino la situación de menoscabo en que queda el sujeto como consecuencia del evento dañoso, debiendo estar motivada por el mismo.

Se considera tal toda lesión patrimonial o moral, todo menoscabo o pérdida que una persona sufra en su patrimonio o en sí misma.

En cuanto a sus características, el daño debe ser:

- a. *Directo e inmediato* —tener vínculo de causalidad— se deben indemnizar los perjuicios consecuencia directa de su conducta ilícito culposa.
- b. *Actual* —que sea consecuencia del acto culposo—. Comprende el daño futuro cuyas consecuencias perjudiciales no se han iniciado aún a pesar de que su existencia sea desde ya cierta.
- c. *Cierto* —fundados sobre un hecho preciso—, que no exista duda alguna acerca de la realidad del daño esto es, se excluyen los daños indirectos y eventuales. No obstante, corresponde incluir la pérdida de probabilidades objetivas «chance»⁴⁷⁸ constituye un daño cierto que debe ser reparado⁴⁷⁹.
- d. *No reparado*, que no haya tenido satisfacción.
- e. *Relevante jurídicamente*. en cuanto a la entidad del perjuicio causado como para merecer ser objeto de reparación.

Categorización del daño

Consiste en la privación de una fuente a la que se hubiera podido recurrir o la privación de la posibilidad de ganancias que podrían haberse prolongado.

Los daños pueden ser de dos clases materiales y morales, clasificación que luego fue perfeccionada doctrinariamente⁴⁸⁰ diferenciándolos en patrimoniales y extrapatrimoniales.

La diferenciación entre daño material y moral atendía a los que afectaban la esfera material o inmaterial del sujeto, cuando en realidad si bien los daños materiales suponen una situación de menoscabo patrimonial los morales pueden revestir ambos conceptos en tanto si bien implican una perturbación en el estado anímico del damnificado, también pueden ocasionar aunque indirectamente detrimentos patrimoniales económicamente valiables.

477 Ordoqui y Olivera, ob. cit. p. 85 y ss.

478 Como ha dicho la Sala en Sentencia n.º 144/00 «la noción de pérdida ‘chance’ es la siguiente: el elemento del perjuicio constituido por pérdida de una ‘chance’ presenta los caracteres directos y cierto cada vez que está constatada la desaparición de una probabilidad de un acontecimiento favorable aunque, por definición, la realización de una ‘chance’ no es jamás cierta. Si bien noción ambigua la de ‘pérdida de chance’ (semi-daño se le ha denominado) requiere su evaluación exacta, en concreto, por medio de un diferencial en base a la capacidad del sujeto concernido de hacerse acreedor totalmente del beneficio» TAC 2º, S. n.º 59, 24.4.2002. C. 714 (ADCU, T. XXXIII, p. 340, Montevideo, FCU)

479 «Ha de tenerse presente que la «chance» debe vincularse con una posibilidad de determinada y concreta del lucro, esto es, que debe ser cierta, no siendo suficiente la sola esperanza de obtenerlo» (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. XXIV, p. 116). TAC 1º. S. n.º 60. 10.6.2002. C. 711 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 339)

480 Cfm. Ordoqui y Olivera, ob. cit. p. 95 y ss.

En el primer caso consiste en la lesión traducida en perjuicio pecuniario frente al menoscabo por la pérdida de unidades que integran su patrimonio y en el segundo caso la lesión de un derecho extrapatrimonial, tratándose de un perjuicio de afectación comprensivo de las turbaciones psíquicas y afectivas que permiten ser evaluadas económicamente.

Forman parte de los primeros el daño emergente y el lucro cesante⁴⁸¹ (art. 1323), es decir, los gastos que ocasiona el ilícito a la víctima y lo que pierde de ganar (por ej. por no trabajar) como consecuencia del ilícito⁴⁸². Los segundos son los sufrimientos subjetivos pero objetivables que ocasiona el ilícito;

Doctrinariamente se ha efectuado una distinción entre daño personal y daño moral abarcando el daño personal el menoscabo que sufre en detrimento de otros bienes inherentes a la personalidad, derechos a la tutela de la libertad, del honor, etc.⁴⁸³

481 «El lucro cesante es el daño futuro y se resarce en mérito de un cálculo de probabilidad; cuando según dicho cálculo la ganancia esperada no alcanza un grado de verosimilitud sino el de una posibilidad concreta, se habla de pérdida de una chance y en definitiva se repara «una fracción de la ganancia esperada» (Gamarrá, *Tratado...*, T. XXIV, p. 108 y especialmente p. 116). En el lucro cesante se indemniza la privación que padece el patrimonio del damnificado en la obtención de lucros, a los cuales el titular tenía derecho al tiempo de acaecer el evento dañoso, mientras que en la chance lo que se resarce es la posibilidad de ganar que tenía la víctima al momento del perjuicio (Gamarrá, *Tratado...*, T. XIX, p. 241). La chance es así, como afirma Gamarrá, una especie de lucro cesante y la condena de su reparación —es decir, a una parte de la ganancia— cuando se ha reclamado la pérdida de toda la ganancia, no infringe la concurrencia conforme a la obvia regla procesal que autoriza a condenar a parte de lo pedido» (Tárigo, Enrique, *Curso de Derecho Procesal Civil*, T. II, p. 184). SCJ, S. n.º 144, 13.5.2002. C. 814 (ADCU, T. XXXIII, p. 387. Montevideo, FCU)

482 ADCU T. XXXI, c. 977, SCJ p. 442 en relación con el cálculo del lucro cesante señala que la reparación no puede engendrar enriquecimiento sino que debe ser integral (ver Sents. Nos. 47/94, 429/95, 82/97 y 203/98) en salvaguarda del principio de reparación integral que se tutela a través de los arts. 1319 y 1324 del CC.

483 «El daño moral contingentado al daño de la persona que es lesionada comprende en términos generales: a) el daño a la vida de relación (disminución de los placeres de la vida, causados notablemente por la imposibilidad o la dificultad de dedicarse a ciertas actividades, donde la víctima tiene derecho a ser indemnizada por las diversas turbaciones y desarreglos causados por la enfermedad, el sentimiento de inferioridad, la disminución de los placeres de la vida causados por la imposibilidad de placer y ocio —actividades extralaborales d'agrément—; b) los sufrimientos, padecimientos o *pretium doloris* (sufrimiento o dolor físico —origen de la reparación del daño moral—); c) perjuicio estético (traza visible de daño corporal, y de perjuicio juvenil (disminuciones o imposibilidad de realizar actividades propias de la edad, físicas y escolares o de formación; aspectos definitivos particulares del daño a la vida de la relación). TAC 2º, S. n.º 264, 28.11.2001 C. 223 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 122)

En una elaboración más reciente, también resulta indemnizable el denominado daño moral premuerte, así como su transmisibilidad *iure hereditatis*.^{484, 485}

Nexo causal

Ordoqui y Olivera⁴⁸⁶ citando a Betti sostienen que existe nexo causal cuando el hecho sea normalmente idóneo por sí mismo para producir el suceso dañoso, y tenga además carácter unívoco e inmediato. Significa que los perjuicios causados deben deberse al hecho ilícito y no tener otra causa. Es el vínculo que determina que la acción culpable haya causado el perjuicio.

En doctrina se plantean distintas posiciones con relación a este vínculo en supuestos en que existan varias posibles causas de acaecimiento del evento dañoso, postulando:

- a. equivalencia de las condiciones: todo acontecimiento que concurre a la realización del daño, es causa del mismo con igual valor que los demás.
- b. la causa más próxima. Determina como causa la más próxima en el tiempo de ocurrencia del evento dañoso.
- c. la causalidad ocasionada: permite averiguar cuál de las condiciones ha contribuido más poderosamente a que el efecto se logre.⁴⁸⁷

484 *ADCU*, XXXI c. 228, TAC 3°, p. 116: «es indemnizable y trasmisible a los herederos en hipótesis de efectivo padecimiento o dolor, configurándose toda vez que haya existido conciencia del padecimiento de la víctima» (Cfme. Gamarra, *Tratado...*, T. XXIII, p. 86 y ss.; *Anuario...*, T. XXVI, cc. 276, 277; *Anuario...*, T. XXVIII, cc. 182, 328, 330, 334, S. n.º 84, 94 y 190/99). Cfme. además ob. cit., c. 344, 345 y 346, TAC 1°, 2°, y 3, pp. 150-151

485 «En lo atinente al daño moral premuerte reclamado *iure hereditatis* entiende la Sala integrada que tal daño es —de regla— indemnizable y transmisible a los herederos en hipótesis de efectivo padecimiento de dolor, configurado toda vez que haya existido conciencia de la situación de parte de la víctima» (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. XXIII, p. 86 y siguientes; *Anuario...*, T. XXVI, c. 276-277; T. XVIII, c. 182, 328, 330, 334; Sentencias n.º 94 y 190/99). TAC 3°, S. n.º 89. 6.6.2001. C. 360 (*ADCU*, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 165).

486 Ordoqui y Olivera, ob. cit. p. 102

487 «la cadena causal requerida desde que vincula dos sujetos (acreedor y deudor de una indemnización o compensación por daños) ha de concebirse como una línea», o en palabras de Forchielli, citado por Gamarra (*Tratado...*, T. XIX, 1981, p. 310), como un puente entre el evento dañoso y su autor. «para que pueda hablarse de causa la misma debe estar ligada al efecto por una relación de necesidad, o sea, que debe determinar el efecto y por ello se habla de *conditio sine qua non*, para explicar que, sin la causa, el efecto nunca habría podido producirse. Es en base a este elemento que algunos autores distinguen la causa de la condición u ocasión que son antecedentes también, pero no producen el efecto, aunque pudieran favorecerlo. Y luego concluye nuestro profesor» (ob. cit., p. 322-323): «El derecho positivo uruguayo tiene una solución concreta para este problema que no puede pasarse por alto; el artículo 4° del Código Penal explícitamente incluye la noción de previsión en el campo de la relación de causalidad [...]; respecto a los diversos factores causales la norma opera una selección en base al criterio de la regularidad o la normalidad, que es la solución específica para esta cuestión; se apartan unos factores (los atípicos o anormales) y se consagran otros (los regulares u ordinarios), no porque haya que pensar que el ofensor previó los segundos y no los primeros, sino porque, debiendo limitarse de alguna manera la incidencia de una serie infinita de factores (principio de índole política), este mecanismo de selección puede patrocinarse sin legítima resistencia, que normalidad y regularidad coincidan con probabilidad y previsibilidad, no quita validez al concepto, y de todos modos, es justo o no, es regla de derecho positivo uruguayo». TAC 3°, S. n.º 45. 15.4.2002. C. 734 (*ADCU*, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 346).

- d. la causalidad adecuada⁴⁸⁸ la causa eficiente:⁴⁸⁹ es preciso aislar del conjunto de condiciones la que posea la calidad de causa y a la cual se pueda atribuir la producción del evento,⁴⁹⁰ es aquella que por su propia acción, es productora del hecho.

Eximentes de responsabilidad

Como señalan Ordoqui y Olivera⁴⁹¹ la doctrina distingue situaciones diferentes en las que se verifica la exoneración o exención de responsabilidad ante la comisión de un daño. La primera está formada por las *causas extrañas* determinadas por la concurrencia de otros elementos de causalidad que atenúan o desplazan todo vínculo existente entre la acción del agente y la comisión del daño. La segunda categoría se encuentra integrada por los *hechos de justificación* donde no se cuestiona la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del sujeto y el perjuicio sufrido por la víctima, sino que se ataca el carácter ilícito culposo de la conducta referida.

*Las causas extrañas.*⁴⁹² Descartan la existencia de una hipótesis de delito o cuasi delito civil por la eliminación del «nexo causal»

488 «En efecto, tal como lo ha sostenido esta Corporación en Sentencia n.º 440/2000: “Desde luego podría decirse que toda condición o todo factor que ha intervenido en la producción del evento es su causa. Con lo cual, entonces, la serie causal sería ilimitada, no habría criterio para excluir alguna de ellas por más alejadas que esté en el tiempo, por cuanto... a cada causa preceden ciertas causas, hasta lo infinito, y más allá de cada efecto se suceden siempre otros efectos ulteriores». (Hartmann, citado por Karl Larenz, Derecho de las Obligaciones, T. 1, p. 199; Sentencia de la Corporación 553/94). Para hacer ese descarte se tiene que partir de un criterio de probabilidad o de regularidad. Si para Von Kries, «un acontecimiento no puede ser considerado como la causa de un daño por el solo hecho de que se haya comprobado que, sin ese acontecimiento, el perjuicio no se habría producido. Entre todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño que son condiciones de él, todos no son “sus causas» desde el punto de vista de la responsabilidad: no todos lo obligan a ser autor, a reparación. Sólo pueden ser considerados como causa de un perjuicio los acontecimientos que deberían producirlo normalmente: se precisa que la relación entre acontecimiento y el daño que resulte de él sea “adecuado” y no simplemente “fortuita” (Teoría referida por Mazeaud-Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, T. 2, vol. 2, p. 18). Esta es la condición que asume la calidad de causa, es aquella que adquiere relevancia como para vincular el accionar de la gente con el daño en el sentido de ser la “adecuada” para concretarlo (Gamarrá, *Tratado...*, T. XIX, p. 332). Será causa aquella condición que produce “adecuadamente” un determinado efecto. Aquella que un hombre normal, razonable, el prototipo del “buen padre de familia” ha considerado como consecuencia natural de un incierto comportamiento. Esto es, la causa “eficiente” en el sentido de ser “el principio productivo del efecto, o la que hace o por quien se hace alguna cosa” (*Diccionario de la Lengua Española*, voz causa eficiente, p. 285) y que se puede prever como resultado común o propio de una acción» (Conforme entre otras, Sentencia n.º 323/97). SCJ S. n.º 232. 2.9.2002. C. 732 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 344).

489 ADCU, T. XXXI, c. 735, SCJ, p. 338: «Será causa aquella condición que produce adecuadamente un determinado efecto. Aquella que un hombre normal, razonable, el prototipo del “buen padre de familia” ha considerado como consecuencia natural de un cierto comportamiento. Esto es la causa “eficiente” en el sentido de ser “el principio productivo del efecto, o lo que hace o por quienes se hace alguna cosa” (*Diccionario de la Lengua Española*, p. 285) y se puede prever como resultado común o propio de una acción».

490 ADCU, T. XXXI, c. 735, SCJ, p. 338: «la [...] “teoría de la causalidad adecuada” [...] obliga a distinguir entre los antecedentes o condiciones del evento dañoso y la causa o condición adecuada al mismo. Como dice Gamarrá “la condición que asume la calidad de causa es aquella que adquiere relevancia como para vincular el accionar del agente con el daño, es la “adecuada” para concretarlo” (*Tratado...*, T. XIX, p. 322).

491 Ordoqui-Olivera, ob. cit. p. 166 y ss.

492 La presunción (simple-artículo 1603 CC) de culpa prevista por el artículo 1324 CC no impide que el guardián se libere de responsabilidad demostrando o bien su ausencia de culpa (por haberse conducido con toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño) o bien la existencia de una causa extraña no imputable a su persona (Gamarrá, *Tratado...*, T. XXI, 3ª edición, marzo 2002, pp. 85 y 93). SCJ S. n.º 76. 22.3.2002. C. 863 (ADCU, T. XXXIII, p. 407 FCU)

El caso fortuito y la fuerza mayor. (art. 1322 CC). Se trata de acontecimientos imprevisibles e irresistibles, apreciables *in abstracto* que obran fuera de la voluntad humana en el mundo físico causando un resultado que determina una imposibilidad total y general.⁴⁹³

Para que proceda se requiere:

- a. que no haya sido causado por quien lo invoca;
- b. imposibilidad de evitar el hecho y preverlo;
- c. que el hecho sea irresistible⁴⁹⁴ (*v. gr.* un accidente natural como un terremoto).

*El hecho de la víctima.*⁴⁹⁵ Para que proceda como eximente de responsabilidad debe existir un vínculo de causalidad con el perjuicio que no sea imputable al demandado, así como la prueba efectiva del hecho de la víctima.⁴⁹⁶

En caso que la conducta de la víctima no constituya la causa exclusiva del perjuicio, ello constituye un supuesto de atenuación y no de exención de responsabilidad.⁴⁹⁷

La intervención de un tercero. Consiste en demostrar que el daño tiene como causa exclusiva e inmediata la conducta de un tercero y no de quien es demandado por responsabilidad extracontractual.

Los hechos de justificación

Los hechos de justificación buscan legalizar el acto dañoso quitándole su carácter de ilícito culposo.

Legítima defensa. Trasladando las elaboraciones doctrinarias efectuadas en sede penal, corresponde señalar que para que se configure se requiere que el acto que ella representa constituya una reacción contra una violencia injusta, contraria a derecho, actual o inminente. La defensa contra el agresor debe ser proporcionada y necesaria.

493 *ADCUT*, XXXI, c. 959, TAC 1°, p. 436: «Los caracteres que debe reunir un hecho para que sea caso fortuito o fuerza mayor, debe ser imprevisible e irresistible. Si se requiere la imprevisibilidad es porque, como el hecho pueda preverse, el deudor está en condiciones de evitarlo, esto es de adoptar las medidas conducentes para superar el obstáculo. Por consiguiente, en última instancia, lo que caracteriza al caso es la inevitabilidad» (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. XVII, Vol. 1°, p. 141).

494 *ADCUT*, XXXI, c. 959, TAC 1°, p. 436: «La inevitabilidad o irresistibilidad (imposibilidad) de la prestación tiene un doble efecto: exonera o libera de responsabilidad al deudor y, además, extingue la obligación.» Sólo la imposibilidad libera, pues a lo imposible nadie está obligado. Y únicamente es imposible la prestación cuando la dificultad resulta insuperable, absoluta y objetivamente. [...] Hay imposibilidad objetiva cuando la prestación no sólo es imposible para el deudor, sino también para cualquier otra persona» (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. XVII, Vol. 1°, p. 143)»

495 «Para que pueda tener relevancia la eximente de responsabilidad denominado hecho de la víctima, ésta tal como señala Gamarra: «debe ser causa del daño, estar en relación de causalidad con el evento dañoso; vale decir, es menester que el daño haya sido causado por la propia víctima, en todo o en parte...» (*Tratado...*, T. XIX, 1991, p. 334). SCJ, S. n.º 273. 18.9.2002. Van Rompaey (red.), Guillot, Alonso de Marco, Cairolí, Parga. C. 772; *ADCU*, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 369.

496 *ADCU*, T. XXXI, C. 961, TAC 1°, p. 437. «El hecho de la víctima es un eximente de responsabilidad pero, para producir aquella consecuencia el hecho de la víctima, esta debe ser causa del daño, es decir, debe estar en relación de causalidad con el evento dañoso o lo que es lo mismo es menester que el daño haya sido causado por la propia víctima en todo o en parte.»

497 *ADCU*, T. XXXI, C. 966, TAC 4°, p. 438, 439: «Cuando el comportamiento de la víctima participa en la producción del daño, el ofensor queda exonerado de responsabilidad total (si el hecho de la víctima es la única causa del daño) o parcialmente (si en la producción del evento dañoso concurren participando por igual o en diversas proporciones, tanto el hecho del ofensor como el de la víctima y por consiguiente el análisis de su conducta en la producción del daño tendrá importantes consecuencias en el plano de reparación al excluir por completo la obligación indemnizatoria o reducir su monto» (cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. XIX, p. 332 y ss. Sents. de la Sede Nos. 29, 94, 111/99; 21, 57/00)»

Estado de necesidad. Supone la intervención de una fuerza extraña que amenaza con la producción de un daño, para prevenir el cual se causa un perjuicio. Se configura cuando para salvar sus bienes daña los de un tercero. Para que proceda es necesario:

- a. que el derecho atacado deba ser de menor entidad al derecho que se defiende;
- b. el mal causado resulta inminente o inevitable;
- c. que no emane de la propia culpa del agente;
- d. que éste tenga la obligación jurídica de afrontarlo.

Existen otras circunstancias que se enumeran dentro del elenco por parte de la doctrina como por ejemplo los supuestos de mandato legal en caso de un funcionario que realiza un acto cometido en uso legítimo del poder público, o cuando en la conducta que causa el daño ha mediado un vicio del consentimiento que determina desaparezca su ilicitud.

Fuentes de la Responsabilidad

El hecho propio

Regulado por el art. 1319 del CC, exige la producción directa y personal del daño. En este supuesto normativo se requiere que el actor pruebe la configuración de todos los elementos de este género de responsabilidad: hecho ilícito, culpa, daño y nexo causal. Corresponde al demandado acreditar las excepciones que proponga para exonerarse de responsabilidad.

El hecho ajeno

Este tipo de responsabilidad se encuentra contemplada por los arts. 1324 y 1325 del CC. No solo se responde por hecho propio, sino también por los ilícitos cometidos por las personas que uno tiene bajo su dependencia.

Por esa razón, los padres responden de los ilícitos de sus hijos, los tutores de sus pupilos y los curadores de los hechos de los dementes que están bajo su curatela. De la misma manera, los empleadores responden de los hechos ilícitos cometidos por sus empleados u obreros.

Pero en caso de que deban reparar el daño de las personas dependientes, de conformidad con el art. 1326 del CC, tienen derecho a repetir (a ser indemnizadas) en los bienes de éstas, siempre que sean capaces de delito o cuasidelito civil, es decir, que el autor material del daño no sea un menor de 10 años o un demente, y siempre que el daño se hubiera hecho sin orden del responsable.

A diferencia de la responsabilidad por hecho propio, de acuerdo al art. 1324 del CC inc. final «La responsabilidad [...] cesará cuando las personas en ellos mencionados prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», lo que determina presunción *juris tantum*⁴⁹⁸ en contra del demandado a la vez que una inversión de la carga probatoria, recayendo sobre sí la prueba que le permita exonerarse de responsabilidad.

Responsabilidad por hecho de las cosas

Igualmente, se responde por los daños cometidos por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado (*v. gr.* los daños causados por un automóvil, siempre que se tenga la guarda).⁴⁹⁹

498 Son aquellas que ceden ante la prueba en contrario. (Cfme. Ordoqui y Olivera, ob. cit., p. 199)

499 «El régimen legal aplicable al embestimiento de un peatón por un vehículo automotor es el de la responsabilidad por hecho de las cosas (art. 1324 inciso 1° CC) donde la víctima no está obligada a probar la culpa

En este supuesto, al igual que el examinado en el numeral anterior, existe una presunción de culpa y nexo causal, debiendo desembarazarse el demandado de ella probando que empleó toda la diligencia necesaria para prevenir el daño.⁵⁰⁰

Como señalan Ordoqui y Olivera⁵⁰¹ existen regímenes diferentes en cuanto a la responsabilidad por el hecho de las cosas, un régimen general (art. 1324 CC). Otro especial regulado por los arts. 1327 del CC (responsabilidad por la ruina de edificios, 1328 (responsabilidad por el daño causado por animales no feroces) que se encuentran basados en la culpa del agente del daño, y los arts. 1329 del CC (responsabilidad por el daño causado por animales feroces) y 1330 del CC (responsabilidad por el daño causado por las cosas que caen desde la parte superior de un edificio) que consagran una obligación de reparar el perjuicio causado, independientemente de cuál haya sido el comportamiento del agente en la eventualidad.

Situaciones especiales

Responsabilidad por ruina del edificio

Se encuentra establecido por el art. 1327. Consagra la responsabilidad del propietario en hipótesis que el daño se hubiera producido como consecuencia de una falta de las reparaciones necesarias. En caso de que el perjuicio tuviera su origen en un vicio de construcción la responsabilidad recae sobre el arquitecto o constructor del edificio.

Constituyen requisitos para que proceda:

- a. que exista un edificio;
- b. que el daño se provoque por su ruina⁵⁰²;
- c. que la ruina se origine por haberse omitido las necesarias reparaciones.

Se debe probar el daño causado por la ruina del edificio de propiedad del demandado, siendo la única defensa posible esgrimir que no omitió reparaciones, sino que obró con diligencia.

Responsabilidad por los daños causados por animales

En este ámbito de responsabilidad, el legislador reguló dos situaciones diversas. En el art. 1328 refiere al supuesto de daños causados por animales responsabilizando al dueño o a quien se sirva del animal, siempre que el perjuicio sufrido corresponda a la conducta de su tenedor, mientras que el art. 1329 regula la situación del daño causado por animales feroces que no reporten utilidad para la guarda o servicio de un predio en cuyo caso

ni la relación de causalidad; presunción simple (art.1324 in fine CC) por el que el guardián probando que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, hace cesar la responsabilidad». TAC 2°, S. n.° 214. 25.9.2002. C. 849 (ADCU, T. XXXIII, p. 405, Montevideo, FCU)

500 El punto en régimen de responsabilidad aplicable en supuesto de transporte benévolo la Sala reiterará la jurisprudencia seguida desde su anterior integración en sentido de ubicar la hipótesis en el ámbito de la responsabilidad por el hecho de las cosas, que torna presumible la culpa del guardián, al amparo del art. 1324 incisos 1° y 6° del Código Civil (Sentencia n.° 61/98, *Anuario...*, T. XXIX, c. 818, p. 303; *Anuario...*, T. XXX, C. 1006, pp. 386-387). TAC 5°, S. n.° 95. 28.10.2002. C. 852 (ADCU, T. XXXIII, p. 405, Montevideo, FCU).

501 Ordoqui y Olivera, ob. cit. p. 233.

502 Se ha entendido por parte de la jurisprudencia que el art. 1327 rige solamente en el caso de que la ruina o destrucción del edificio sea total. Sin embargo, es generalmente admitido por la doctrina que para que tal hipótesis se verifique no es necesario que se produzca una caída total del edificio sino que basta la degradación parcial de la construcción. (Cfme. Ordoqui y Olivera, ob. cit., p. 249)

existe la obligación de reparar el perjuicio causado a quien tenga la tenencia del animal, independientemente de su comportamiento.⁵⁰³

Analizando el art. 1328, al regular la responsabilidad por los daños causados por un animal, determina que el responsable es el dueño o el que se sirva del animal, existiendo — como en el caso anterior— presunción de culpa. La prueba recae sobre el daño causado por un animal propiedad del demandado que se sirve de él, así como por el riesgo creado. Este precepto se aplica a los animales no feroces (domésticos) así como a los feroces pero en el caso que reportan alguna utilidad para la guarda o servicio de un predio, siendo necesario asimismo que el animal debe haber causado el daño.⁵⁰⁴

El demandado puede alegar que no hubo culpa o que medió hecho de la víctima.

El art. 1329 regula la responsabilidad del daño causado por un animal feroz de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, responde de pleno derecho quien tiene el animal.

Responsabilidad por las cosas que caen de un edificio

De acuerdo al art. 1330 las personas que habitan una parte del edificio son responsables del daño causado por las cosas que caen de él. La prueba del perjudicado recae sobre el daño producido.

Como señala Peirano⁵⁰⁵ se trata de una responsabilidad objetiva de naturaleza especial (obligación de reparar el daño causado) en tanto los habitantes del sector del edificio de donde cayó o se arrojó el objeto son responsabilizados por el daño causado, independientemente de cuál haya sido su comportamiento en la producción del daño.

Los demandados, pueden alegar que el perjuicio sufrido se produjo por dolo o culpa de una persona determinada, en cuyo caso ella será únicamente la responsable.

Abuso de derecho

Se trata del caso de un sujeto, quien, haciendo uso de su derecho, dentro de los límites y condiciones del mismo, causa un daño a un tercero.

Criterios propuestos para caracterizarlo.⁵⁰⁶

- a. requiere la intención de dañar para que exista abuso de derecho (criterio intencional), hay abuso de derecho cuando el derecho subjetivo se pone en ejercicio con el solo ánimo o intención de perjudicar.

503 La Sala siguiendo las enseñanzas de Gamarra considera que la responsabilidad por el hecho del animal es una aplicación particular del principio general de la responsabilidad por el hecho de las cosas contenido en el artículo 1324 CC (Gamarra, *Tratado...*, T. XXI, 3ª edición, p. 350). Se discrepa en cambio con la recurrida en cuanto a que sea el propietario del animal quien revistiera la calidad de guardián del mismo al momento del accidente. TAC 6°, S. n.° 270. 18.12.2002. C. 887 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 424)

504 ADCU, T. XXXI, C. 1101, TAC 4°, p. 492: «Cuando se debate un supuesto de responsabilidad por daños causados por animales no feroces...el artículo 1328 CC reitera la regla general de la responsabilidad por el hecho de las cosas del art. 1324 CC...consolidándose una hipótesis de responsabilidad de naturaleza subjetiva que determina se consagre a favor de la guardadora una presunción de culpabilidad-causalidad iuris tantum que amerita ser enervada (total o parcialmente) si se acredita por la interesada, de conformidad con los criterios aplicables (art. 137, 139 y concordantes CGP), ausencia de culpa o causa extraña» (cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. XIX, 1981, p. 339 y ss.; T. XXI, 1989, p. 69 y ss.; 74 y ss.; 78 y ss.; 155 y ss.: 261-269; Ordoqui-Olivera, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, p. 45; Sent. de la Sede Nos. 350/88; 168/94, etcétera). Cfm. además TAC 2° c. 1102 y 1103 ob. cit. p. 492 y 493

505 Citado por Ordoqui y Olivera en ob. cit., p. 258.

506 Cfm. Ordoqui y Olivera, ob. cit. p. 149

- b. exige tan sólo la culpa en el cumplimiento del derecho subjetivo en cuestión (criterio técnico). Para que se verifique basta que el titular haya obrado ilícita y culposamente en la comisión de un daño.
- c. hace referencia a la falta de un interés legítimo o utilidad en la producción del daño (criterio económico), cuando un acto se realice sin interés apreciable y legítimo para el que lo cumplió.

Otras soluciones entienden que se resuelve unas veces por la negligencia, otras por la intención de dañar, comprendiendo casos en que sin mediar culpa ni dolo hay un ejercicio irregular que choca contra los límites impuestos objetivamente por la norma jurídica, el uso social o económico y la regla moral.

En nuestro derecho, el art. 1321 del CC establece la existencia de responsabilidad en situaciones de exceso en el ejercicio de un derecho que a la vez produce daños susceptibles de indemnizar.

Régimen de responsabilidad

Se encuentra establecido por el art. 1331. En caso de pluralidad de agentes del delito, responden solidariamente todos ellos. Si se trata de cuasidelito, se responde por cada uno en proporción a la participación que haya tenido en la consumación del ilícito.

Prescripción

Regulada a texto expreso en el art. 1332. La posibilidad de reclamar por responsabilidad extracontractual prescribe a los cuatro años de cometido el ilícito.⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ *ADCU* T. XXXI, c. 1018, TAC 2°, p. 456 »El término de prescripción extintiva del art. 1332 CC comienza con el hecho ilícito y no con el daño. El hecho personal ilícito y su modalidad (hecho de la cosa) no se confunde con el daño ni con el resultado del mismo (evento), el daño es consecuencia del evento» (Cfm. Gamarra, Tratado..., T. XIX, pp. 155-155; T. XXI, p. 33)

Clases y modalidades de las obligaciones

De las obligaciones en cuanto a su objeto

Obligaciones de dar

Es la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble (art. 1333, inc. 1° del CC).

La palabra *entrega* debe entenderse en un sentido amplísimo, comprendiendo supuestos que van desde la transferencia de la propiedad de la cosa hasta de la mera tenencia. Posición compartida por toda la doctrina que ha analizado el tema (Amézaga, Peirano, Berdaguer).

Como señala Gamarra,⁵⁰⁸ las obligaciones de dar se dividen en obligaciones de dar cosa cierta o cosa genérica, según el bien objeto de la misma esté individualizado en su propia y total identidad, o sea designado según su pertenencia a un género, en cuyo caso como dice el art. 1360 del CC «se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado».

Efectos

- a. Obligación del deudor de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia hasta que se verifique la tradición (art. 1334 del CC).
Esta obligación sólo se aplica en supuestos de obligaciones de dar cosa cierta y determinada, resultando inaplicable a las de género, atento a que por su propia naturaleza se cumple entregando otra de la misma especie y calidad.
- b. Entregar la cosa pactada:
 - En el estado material establecido en la convención y exenta de vicios.
En las obligaciones de dar cosa genérica, ante ausencia de estipulación el deudor cumple con entregar un individuo «de calidad mediana» (art. 1361 CC)
 - En el lugar convenido (art. 1333, inc. 2°);
Si es cosa cierta y determinada, a falta de estipulación expresa, en el lugar que estaba al celebrarse el contrato (art. 1465, inc. 2°);
Si se trata de cosa genérica, en el domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación. (art. 1465, inc. 3°).
- c. Cumplimiento de la entrega en plazo:
 - en el plazo convenido (art. 1333, inc. 2°);
 - si no hubiera convención, se hace exigible en el plazo de 10 días desde su nacimiento (art. 1440).⁵⁰⁹

508 Gamarra, Jorge Luis, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 77

509 Cuando el plazo contractual no ha sido precisado por las partes (contratos con plazo indeterminado) la situación se resuelve mediante la aplicación de los arts. 1333 inc. 2 y 1440 CC. El último rige para aquellas obligaciones en las cuales, debido a su naturaleza, no resulta esencial la designación de plazo para el cumplimiento (por ejemplo, pagar una suma de dinero); en cambio, el art. 1333 inc. 2 se aplica a aquellas obligaciones que requieren esencialmente, por su naturaleza, que se les asigne un plazo de cumplimiento.

- si resulta esencial la designación de un plazo para el cumplimiento el Juez determinará cuál es el plazo razonable.⁵¹⁰

Incumplimiento

En el caso que el deudor no cumple con la obligación por su culpa, el acreedor tiene la opción de exigir su cumplimiento mediante ejecución forzada específica o por equivalente, o solicitar la resolución del contrato e indemnización por daños y perjuicios.⁵¹¹

En caso contrario, si el incumplimiento no fue debido a su culpa, la pérdida la soporta quien debe recibirla. (art. 1335 del CC)

Aplicación de la teoría de los riesgos. Como se señalara anteriormente, el tema de los riesgos surge cuando la cosa que se debe entregar perece o se deteriora, sin culpa del deudor por una causa extraña que no le es imputable.

Por supuesto que ello implica que esto sucede en el período que transcurre desde el perfeccionamiento del contrato pero antes de verificarse la entrega. Cuando acaece antes de que el negocio se perfeccione deviene nulo por carencia de objeto.

En doctrina se sostiene que son admisibles dos principios:

- a. la cosa perece para el dueño (*res perit domino*);
- b. la cosa perece para el acreedor (*res perit creditore*).

El art. 1335 del CC como regla general, tratándose de cosa cierta y determinada, recibe el principio *res perit creditore*, o sea que el acreedor, quien debe recibir la cosa, es quien sufre la pérdida o deterioro. Por tanto, aun cuando la cosa se destruya —en hipótesis de contratos bilaterales, ej. Compraventa— debe pagar el precio (art. 1557). Ello por cuanto el art. 1549 establece que cuando la prestación se vuelva física o legalmente imposible, la obligación se extingue sin responsabilidad para el deudor (esto es, el vendedor/dueño).

Sin embargo, legalmente se contemplan diversas excepciones en que rige el principio *res perit domino*, o sea que la cosa se pierde o deteriora para el deudor, para quien debe entregarla:

El ámbito de aplicación del art. 1333 inc. final del CC se obtiene por exclusión, partiendo del análisis del art. 1440 del CC. En cuanto al régimen jurídico que disciplinan, esta última norma prescribe que la obligación será exigible 10 días después de la fecha de su nacimiento; el art. 1333 en cambio, establece para las obligaciones a las que se aplica (aquellas en que por su naturaleza resulta esencial la designación de plazo), que serán exigibles según estipulación contractual, y a falta de ésta, en el «tiempo conveniente según arbitrio judicial». Existe intersubjetividad acerca de que el «tiempo conveniente» aludido por el art. 1333 inc. 2 del CC, que atañe al señalamiento del plazo de cumplimiento (exigibilidad), puede ser establecido por arbitrio judicial, no sólo para el futuro sino también para el pasado, tomando como punto de referencia a la sentencia que lo especifica. Vale decir que, cuando el Juez señala el plazo de cumplimiento (en rigor técnico: el momento de la exigibilidad de la obligación), no necesariamente lo hace para el futuro, sino que puede hacerlo para cualquier tiempo, con el exclusivo límite elemental que el señalamiento debe referir a un momento posterior al perfeccionamiento del contrato. En definitiva, el Juez establece la exigibilidad de la prestación del deudor para un momento posterior al nacimiento de la obligación, y ese instante se puede verificar antes o después de la sentencia que lo determina, pues el objeto del señalamiento es el momento de la exigibilidad (cfr. «Problemas que se suscitan entre la fijación judicial del plazo para el cumplimiento (exigibilidad) y la mora», Gabriel H. Fernández Fernández (en la versión impresa publicado en *ADCU*, T. XXXIII, pp. 541-550, Montevideo, FCU).

510 No se trata de un plazo judicial, sino que el juez precisa cuál es el tiempo en que razonablemente el deudor debió cumplir con su prestación, contado desde el momento de su nacimiento (Cfme. Gamarra, ob. cit. *Obligaciones*, p. 80)

511 Aspecto que será abordado en el Capítulo 13, cuarta parte de este manual bajo el título «Incumplimiento de las obligaciones»

- a. cuando la cosa perece o se deteriora por dolo o culpa de quien la debe entregar (art. 1335, ord. 1°);
- b. cuando se pacta negocialmente que el riesgo es del deudor (art. 1335, ord. 2°);
- c. cuando el deudor ha caído en mora de cumplir su obligación (art. 1335, ord. 4°);
- d. si la obligación asumida es de género, dado que el género no se extingue (arts. 1362 y 1558), por lo que, no se libera de su obligación aunque su prestación se volviera física o legalmente imposible. (v. art. 1549 citado ut supra)

Obligaciones de género

No obstante haber sido analizadas en el apartado anterior en tanto las obligaciones de dar son comprensivas de la obligación de dar cosa cierta y determinada y cosa genérica, el legislador reguló expresamente en los arts. 1360 a 1362 del CC las denominadas obligaciones de género.

Son aquellas en que el deudor debe un individuo cualquiera de un género o clase determinada (v. *gr.* un caballo de carrera, 10 kg de azúcar).

Como se señalara *ut supra*, La elección del individuo con el cual se paga compete exclusivamente al deudor, pero debe ser «de una calidad a lo menos mediana».

Los riesgos por pérdida de la cosa que se debe entregar los sufre el deudor (*res perit domino*), en razón de que el género no se extingue (art. 1362).

Obligaciones de dinero y de valor

A diferencia de las anteriores, si bien no están previstas como una categoría específica, las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, también denominadas pecuniarias podrían incluirse dentro de la clasificación que se está analizando —obligaciones de dar— correspondiendo ser conceptualizadas en el ámbito de las de género, no obstante lo cual poseen una singularidad que debe ser destacada, lo que determina que sea objeto de una regulación normativa especial.

Así, dentro de las obligaciones pecuniarias se distinguen obligaciones de dinero y obligaciones de valor. Las primeras, tienen como objeto de la prestación una suma de dinero, en tanto que en las segundas, el objeto es el valor que tendrá que determinarse para su cumplimiento.

Por ejemplo, doctrinariamente se ha sostenido que reparar el daño causado es una obligación de valor. Como señala Gamarra⁵¹² en las segundas se debe un valor económico en tanto el deudor está obligado a pagar una suma de dinero equivalente en su monto al valor de otro bien. En una hipótesis de responsabilidad extracontractual surgida a raíz de un accidente de tránsito, el culpable queda obligado a reparar el daño que causó (comprensivo del daño emergente y lucro cesante),⁵¹³ tratándose de una deuda de valor cuyo objeto es la de reintegrar a la víctima a la misma situación en que debió encontrarse de no haber sufrido el evento dañoso, lo que debe ser estimado en dinero, convirtiéndose en una obligación pecuniaria que posibilita su pago.

Para determinar el *valor* del dinero, cabe recurrir al principio nominalístico, en base al cual las obligaciones pecuniarias se cumplen de conformidad con su importe nominal, por tanto su valor *nominal* no varía ya que se determinan por la cifra que expresa la moneda

⁵¹² Gamarra, ob. cit. *Obligaciones*, p. 83

⁵¹³ Aspecto que fue abordado en el capítulo 10 de la cuarta parte de este manual: «Delitos y cuasidelitos»

emitida por el Estado, siendo diverso del valor «real» que expresa la cantidad de bienes y servicios que se pueden adquirir con ese dinero y que no es otra cosa que el «poder adquisitivo» de la moneda.

La aplicación del principio nominalístico, como señala Gamarra⁵¹⁴ generó situaciones de injusticia en materia de responsabilidad civil, como en el ejemplo citado, donde luego de transitar el damnificado un largo juicio para obtener una sentencia de condena, en oportunidad de hacerla efectiva, se traducía en unidades monetarias correspondientes a la época que ocurrió el daño.

La clasificación que se está analizando tuvo relevancia antes del dictado del DL 14.500⁵¹⁵ referida al reajuste de las obligaciones que remedió esta situación en tanto reguló la temática referida a la depreciación monetaria. Estableció que para liquidar el valor de las sumas que se resuelven en el pago de una suma de dinero, debe considerarse la variación del valor de la moneda ocurrida entre el nacimiento de la obligación (cuando se sufre el daño en el ejemplo citado) y su efectivo pago, debiendo quien causó el daño repararlo en su integralidad, reestableciendo a la víctima en el lugar que tenía antes de acaecimiento del evento dañoso.

Tal como ya lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia en sent. n.º 224/85: «No es al valor de la moneda al que alude la norma legal sino al ‘valor de las obligaciones que se resuelvan en el pago de una suma de dinero’ (art. 1º, inc. 1º)» norma que, conforme con la posición jurisprudencialmente más admitida su aplicación procede de oficio.

Obligaciones de hacer

Son las que imponen la realización de un hecho que el deudor, de no mediar la obligación, tendría derecho a no realizar. Como sostiene Berdagner,⁵¹⁶ siguiendo a Messineo son las que tienen por objeto la prestación de energía, entendiéndose por tal tanto el trabajo material como el intelectual.

Por ejemplo: realizar una obra determinada: pintar un cuadro, construir una casa, prestar un servicio, otorgar un negocio jurídico.

Efectos

Su régimen es similar al establecido para las obligaciones de dar, esto es: A falta de estipulación expresa, la obligación debe cumplirse en el domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación. (art. 1465, inc. 3º).

Respecto del plazo si no hubiera convención, se hace exigible en el plazo de 10 días desde su nacimiento (art. 1440), y si resulta esencial su designación específica, el Juez determinará cuál es el plazo razonable. Solución que sería aplicable por ejemplo, a los supuestos de prestación de un servicio determinado, debiendo determinarse el tiempo necesario para ejecutar la prestación.

Cuando la obligación de hacer puede ser ejecutada por un tercero (*v. gr.* reparación en una casa), el acreedor puede optar por solicitar autorización al juez para ejecutar la obligación por cuenta del deudor por intermedio de otro sujeto (art. 1339).

No obstante, en situaciones de obligaciones de hacer *intuitu personae*, es decir aquellas que se han pactado en atención a la persona que puede realizarlas (pintar un cuadro por un

514 Gamarra, ob. cit. *Obligaciones...*, p. 84

515 Disposición que se analizará en profundidad en el capítulo 13 «Incumplimiento de las Obligaciones», cuarta parte de este manual.

516 Citado por Gamarra en ob. cit., *Obligaciones...*, p. 87.

artista famoso), al no poder ser ejecutadas por persona distinta del deudor el contrato queda rescindido. (art. 1849 del CC).

Incumplimiento

En este caso, a diferencia de las obligaciones de dar y teniendo especialmente en cuenta que en las obligaciones de hacer se requiere la actividad del deudor, frente a su incumplimiento, no procede la ejecución forzada específica, siendo aplicable el art. 1338 inc. 1° que establece «toda obligación de hacer o de no hacer, se resuelve en resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de falta de cumplimiento del deudor». Sin perjuicio de ello, cabe tener presente el art. 1339 inc. 1° ya citado, que permite en caso de que la obligación sea fungible que el acreedor puede obtener autorización para hacer ejecutar la obligación por cuenta del deudor.

Riesgos. A diferencia de las obligaciones de dar, cuando el cumplimiento de la prestación deviene imposible por causas que no le son imputables, el art. 1557 del CC establece que: «la extinción es no sólo para el deudor sino también para el acreedor, a quien aquél debe devolver todo lo que hubiere recibido por motivo de la obligación extinguida». Por ejemplo, A contrata con B para que éste pinte un cuadro o haga una escultura y le entrega como adelanto \$ 1.000. Si antes de terminar la obra, B sufre un accidente que le impide llevar a cabo la obra, las obligaciones se extinguen por fuerza mayor, pero B debe devolver la suma de dinero adelantada.

Obligaciones de no hacer

Consisten en la obligación de abstenerse de realizar hechos o asumir actitudes que el deudor tendría derecho a realizar (Peirano, Berdaguer). *V. gr.* no construir en un lugar específico, no abrir un comercio en ciertas zonas, no actuar en determinada obra de teatro.

Efectos

A diferencia de las obligaciones de dar y de hacer, en la medida que estas consisten en una abstención, resulta difícil establecer el lugar de cumplimiento de la obligación. No obstante, partiendo de los ejemplos ya citados, en supuestos de que consista en no construir en determinado lugar, o no abrir un comercio en ciertas zonas, ésta determinará el lugar de cumplimiento de la obligación de no hacer. (art. 1338 del C. C.)

Respecto al plazo, como señala Gamarra⁵¹⁷ en general las obligaciones de no hacer son exigibles inmediatamente por lo que no resulta aplicable lo dispuesto por el art. 1440 del CC.

Sin perjuicio de ello el plazo resolutorio resulta perfectamente compatible con este tipo de obligaciones, a fin de que la obligación de hacer estipulada no se prolongue indefinidamente, debiendo atenderse al interés del acreedor en su consagración (por ejemplo, la prohibición de instalarse comercialmente en determinada zona) que, transcurrido un período prudencial no resulta razonable su mantenimiento.

Incumplimiento

El incumplimiento de las obligaciones no hacer, como ya se analizara en las obligaciones de hacer en principio se traduce en la indemnización de los daños y perjuicios causados. Es lo que acontece cuando se viola una obligación de no hacer de contenido inmaterial (*v. gr.* no actuar en una obra). Sin embargo, tratándose de obligación de no hacer de contenido

⁵¹⁷ Gamarra, ob. cit., *Obligaciones...*, pp. 90-91.

material (*v. gr.* no levantar una pared), el inc. 2° del art. 1338 admite que el acreedor exija que se destruya lo hecho en contravención a la obligación.

Riesgos. Rige, al igual que en las obligaciones de hacer el art. 1557 del CC. La imposibilidad de cumplimiento la sufren el deudor y el acreedor, debiendo volverse al estado anterior a la contratación.

Obligaciones alternativas

Con carácter previo cabe distinguir las obligaciones simples que son aquellas en que la cosa o hecho debido es singular, de aquellas complejas cuando es comprensiva de varios objetos. Asimismo, puede pactarse que todas las cosas debidas deben ser entregadas simultáneamente, de modo que si la entrega es parcial no se verifica cumplimiento de la obligación. Sin embargo, el legislador ha introducido ciertas modalidades para la satisfacción de obligaciones complejas que son las denominadas obligaciones alternativas y facultativas.

Las obligaciones alternativas son aquellas en que se deben varias cosas, pero el deudor por la entrega o ejecución de una de ellas se libra de dar o hacer las otras (art. 1349).

La elección de la cosa a entregar pertenece al deudor, salvo que se haya pactado que corresponde al acreedor (art. 1350).

Los riesgos en la obligación alternativa se regulan por los arts. 1353 y 1354 del CC.

El primero regula los casos en que la elección de la cosa a pagarse corresponde al deudor:⁵¹⁸

- a. cuando una de las cosas perece por caso fortuito, se entrega la otra;
- b. cuando las dos cosas perecen por caso fortuito, la obligación se extingue por imposibilidad de pago;
- c. perece una cosa por culpa del deudor y queda la obra, se entrega la otra (por pertenecer la elección al deudor (art. 1350);
- d. perece una cosa por caso fortuito y la otra por culpa del deudor. Se debe el precio de la última que pereció (art. 1353 inc. 3°);
- e. si perecen las dos por culpa del deudor, debe el precio de la última que pereció.

El art. 1354 refiere a los casos en que corresponde al acreedor:

- a. cuando una de las cosas perece por caso fortuito, se entrega la otra (nral. 1°);
- b. cuando las dos cosas perecen por caso fortuito, la obligación se extingue (nral. 4);
- c. perece una cosa por culpa del deudor, el acreedor puede elegir entre el precio de la que pereció y la cosa que quedó (nral. 2);
- d. perece una cosa por caso fortuito y la otra por culpa del deudor. Se debe el precio de la última que pereció (nral. 1°);
- e. si perecen las dos por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar el precio de cualquiera de ambas. (art. 1354 numeral 3).

Obligaciones facultativas

Son aquellas en que el deudor se obliga a una cosa determinada, pero se le concede la facultad de pagar con esa cosa o con otra que se designa. (art. 1357 del CC). A diferencia de las alternativas, en la que se deben en principio dos cosas, en la facultativa el objeto consiste en una cosa determinada, siendo la prestación accesoria facultad del deudor.

⁵¹⁸ Cfme. Berdaguer, ob. cit., *Obligaciones*, pp. 186-187.

Efectos

- a. En caso de incumplimiento, el acreedor sólo tiene la facultad de reclamarle al deudor la cosa debida, no la otra (art. 1358)
- b. Si la cosa debida perece, sin culpa de deudor antes de celebrarse el contrato, carece de objeto. Si perece la cosa accesoria, la obligación debe ser considerada pura y simple.
- c. Si la cosa debida perece luego de celebrarse el contrato sin culpa del deudor y antes de ser constituido en mora, la obligación se extingue (art. 1358).
- d. Si perece la cosa no debida, lo único que pierde el deudor es la facultad de liberarse entregando la accesoria, pero sigue obligado a entregar la principal.⁵¹⁹

Las obligaciones facultativas tienen muchos puntos de contacto con las alternativas; por esa razón, el art. 1359 del CC como pauta interpretativa prevé que en caso de duda se tendrán por alternativas.

Obligaciones con cláusula penal⁵²⁰

Se encuentran reguladas por los arts. 1363 a 1374 del CC. La cláusula penal es una estipulación accesoria que se establece en un contrato para asegurar el cumplimiento de la obligación.

Conforme a ello, el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento de la obligación principal o la pena. En nuestro derecho constituye una verdadera pena, lo que surge claramente del art. 1363 cuando establece: «La cláusula penal es aquella en cuya virtud una persona para asegurar la ejecución de la convención, se obliga a alguna pena, en caso de falta de cumplimiento».

Debe distinguirse conceptualmente de la liquidación anticipada de daños y perjuicios. La aparente similitud en cuanto a la equivalencia a la falta de cumplimiento de la obligación no es tal en tanto los daños y perjuicios deben pagarse solamente cuando la falta de cumplimiento depende de la voluntad del deudor, mientras que la cláusula penal se debe de pagar aunque el incumplimiento provenga de caso fortuito o de fuerza mayor, en tanto tiene el objeto de compeler al deudor a cumplir con su obligación, de allí, lo exorbitante de su monto.

Cuando se trata de una obligación principal indivisible a la que accede una cláusula penal, la contravención a lo establecido en la obligación principal por uno solo de los obligados, hace incurrir en la pena no sólo al contraventor sino también a los demás, estableciéndose que el contraventor puede ser obligado al pago total de la pena, en tanto que los otros codeudores, sólo pueden ser obligados a porrata de la parte que les corresponde en la pena total. (arts. 1371 del CC).

En el supuesto que la pena sea debida a varios acreedores, el art. 1372 del CC dispone que la pena sólo se debe por el causante del daño y se atribuye sólo al perjudicado; proporcionalmente al haber de ellos en la obligación.

Cuando se trata de una obligación divisible la pena, al igual que la obligación principal, conforme al art. 1373 del CC, se divide entre los codeudores o herederos del deudor, a porrata de sus cuotas en la deuda de la herencia. El codeudor que contravenga la obligación, incurrirá en su parte de la pena y el acreedor no tendrá acción contra los otros codeudores,

519 Cfme. Berdaguer, ob. cit. *Obligaciones...*, p. 188

520 Esta temática será objeto de consideración especial en el capítulo 13 «Incumplimiento de las obligaciones» cuarta parte de este manual.

que no hayan contravenido la obligación. Ello, con las excepciones previstas a texto expreso en el 2° inciso de la disposición.

En cuanto a la nulidad de la cláusula penal, puede serlo directamente cuando carece de algunos de los requisitos esenciales para su validez (por ejemplo: consentimiento), supuesto en el cual subsiste la obligación principal o indirectamente por vía de consecuencia como resultado de la nulidad de la obligación principal (art. 1364 CC).

Obligaciones divisibles e indivisibles

El Código Civil proporciona tres criterios para determinar la divisibilidad o no de la prestación: material, intelectual y el que acude a la intención de las partes. Berdaguer⁵²¹ señala que el *quid* esencial de esta clasificación refiere, en última instancia, a la intención de las partes, es decir, a la forma como encararon la prestación, cuya voluntad puede determinar la naturaleza divisible (o no) de la obligación.

Según el art. 1375 del CC, la obligación es divisible o indivisible según sea o no susceptible de división material o intelectual su objeto. Disposición que sin lugar a dudas considera los dos primeros criterios enunciados.

Siguiendo al pie de la letra el precepto, todas las obligaciones serían divisibles, si bien no lo material, sí al menos en lo intelectual (*v. gr.* una suma de dinero, un caballo de carrera).

El autor mencionado,⁵²² citando a Alterini ilustra algunos de los criterios para determinar cuándo la cosa material puede considerarse divisible o indivisible, a saber: que las partes del bien debido en forma individual conserven proporcionalmente la calidad del todo; que la división no afecte el valor económico de la cosa, y que la división no convierta en antieconómico el uso y aprovechamiento de la cosa.

La división intelectual refiere a la posibilidad de dividir el bien desde el punto de vista jurídico (enajenación de cuotas partes indivisas del bien).

El tercer criterio emana del art. 1376 del CC que indica:

Aunque la cosa o el hecho objeto de la obligación sea divisible por su naturaleza, vendrá a ser indivisible la obligación si la relación bajo la que los contrayentes han considerado dicho objeto impide que éste y por consiguiente la obligación, admita ni división ni ejecución parcial.

La clasificación atiende principalmente a la forma en que debe cumplirse la obligación en aquellos casos en que hay pluralidad de personas por el sujeto activo o pasivo (*v. art. 1378*).

Una obligación cuyo objeto es naturalmente divisible puede por convención de las partes transformarse en indivisible, de forma que no admita la ejecución por partes.

Por ejemplo, si A es acreedor de B, C y D por \$ 3.000, la obligación es naturalmente divisible y cada deudor puede pagar su cuota al acreedor; sin embargo, nada impide que en ese caso se pacte la indivisibilidad de la obligación y que cada deudor esté obligado por el todo (arts. 1376 y 1384).

Efectos

- a. Cuando se trata de varios deudores o acreedores, la obligación se divide de pleno derecho y por partes iguales entre todos ellos (art. 1379). Cada acreedor va a tener

521 Berdaguer, Jaime, ob. cit. *Obligaciones...*, p. 98

522 Berdaguer, ob. cit. *Obligaciones...* pp. 99-100

acción para el cobro de su cuota correspondiente contra cada uno de los deudores, que solo va a estar obligado por su cuota, y no por la de los demás.

- b. La división de lo debido o del crédito en una obligación divisible se realiza de la siguiente forma:
 - si la pluralidad de sujetos activos o pasivos surge del título constitutivo, la división es por partes iguales, salvo pacto en contrario (art. 1379);
 - si se debe al modo sucesión, de acuerdo al art. 1380, cada heredero puede exigir o debe pagar en proporción al derecho que le corresponde en la herencia.
- c. La insolvencia de uno de los deudores no grava a los otros (art. 1379, inc. 2°).
- d. El incumplimiento de la obligación por culpa, así como la constitución en mora a uno de los deudores no hace incurrir en ella a los demás.
- e. La interrupción de la prescripción a favor de un acreedor solo lo beneficia a él y únicamente perjudica a aquel deudor a cuyo respecto se produjo la interrupción.
- f. Si se pactó cláusula penal, ésta es divisible. Por ende, solo la debe el deudor que incumplió su obligación y en proporción a la cuota que le corresponde en el total (art. 1373).
- g. Las hipótesis de extinción de las obligaciones por sustitución de deudor (novación), transacción o remisión acordadas a uno de los deudores o por uno de los acreedores, sólo beneficia a aquél a quien se le acordara. En supuestos de compensación los efectos se acotan a los intervinientes, quedando intactas las cuotas de los demás deudores y acreedores.⁵²³

Efectos

- a. Cada deudor está obligado por el todo y cada acreedor puede exigir el todo. Las cuestiones internas propias de los acreedores o de los deudores se resuelven después del pago (art. 1384).
- b. Ninguno de los acreedores puede por sí solo hacer remisión de la deuda, ni recibir en vez de la cosa su precio (art. 1385, inc. 1°).
- c. La interrupción de la prescripción hecha respecto a uno de los deudores afecta a los otros y también beneficia a los acreedores que no intervinieron en el acto interruptivo (art. 1387).
- d. Para la cláusula penal, rigen los arts. 1371 y 1372: el contraventor puede ser obligado al total de la pena, mientras que los restantes deudores, solo en proporción de la cuota que les corresponda en el total.

De las obligaciones con relación a las personas

Cuando existen pluralidad de sujetos activos o pasivos, la obligación se llama mancomunada o conjunta; ésta se divide en:

- a. obligaciones *simples*, que se rigen por las normas de las obligaciones divisibles o indivisibles, según corresponda;
- b. obligaciones *solidarias*.

523 Cfme. Berdaguer, ob. cit. *Obligaciones...*, pp. 107-109

Obligaciones solidarias

Dado que las obligaciones solidarias son una especie de obligación mancomunada, es requisito indispensable que haya pluralidad de deudores o acreedores. (art. 1390 CC)

La solidaridad es activa, cuando hay pluralidad de acreedores y pasiva, cuando hay más de un deudor. Existe, en consecuencia, pluralidad de personas, de vínculos entre ellos (acreedores y deudores), y una unidad de prestación (art. 1388 CC) que se resuelve en un único pago (art. 1393 CC) efectuado por uno de los deudores al acreedor, que tiene como consecuencia la extinción de la obligación respecto de todos los demás

Su origen se encuentra en la voluntad de las partes, aun cuando excepcionalmente puede establecerla la ley (v gr. art. 1331). Nunca se presume, se debe declarar expresamente en la convención. (art. 1391 CC).

Conforme al art. 1395 del CC, la solidaridad desaparece con la muerte de uno de los contratantes, no pasando a los herederos.

Efectos de la solidaridad activa

Se encuentra regulado por los arts. 1396 y 1397 CC.

- a. Cualquiera de los acreedores puede exigir y recibir el pago total del crédito.
- b. El pago hecho a uno de los acreedores libra al deudor respecto de los otros.
- c. Cualquier acto que interrumpa la prescripción realizado por uno de los acreedores (arts. 1235 y 1236) beneficia a los otros; sin embargo, no produce ese efecto la suspensión de la prescripción (arts. 1242-1244).
- d. El deudor puede pagar indistintamente a cualquiera de los acreedores, hasta tanto no sea judicialmente demandado por alguno de ellos.
- e. La remisión hecha por un acreedor libra al deudor. (art. 1396 inc. 5°)
- f. El art. 1397 del CC regula las relaciones internas entre el acreedor que cobró y los demás sujetos activos estableciendo que responde a los otros acreedores de la parte que a éstos correspondía dividido el crédito entre ellos.

Como señala Berdaguer⁵²⁴ el acreedor es dueño del crédito frente a los deudores en las relaciones externas, pero no lo es en las relaciones internas. Entre los acreedores sólo tiene derecho a percibir una parte del crédito. Una vez que un acreedor ha cobrado, la obligación del deudor se extingue, y surge la obligación del acreedor que cobró de darle a cada uno de los demás la parte que a les corresponde individualmente.

Efectos de la solidaridad pasiva

Están establecidos por el art. 1398 del CC.

- a. El efecto principal surge de los numerales 1° y 6° de este artículo que determinan que el acreedor tiene derecho de pedir la total del crédito al deudor que eligiere, quien debe pagarlo, así como que el pago verificado por uno de los codeudores libra a todos respecto del acreedor⁵²⁵.
- b. Una derivación de ello surge del inc. 2° que establece que la demanda dirigida contra un deudor no impide que el acreedor demande a los otros. Como señala

524 Berdaguer, ob. cit. *Obligaciones...*, p. 159

525 *ADCU*, T. XXXI, C. 1157, TAC 2°, p. 516 «los efectos de tal obligación refieren a que cada deudor solidario está obligado a pagar toda la deuda (art. 1398 inc. 1° CC) y el deudor no puede vincular su cumplimiento o llamar a otros codeudores cuando deba hacer efectivo el pago» (Cfm. Peirano Facio, *Obligaciones*, T. IV, p. 157).

Berdaguer⁵²⁶ otro corolario de la regla general surge del art. 1404 inc. 2 de un modo indirecto al señalar que la insolvencia de un deudor es soportada por los demás co-deudores.

- c. Asimismo existen actos realizados por uno de los deudores que producen efectos con respecto a los demás, como surge con la interrupción de la prescripción respecto de todos, así como el reconocimiento de la deuda verificado por uno de los codeudores. (inc. 3° y 4°)
- d. En igual sentido, la demanda de intereses contra uno de los deudores, los hace correr respecto de todos (nral. 5°), así como la constitución en mora.
- e. El nral. 7 de la norma establece que si la cosa perece por culpa o después de la mora de uno o más deudores, todos deben responder pero los daños y perjuicios sólo corresponden a los responsables. Establece asimismo como excepción que cuando se hubiere pactado el resarcimiento de daños y perjuicios, todos los deudores responderán solidariamente.⁵²⁷

De las obligaciones con relación al modo de contraerse

Se trata de modalidades de los negocios jurídicos; son cláusulas establecidas por los autores de los negocios jurídicos que limitan el contenido de los derechos y obligaciones que asumen las partes.

No son elementos esenciales de los negocios, pero por su voluntad las partes pueden transformarlos en esenciales para un negocio concreto.

Según expresa Coviello,⁵²⁸ tienen por efecto limitar el contenido normal del negocio jurídico; es un negocio querido por las partes, pero no de manera plena y absoluta, sino dentro de ciertos límites y condicionamientos.

Gamarra⁵²⁹, por su parte precisa que la cláusula condicional tiene la función de garantizar la actualidad de la realización de los intereses que son objeto del contrato. De forma tal que permite a la autonomía privada tener en cuenta eventos o situaciones que son todavía inciertos al momento de concluirse el contrato, pero que resultan relevantes para los intereses que son objeto del mismo.

Obligaciones condicionales

Es la cláusula establecida por el declarante en un negocio jurídico, mediante el cual se hace depender la eficacia o resolución de aquél en mérito a la ocurrencia o no de un acontecimiento futuro e incierto. (arts. 1407 y ss. del CC). También se llama condición a ese suceso, acontecimiento o hecho (normalmente futuro) e incierto del cual se hace depender la eficacia o la resolución de un negocio jurídico.

526 Berdaguer, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 161

527 Berdaguer señala la contradicción existente entre este numeral y el 5to., siendo la solución correcta de que todos los codeudores por igual respondieran en caso de incumplimiento de uno sólo de ellos no sólo en cuanto al precio sino también a los daños y perjuicios. No obstante, corresponde atenerse a la disposición expresa citada. (Cfme. ob. cit., *Obligaciones...*, nota al pie n.° 63, p. 164).

528 Coviello, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, México, Ed. Unión Tipográfica-Editorial Hispano Americana, 1938, p. 458

529 Gamarra, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 206

Ámbito de aplicación

La condición puede insertarse en cualquier negocio jurídico, salvo aquellos que por disposición de la ley o por afectar el orden público o las buenas costumbres sea inadmisibles: matrimonio, adopción, reconocimiento de un hijo natural (arts. 1409 y 952 del CC).

Clasificación

Desde el punto de vista de sus efectos las condiciones se dividen en *suspensivas* y *resolutorias*.

Condición *suspensiva*: es el acontecimiento futuro e incierto del que se hace depender la eficacia de un negocio jurídico. El negocio jurídico existe aún antes de que la condición se cumpla, pero permanece en suspenso su eficacia (hasta que no se realice la condición no desplegará sus efectos). (Vg. Cuando finalices tus estudios, te dono un automóvil). Mientras está pendiente la condición suspensiva, el negocio no despliega todos los efectos de que es capaz. Por tanto, si una persona es acreedora bajo condición suspensiva, no podrá reclamar su bien, pero podrá ejercitar todos los actos conservatorios para asegurar su derecho.

Condición *resolutoria*: es aquella en la cual si se realiza el acontecimiento futuro e incierto se resuelve el negocio jurídico. Este existe y despliega sus efectos desde que se perfecciona, pero si se realiza la condición, el negocio jurídico se resuelve. (V. gr. mientras no consigas trabajo, te presto mi departamento ; cuando lo consigues se resuelve la donación y el bien vuelve al donante). Mientras está pendiente la condición resolutoria, el negocio produce todos sus efectos, como si se hubiera concluido pura y simplemente.

Efectos

Como consecuencia del efecto retroactivo, el negocio se considera como concluido pura y simplemente desde el principio si la condición es suspensiva y como si no se hubiera realizado si la condición es resolutoria (arts. 1421, 1426).

Obligaciones a plazo

El plazo es un acontecimiento futuro, pero cierto, desde el cual comienza o hasta el cual dura la eficacia de un negocio jurídico. La obligación es a plazo cuando el ejercicio del derecho que a ella corresponde está subordinado a un plazo. Por ejemplo, el tiempo que se concede al deudor para satisfacer su deuda. (arts. 1433-1440 del CC).

Se diferencia de la condición en que ésta implica incertidumbre del acontecimiento; mientras que en el plazo hay certeza de que el mismo se va a cumplir.

Clasificaciones

- a. plazo *suspensivo* o inicial: es el plazo que se toma en cuenta para que comience a actuar la eficacia del derecho.
 - plazo *resolutorio* o final: plazo en el que termina la eficacia de un negocio jurídico.
- b. plazo *cierto* o determinado: se fija una fecha o período predeterminado para la eficacia del hecho (v. gr. vence el 30.11.10 o cuando X cumpla 50 años).
 - plazo *incierto* o indeterminado: se fija el plazo atendiendo a un hecho futuro, de cuya certeza no se duda, pero no se sabe cuando va a ocurrir (v. gr. hasta el fallecimiento de X).

Para distinguir el plazo de la condición es irrelevante si existe certidumbre o no sobre el momento en que el evento puede producirse; lo único relevante es si la verificación del hecho previsto por las partes es cierto o incierto. Gamarra⁵³⁰, citando a Gazzoni, distingue cuatro hipótesis posibles:

- a. verificación incierta y tiempo incierto (arribo de la nave de Asia).
- b. verificación incierta y tiempo cierto (ganar el concurso fijado para el 15 de octubre).
- c. verificación cierta y tiempo incierto (el fallecimiento de una persona).
- d. verificación cierta y tiempo cierto (fijación de una fecha precisa).

Concluyendo este autor que como la distinción gira en torno a la incerteza (condición) o certidumbre (plazo) de la verificación del hecho previsto por las partes (y «cuando» es irrelevante), en los dos primeros casos habrá condición (verificación incierta) y en los otros dos plazo (verificación cierta).

- c. *expreso*: cuando surge expresamente de la convención;
 - *tácito*: surge indirectamente de la convención (*v. gr.* si me obligo a facilitar 2 peones para la próxima vendimia, es necesario esperar a que el fruto esté maduro).

Fijación

Por regla general, puede fijarse plazo en los mismos negocios jurídicos que puede fijarse condición. Hay, sin embargo, negocios jurídicos en que se puede establecer condición, pero no plazo. *V. gr.* la institución de heredero.

Extinción

El plazo se extingue a su vencimiento, esto es, una vez transcurrido el tiempo establecido o cuando se verifica el hecho previsto en la obligación.

Obligaciones modales

Consiste en una declaración de voluntad accesoria por la cual se impone a quien se concede un derecho patrimonial a título gratuito la obligación de realizar un hecho cualquiera. Este hecho (modo) puede consistir en un determinado uso de la cosa dada o en una prestación de índole pecuniaria o no en favor de quien ha transmitido el derecho o de un tercero. (arts. 956-963 del CC).

Se diferencia de la condición en que en el modo, el derecho siempre está latente, es exigible, en tanto que en la condición no es exigible hasta que no se cumpla. En la condición suspensiva no se puede exigir derecho alguno hasta que no se haga efectiva.

El no cumplimiento del modo por regla general no extingue el derecho del beneficiado, en tanto que la condición resolutoria cumplida opera de pleno derecho, pudiendo llegar a extinguirlo.

Para Coviello,⁵³¹ sólo cabe hablar de modo en los negocios jurídicos gratuitos, pues en los onerosos se confunde con la compensación debida al enajenante.

Al ser accesorio del acto gratuito, si éste es nulo también lo será el modo, en virtud del principio de que lo *accesorio sigue la suerte de lo principal*.

530 Gamarra, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 226.

531 Coviello, ob. cit., pp. 484-485.

Si el modo es imposible o ilícito (como lo establece el art. 960 del CC), es nulo, pero el acto principal sigue siendo válido.

De las obligaciones con relación a sus efectos

Obligaciones civiles y naturales

El art. 1441 y ss. del CC define las obligaciones civiles como las que dan acción para reclamar su cumplimiento en juicio.

Las obligaciones meramente naturales son aquellas que proceden de la sola equidad y tienen dos características:

- a. no dan acción para reclamar su cumplimiento en juicio;
- b. si se cumplen, dan derecho al acreedor para retener lo que se ha dado o pagado por ellas (*'soluti retentio'*) (art. 1445). Incluso el pago parcial de una obligación natural no transforma el resto adeudado en una obligación civil. Y las garantías de la obligación natural pueden ejecutarse (art. 1446).

El art. 1442 del CC menciona las obligaciones naturales, pronunciándose la posición mayoritaria por su taxatividad. No obstante, hay quienes entienden que, a la luz de lo establecido por el art. 1441, que indica que las obligaciones naturales proceden «de la sola equidad» resulta un concepto amplio que no permite ser reducido a estas hipótesis⁵³² taxativamente. Así, la norma señala que son tales:

- a. Las contraídas por personas, que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes: como los menores púberes no habilitados de edad.
- b. Las que procedan de actos o instrumentos nulos por falta de alguna solemnidad que la ley exige para su validez.⁵³³
- c. Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción.
- d. Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba o cuando el pleito se ha perdido por error o malicia del Juez.
- e. Las que derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos; pero a las cuales la ley por razones de utilidad general, les ha denegado toda acción, como las deudas de juego (artículo 2118 número 5°)

El pago por error de derecho cancela la obligación natural (art. 1314); además es imprescriptible, porque la prescripción comienza a correr desde que el crédito es exigible y aquella nunca lo es.

532 Carlos De Cores, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 197

533 En los casos de los numerales 1° y 2° en la medida que según la normativa que regula las nulidades, los actos realizados por los incapaces o los que no observan las solemnidades requeridas legalmente son nulos (relativa y absolutamente respectivamente), se armonizarían con la norma en análisis de entenderse que el ámbito de aplicación del art. 1442 se restringe a los casos en que el pago se haga con posterioridad a la sentencia que declara la nulidad. (Cfme. De Cores, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 198)

Protección legal a los acreedores

Concepto y diferenciación entre acreedores simples y privilegiados

El art. 2372 del CC sienta la regla general de que los bienes todos del deudor son la garantía común de sus acreedores.

Como señala Gamarra⁵³⁴ cuando la obligación deviene exigible el deudor deberá cumplir con su prestación y, en caso de no hacerlo, se configurará su incumplimiento, abriéndose la etapa de la responsabilidad. El derecho le otorga al acreedor una serie de mecanismos tendientes a satisfacer su crédito, permitiéndole obtener la prestación prometida, ya sea mediante la ejecución forzada específica o por equivalente en su caso.⁵³⁵

Para ello resulta esencial que existan bienes en el patrimonio del deudor en cantidad suficiente para poder hacer efectiva su responsabilidad frente al incumplimiento, en caso contrario, como señala Gamarra su responsabilidad patrimonial será puramente ilusoria lo que convertiría al art. 2372 del CC en letra muerta.

Con la finalidad de tutelar el derecho del acreedor el ordenamiento jurídico le proporciona determinadas acciones que le permitan evitar que la situación patrimonial del deudor varíe en su perjuicio y que en definitiva le impida hacer efectiva su responsabilidad patrimonial.

Sin perjuicio de lo expuesto corresponde diferenciar la situación de los acreedores denominados preferentes de aquellos simples o quirografarios.

Los primeros son titulares de un derecho real contra la cosa, lo que les permite satisfacer su derecho de crédito sin que pueda ser alterado por la enajenación del bien objeto del gravamen. Nos referimos a aquellos acreedores cuyo crédito se encuentra garantizado por hipoteca —en caso de bienes inmuebles— o prenda —en caso de bienes muebles—. Estos acreedores tienen asegurada su posibilidad de ejecución en caso de incumplimiento.

El acreedor con derecho real cobra su crédito con preferencia a todos los demás acreedores, si bien al igual que los acreedores personales, tiene como garantía general todo el patrimonio del deudor, es titular de una garantía especial al estar el patrimonio del deudor afectado al pago de su derecho antes que al de los demás acreedores.

Como señala Gamarra⁵³⁶

a través de la constitución de esta garantía específica, el patrimonio del deudor respecto de este acreedor, siempre contará con ese bien [...] Por más que su deudor enajene todos sus bienes (incluido el que está gravado) y se vuelva insolvente, este acreedor podrá siempre ejecutar el bien hipotecado (derecho de persecución, inherencia).

534 Gamarra, Jorge ob. cit. *Obligaciones...*, p. 231

535 Aspecto que se abordará en el Capítulo 13 de la cuarta parte de este manual «Incumplimiento de las Obligaciones.»

536 Gamarra en ob. cit. *Obligaciones...*, p. 242 in fine y 243.

Su derecho de preferencia, ínsito en tanto derecho real contra la cosa les permite la persecución del bien no importando su titularidad, y lograr en definitiva, hacer efectivo su crédito de forma prioritaria.

Los segundos si bien son titulares de un derecho de crédito, y se encuentran amparados por la garantía genérica prevista por el art. 2372 del CC, lo son en virtud de un derecho personal, que no cuenta con el *droit de suite*, por lo que la satisfacción de su crédito va a depender de la situación patrimonial del deudor.

En estos supuestos, frente a hipótesis en las que el deudor pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, el legislador ha arbitrado mecanismos que le permitan al acreedor lograr efectivamente el cobro de su crédito.

Estas acciones, como indica el referido autor⁵³⁷ no están dirigidas a obtener el cumplimiento de la obligación pactada, sino de evitar que el patrimonio del deudor varíe de forma tal que su pasivo sea superior a su activo y de esa forma en caso de incumplimiento su responsabilidad patrimonial no pueda ser efectivizada, denominándosele a esos institutos «tutela preventiva del crédito».

Acción subrogatoria

La acción subrogatoria, como señala Gamarra⁵³⁸

tiene por fin [...] vencer la inercia del deudor: los acreedores podrán, ocupando el lugar del deudor inactivo, ejercer todos los derechos y acciones de éste (1295), y de esa forma, o bien hacer que su producido ingrese en su patrimonio, o bien evitar su extinción o pérdida, para posteriormente efectivizar su responsabilidad patrimonial sobre ellos (2372) a través de las acciones predisuestas a ese fin.

Es decir que, mediante la acción subrogatoria la ley le confiere facultades al acreedor para que sustituya al deudor en el ejercicio de sus derechos, permitiéndole que en su nombre actúe contra sus propios deudores, posibilitando el ingreso a su patrimonio de los bienes que por su inercia no percibió. Al reintegrar el bien al patrimonio del deudor, el bien pasa a ser garantía de todos los acreedores.

Como lo indica el autor citado,⁵³⁹ existen dos momentos: cuando el acreedor se sustituye al deudor en el ejercicio de sus derechos y obtiene el ingreso de un bien a su patrimonio, nos encontramos dentro del campo de la acción subrogatoria, en tanto cuando actúa su propio derecho de crédito ejecutando el patrimonio del deudor constituye la consecuencia lógica de su ejercicio.

Con relación a su alcance, conforme lo establece el art. 1295 inc. 2°, pueden ser ejercidas por los acreedores todas las acciones del deudor de contenido patrimonial. Ello determina que quedan excluidas las relativas a los derechos de la personalidad (por ejemplo: estado civil de las personas), aún cuando puedan implicar por vía de consecuencia un contenido pecuniario, atendiendo a que no constituye su finalidad inmediata, así como los derechos inembargables.

537 Gamarra en ob. cit. *Obligaciones...*, p. 234

538 Gamarra, ob. cit. *Obligaciones...*, p. 261

539 Gamarra, ob. cit. *Obligaciones...*, p. 262

Condiciones para el ejercicio de la acción

- a. Existencia de un crédito, de un derecho en el patrimonio del deudor;
- b. El deudor debe ser negligente en el ejercicio de sus derechos;
- c. Los derechos deben tener naturaleza patrimonial;
- d. La inercia del deudor debe causar un perjuicio real contra el acreedor;
- e. Es necesario obtener previamente autorización judicial.⁵⁴⁰

Efectos

Como se señalara anteriormente esta acción permite al acreedor —en la medida que ejerce un derecho en sustitución de su deudor— preservar su patrimonio a través del ingreso de un bien del que era acreedor y no reclamaba por su situación de inercia. Luego, en una segunda etapa el acreedor podrá promover una acción ejecutiva que le permita embargar el bien y su posterior realización a fin de obtener la satisfacción de su crédito.

Ello puede llegar a implicar, atento a la naturaleza conservatoria de la acción que una vez ingresado el bien al patrimonio del deudor, en aplicación del art. 2372 del CC se beneficien todos los acreedores, resolviéndose, como señala Gamarra⁵⁴¹ o por las reglas de la ejecución individual (*prior in tempo potior in iure*) en función del orden de inscripción de los embargos, o bien por las de la colectiva (*par conditio creditorum*), en la cual los acreedores privilegiados percibirán en primer término el producido de la venta de los bienes del deudor.

Acción pauliana

Según Sturla⁵⁴² «el fundamento de la acción pauliana radica en la tutela del derecho de crédito, impidiendo la lesión fraudulenta a la garantía genérica que constituye el deudor conforme al art. 2372». Se encuentra regulada por el art. 1296 del CC es una acción que tiende a dejar sin efecto un acto ejecutado por el deudor en perjuicio del acreedor.⁵⁴³

Condiciones para el ejercicio de la acción

- a. El acreedor debe ser titular de un derecho de crédito anterior al acto impugnado;
- b. El deudor debe haber realizado un negocio de enajenación válido;
- c. Existencia de perjuicio para el acreedor, generando a consecuencia del negocio un aumento del pasivo respecto del activo determinando una disminución del patrimonio en el deudor;
- d. Existencia de fraude que consiste en el convencimiento por parte del enajenante que el negocio celebrado lo sitúa en una situación de insolvencia.⁵⁴⁴

540 *ADCU*, T. XXXI, C. 52, TAC 1°, p. 31

541 Gamarra en ob. cit., *Obligaciones...*, p. 277

542 Citado por Gamarra en ob. cit., *Obligaciones...*, p. 238.

543 El fundamento de la acción pauliana radica en la tutela del derecho de crédito impidiendo la lesión fraudulenta a la garantía genérica que constituye el patrimonio del deudor conforme con lo dispuesto en el art. 2372 CC (Cfm. Gamarra, *Estudios sobre obligaciones*, p. 132; Héctor Martín Sturla, *La acción pauliana y la jurisprudencia nacional*, *Anuario...*, T. X, vol. 2°, p. 155). TAC 1°. S. n.° 124. 1°.8.2001. Caso 6 (*ADCU*, T. XXXII, p. 10, Montevideo, FCU).

544 En el art. 1296 inciso 2° CC el fraude deriva del conocimiento de la insolvencia del deudor, no requiriéndose en los contratantes el ánimo de defraudar bastando que hayan tenido conciencia de que crear o aumentar la insolvencia del deudor como así lo ha señalado la jurisprudencia (Sent. n.° 152 del 2.9.1992 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, *Anuario...*, T. XXII, c. 20, p. 13; S. n.° 171 de 10.10.1995 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno en *Anuario...*, T. XXVI, C. 12, p. 11; S. n.° 235 del 19.11.1997 del

Efectos

Deja sin efecto la operación o enajenación realizada. Como señala el art. 1296: «Podrán los acreedores pedir a nombre propio que se rescindan o revoquen las enajenaciones otorgadas por el deudor con fraude y en perjuicio de ellos». Se revoca hasta la concurrencia del crédito, es decir que permita satisfacer el pago de la deuda y el resto subsiste, con perfecta validez.

Como señala acertadamente Gamarra⁵⁴⁵ armonizando el art. 1296 que limita a señalar que la enajenación se «revoca» con el inciso 2° del art. 1066 (que regula esta acción para el caso de que el deudor repudie una herencia) interesa particularmente destacar:

- a. que el acto se «rescinde» exclusivamente respecto de los acreedores que accionaron (lo que surge de la lectura conjunta de los dos incisos);
- b. que la «rescisión» se produce solo hasta el monto de los créditos de éstos y que en el «sobrante subsiste»; esto es, se trata (o puede tratarse) de una afectación parcial.⁵⁴⁶

Extinción

De acuerdo al inc. 4° del art. 1296 la acción pauliana «expira en un año contado desde que el acreedor o acreedores supieren la enajenación». Como señala Gamarra⁵⁴⁷ hay acuerdo en que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción, lo que surge de la propia expresión utilizada por el legislador.⁵⁴⁸ En el supuesto de enajenaciones inscribibles en el Registro el referido plazo se computa a partir de la fecha de la inscripción.⁵⁴⁹

Acción simulatoria

En el lenguaje corriente, indica Ferrara⁵⁵⁰ simular significa «hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe»; de acuerdo con su origen etimológico simular es hacer similar, dar aspecto o semejanza a lo no verdadero.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno en *Anuario...*, T. XXVIII, C. 12, p. 11). TAC 1°, S. n.° 124. 1.8.2001. Caso 7 (*ADCU*, T. XXXII, p. 10, Montevideo, FCU)

545 Gamarra en ob. cit. *Obligaciones...*, p. 256

546 Que, el Código Civil, al textualizar la norma, en el art. 1296, exprese que «Podrán también los acreedores pedir a nombre propio que se rescindan o revoquen las enajenaciones» no impide concluir que la naturaleza jurídica desde el punto de vista del derecho sustancial de la acción pauliana victoriosa, consiste en crear una situación jurídica de inoponibilidad de la enajenación al o a los acreedor/es exitosamente impugnantes, no operándose ni rescisión ni revocación de la misma. Como lo enseña, Díez-Picazo «En la práctica, y también en la teoría, es muy frecuente confundir las normas jurídicas con los textos y con las disposiciones legales... «La inoponibilidad que se predica como efecto de la acción pauliana, encuentra apoyatura fundante en el Código Civil uruguayo, porque, si bien el art. 1296 del mismo, no establece que la acción pauliana victoriosa solo favorece a los acreedores impugnantes, sí lo preceptúa a texto expreso, el inc. 2° del art. 1066». En este caso la repudiación no se rescinde sino a favor de los acreedores y hasta la concurrencia de sus créditos y en el sobrante subsiste» (Artículo 1296). La norma precitada, además de establecer a quien favorece y el límite cuantitativo, también contiene una remisión al art. 1296; el método de interpretación lógico sistemática (art. 20 Cod. Civil) conduce a tal conclusión. Así a través de los efectos, que el sistema del Código asigna a la acción pauliana, se constata que su naturaleza jurídica es crear una situación de inoponibilidad respecto al o a los acreedor/es impugnante/es (Efectos jurídicos entre partes y respecto a terceros de la acción pauliana victoriosa, Carlos Rubens Bordoli Etchamendi (en la versión impresa publicado en *ADCU*, T. XXXIII, pp. 491-500, FCU)

547 Gamarra en ob. cit., p. 259

548 *ADCU*, T. XXXI, C. 22 y 23, TAC 4°, TAC 6°, p. 17; C. 87, TAC 5°, p. 51

549 *ADCU*, T. XXXVII, C. 19, TAC 2°; nota al pie 37 autor y ob. cit, *Obligaciones...*, p. 260

550 Citado por Gamarra en ob. cit., *Tratado...*, T. II, p. 249

Doctrinariamente se ha analizado la esencia propia de la simulación entendiendo por tal la divergencia entre la voluntad (interna) y la declaración (su manifestación). La simulación se gesta en un acuerdo de voluntades, no obstante en el negocio simulado falta el consentimiento porque las partes no quieren el negocio ostensible, no tienen intención de obligarse y también falta la causa en la medida que quienes participan de la simulación utilizan un negocio en el que no se realizan sus funciones típicas sino solamente para encubrir el negocio querido (oculto). Tanto en uno u otro supuesto ante ausencia de consentimiento o de causa cabe concluir que el negocio simulado resulta absolutamente nulo.

Son elementos de la simulación el *acuerdo simulatorio* que consiste en el concierto para realizar un acto aparente, cuyos efectos se modifican o restringen por otro acto o contrato y el *negocio simulado* es el que concretan las partes para crear la situación aparente y contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto en los supuestos de simulación absoluta o resulta distinto de cómo aparece en caso de simulación relativa.

Existen, no obstante los enunciados otros elementos que doctrinariamente se califican como externos o contingentes, a saber: el *contradocumento*, que tiene por función probar el acuerdo simulatorio⁵⁵¹, y a través de ello la simulación misma, y la *causa simulandi*, elemento que adquiere trascendencia como prueba de la simulación.⁵⁵²

Simulación absoluta

Las partes realizan un negocio ostensible que no tiende a modificar la situación jurídica preexistente, la que es puesta de manifiesto a través de los contradocumentos otorgados entre los contrayentes. (enajenación simulada de un bien). Es decir, los simulantes se proponen únicamente crear la apariencia de un contrato, pero no tienen intención de contratar. La modificación del estado jurídico es insincera, creando una apariencia engañosa para los terceros.

551 «De admitirse que a los simulantes, partícipes del acuerdo simulatorio y de la ficción del contrato simulado, le es admisible utilizar todos los medios probatorios para acreditar esa situación con sustento en la previsión del art. 1605 CC (Gamarra, *Tratado...*, T. XIII, pp. 105, 110-115; Blengio, *Anuario...*, T. XVI, p. 270; Alonso de Marco, *Anuario...*, T. XX, p. 230) cuya valoración no puede realizarse con rigorismo severo ni con flexibilidad excesiva (véase ampliamente Sentencias de la Sala n.º 141/97, 123 y 182/01), se concluye que valorado el cúmulo probatorio incorporado en los criterios de unidad y racionalidad de aplicación (art. 140 CGP) el fenómeno simulatorio invocado no puede entenderse probado. Desde otro ángulo, de sostenerse que no pueden los simulantes invocar el propio fraude o dolo y beneficiarse con la liberalización probatoria que acuerda el art. 1605 CC con la consecuencia de que la prueba, que por el “acuerdo” simulatorio se creó la ficción de un contrato simulado, no escapa a las previsiones de los arts. 1594 a 1597, y 1605 CC, y solamente se puede probar el “acuerdo” simulatorio por sus autores mediante prueba escrita o confesión (con las excepciones previstas en los arts. 1598, 1599, 1660, 1678, 2171 CC), como expresa Carnelli (*Anuario...*, T. XXXI, p. 898 y siguientes), la conclusión pronunciada no puede modificarse, porque se comprueba que para el caso no existe prueba escrita ni puede sostenerse haya admisión de hechos favorables a su interés (art. 153 CGP), ni se han invocado ni acreditado los supuestos que permiten salvar la restricción probatoria de mención (Carnelli, ob. cit., p. cit.). Asimismo: TAC 4.º, S. n.º 48. 20.3.2002. C. 913-ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 440)

552 «La causa simulandi no solo es generalmente la prueba más valiosa de la simulación sino por ello incluso la base de la actividad probatoria de quien lo afirma y de quien la niega en el juicio y el propósito de perjudicar no solo legítima el accionamiento del acreedor toda vez que el fraude tenga por motivación y proyectado efecto el frustrar el crédito sino que además es característica prácticamente constante de esta modalidad del engaño». Enseña Gamarra (*Tratado*, T. XIII, 1999, p. 16 y siguientes): «El propósito de la simulación es siempre el engaño: defraudar al Fisco o a los acreedores, perjudicar el derecho de los herederos forzosos, burlar la ley, eliminando prohibiciones (como las que impiden por ejemplo las donaciones entre cónyuges), hacer pasar por capaz a un sujeto incapaz (posdatando un contrato), etcétera. Pero también la simulación puede perseguir un propósito que resulte por completo ajeno al fraude; se cita los casos de simulación *ad pompam*». TAC Civ. 3.º, S. n.º 147. 7.9.2001 y n.º 173. 4.9.2002. (C. 1039, ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 520 y C. 915 ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 440)

Simulación relativa

Existe una modificación en la situación jurídica preexistente, pero el negocio real y querido no es el aparente. Esto es, el negocio simulado oculta otro negocio querido por las partes (disimulado), es decir que oculta una relación contractual diversa. (ejemplo: en realidad se realizó una donación que documentalmente es una compraventa con la finalidad de que el negocio no sea atacado como una donación inoficiosa).

La simulación relativa, a su vez permite subclasificarse en:

Simulación relativa objetiva⁵⁵³

*En la naturaleza del contrato.*⁵⁵⁴ Si bien como se señalaba anteriormente la simulación relativa más común es la que se utiliza con la finalidad de ocultar la existencia de una liberalidad, existen casos en los cuales se simula una enajenación cuando en realidad se está otorgando un préstamo donde el precio coincide con la suma prestada.⁵⁵⁵

En los elementos del contrato. Tiene como finalidad evadir, principalmente obligaciones de índole tributario, por ejemplo se disminuye el precio para abatir el monto imponible, o se altera la fecha del negocio con la finalidad de que quede al abrigo de determinadas situaciones que se generaron con posterioridad.

Simulación relativa subjetiva

Por interposición de personas. En este caso se simula el sujeto que es parte en el contrato —testaferro— que no forma parte en la contratación, ocultando al verdadero interesado. Generalmente se utiliza esta forma de simulación para eludir prohibiciones legales, como por ejemplo las referidas a las enajenaciones entre padres e hijos sometidos a patria potestad, entre tutores y pupilos o entre cónyuges por ausencia de legitimación receptiva, que son sancionadas con nulidad (art. 1675 CC).

Régimen de la simulación relativa

Como señala Gamarra⁵⁵⁶ cuando se declara la nulidad del negocio simulado, la reconstrucción del negocio oculto debe realizarse integralmente, corresponde extraer del negocio ostensible los elementos que permitan la individualización del efectivamente querido por las partes, para luego poder someterlo al régimen jurídico respectivo. (por ejemplo, en el caso analizado si se realizó un negocio simulado de compraventa con la finalidad de encubrir una

553 Como dice el maestro Gamarra (*Tratado...*, T. XIII, pp. 59, 95-96) a diferencia de lo que sucede en la simulación absoluta, donde los simulantes se proponen crear únicamente una apariencia de negocio (negocio simulado) sin que exista otra cosa por debajo del negocio insincero, en la simulación relativa, en cambio, el negocio simulado sirve para ocultar otro negocio que es real y querido por las partes (el negocio disimulado). TAC 2°, S. n.º 203. 12.9.2001. C. 1040 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 520)

554 ADCU T. XXXI, C. 1136 TAC 5°, p. 509: «Se configura en la especie una hipótesis de simulación relativa objetiva, por cuanto habiendo celebrado un contrato de compraventa, en que resulta probado que no se pagó el precio pero sí se efectuó la transferencia del dominio, el adquirente lo recibió no por título de compraventa, sino por título de donación.», TAF 1°, ob. cit. C. 1137 p. 509: «Estando probado que se configuró una simulación relativa objetiva, habida cuenta que la voluntad real, el negocio querido, fue una donación, el negocio aparente o simulado de compraventa carece de consentimiento y de causa, elementos cuya ausencia determinan la nulidad absoluta de la referida compraventa» (arts. 1261 y 1560 CC)

555 La jurisprudencia, siguiendo a Blengio sostiene que el disimulado es un negocio absolutamente nulo por fraude a la ley. ADCU, T. XXXVI, 1061 citado por Gamarra en p. de p. n.º 25, en ob. cit. *Tratado...*, T. II, p. 263

556 Gamarra, ob. cit., *Tratado...*, T. II, p. 262

donación prohibida por el ordenamiento jurídico (art. 1626) el régimen jurídico a aplicar a ese contrato será el de las donaciones inoficiosas)

Efectos

En cuanto a las *relaciones internas* rige el acuerdo simulatorio, prevaleciendo la valoración subjetiva —entre las partes simulantes— en tanto el art. 1580 establece que los contradocumentos surten efectos entre los contrayentes.

En la simulación absoluta, la posición de las partes permanece incambiada en la medida que lo único que hay es un negocio simulado por mera apariencia.

En la simulación relativa, como se señalara *ut supra*, se declara la nulidad del negocio simulado, e identificado el negocio disimulado y analizado en cuanto a sus elementos, se determina si registrará o no las relaciones entre las partes.

En las *relaciones externas* si el bien es adquirido por un tercero que desconoce el acuerdo simulatorio —y por ende no les es oponible—, respecto al negocio que aparece ante ellos como real y que reúne los requisitos de validez, prima la valoración objetiva, pudiendo considerar el negocio simulado como si fuera válido, según el alcance del art. 1580 del CC que establece que el acuerdo simulatorio no puede perjudicar a los terceros.⁵⁵⁷

Prueba de la simulación

Con relación a los terceros, hay acuerdo en doctrina en que pueden recurrir a cualquier medio de prueba sin limitaciones de especie alguna, lo que está previsto por el art. 1596 del CC.

Respecto de las partes se discute el alcance de esta norma en tanto atendiendo a su tenor literal, las partes necesitan el contradocumento para poder probar la simulación, no pudiendo recurrir a otros géneros probatorios como la testimonial ni la indiciaria, que es de regla en esta materia. No obstante, la doctrina mayoritaria actualmente citada por Gamarra, atendiendo al contenido del art. 1605 que permite probar por presunciones cuando el acto sea atacado por fraude o dolo, habilitaría a recurrir a la prueba indiciaria.⁵⁵⁸

557 Enseña Gamarra (*Tratado ...*, T. XIII, pp. 106-109) que la simulación es inoponible a los terceros de buena fe, que alude, como sostiene Betti, a un estado de conciencia consistente en ignorar el acuerdo simulado y querer por tanto en la plena eficacia vinculante al negocio simulado. «Es un negocio absolutamente nulo pero que puede servir de título hábil para adquirir en mérito a que el acuerdo simulatorio que permitiría probar esa nulidad no es invocable frente al tercero. Como consecuencia de esa inoponibilidad el negocio simulado (que aparece como válido) es considerado como si en realidad fuera válido respecto al tercero causahabiente». Esa eficacia, sostiene Mosset Iturraspe (*Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, T. I, p. 24, citado en Sentencia de la Sala n.º 66/99) deriva de la aplicación del principio de buena fe con base a la confianza que subsiste en la apariencia. La buena fe alude aquí a un estado de inconsciencia consistente en ignorar el acuerdo simulatorio y querer, por lo tanto, la plena eficacia vinculante al negocio simulado. Ninguna prueba existe en autos que conduzca a suponer que el cesionario conocía los entretelones que, en la versión del demandado habría precedido el otorgamiento de la promesa de enajenación el 15.10.93, y, además, del texto del documento no surgen hechos relevantes que pudieran ser esgrimidos como indicio de fundabilidad al conocimiento por parte del cesionario de la simulación al menos parcial del negocio mencionado. TAC 5.º S. n.º 35. 7.3.2001. C. 1050 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 524).

558 Gamarra, ob. cit., *Tratado...*, T. II, p. 280

Las pruebas presuncionales o indiciarias⁵⁵⁹ acreditan una serie de hechos —conocidos— por medio de un razonamiento lógico que exige la aplicación de determinadas reglas, que permite arribar a una conclusión que se tiene por cierta (hecho desconocido)⁵⁶⁰.

Los principales indicios de simulación consisten en: a) relación de afecto, amistad, parentesco, b) situación económica del adquirente, c) naturaleza y cuantía de los bienes, d) falta de ejecución del contrato, indicándose como otros —sin perjuicio de no agotar la nómina— la falta de extracción de los certificados de los registros públicos, el precio vil, o la estipulación de que el precio fue entregado con anterioridad al acto.⁵⁶¹

Diferencias entre la acción subrogatoria y la acción pauliana

- a. Para ejercitar la acción pauliana se requiere que el deudor haya realizado un negocio de enajenación válido. En cambio, para que el acreedor ejercite la acción subrogatoria, se requiere que el deudor haya adoptado una actitud de inercia, no ejercitando sus derechos y corriendo el riesgo de la prescripción.
- b. La acción pauliana se ejercita respecto de bienes que estuvieron en el patrimonio del deudor, en tanto que la acción subrogatoria puede suponer un bien que nunca estuvo en el patrimonio del deudor.
- c. En la acción pauliana el acreedor acciona en nombre propio, en tanto que en la acción subrogatoria el acreedor acciona en nombre del deudor.

559 Objeto de análisis en el capítulo 16 de la cuarta parte de este manual «Prueba de las Obligaciones»

560 El Tribunal tiene firmemente decidido que en el plano probatorio a considerar en materia simulatoria posee fundamental gravitación la conducta endoprocesal de las partes que se erige de esta forma en argumento de prueba (artículo 139.2 CGP) y que habrá de venir, eventualmente, a apuntalar o enderezar el esfuerzo o fatiga probatoria del contrario. En tal sentido acuden a formar el convencimiento judicial: la ausencia de precisión; la reticencia; el laconismo, parquedad; la ambigüedad; las deficiencias, falencias y omisiones; la pasividad; la ocultación, etcétera, con la limitación dada por las circunstancias de que tal proceder se impute al sujeto —parte que se allane y en condiciones de alegar y arrimar elementos de prueba dada su participación directa en los hechos y su proximidad con los medios tendientes a acreditarla. TAC 3°, S. n.º 68. 27.5.2002. C. 912 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 439).

561 «Dichos indicios se verifican en la *conjunction sanguinis*, el precio vil y en especial la inejecución de los negocios traslativos. Otro indicio es el poder otorgado por los adquirentes a los enajenantes de las compraventas impugnadas y que se confiere en forma “amplia sin limitaciones ni reservas de especie alguna”, a fin de asegurarse los padres vendedores la disponibilidad de administración total de los bienes no dependiendo para nada de sus hijos (compradores) lo que da un marcado valor de “contradocumento”. También puede señalarse que como indicio de la simulación que los enajenantes se desprendían simultáneamente de la totalidad del patrimonio inmueble sin motivo razonable para ello». TAC 1°. S. n.º 62. 10.6.2002. C. 906 (ADCU, T. XXXIII, p. 435, Montevideo, FCU)

Diferencias entre la acción pauliana y la acción simulatoria

- a. En la simulación existe una venta aparente de un bien que pertenecía al patrimonio del deudor. (generalmente hay un contradocumento). En tanto que para el ejercicio de la acción pauliana se requiere que haya existido una venta real.
- b. En la simulación la realidad demuestra que no existió una verdadera enajenación al no generarse el fenómeno de cambio que corresponde a la función del negocio celebrado, en tanto que mediante la acción pauliana se ataca un negocio válido que produce la transferencia del bien.
- c. En cuanto a los efectos: La acción pauliana rescinde el acto hasta el monto del crédito del acreedor, pudiendo tratarse de una afectación parcial, en tanto que en la simulatoria se declara la nulidad absoluta del negocio simulado.
- d. Para ejercer la acción pauliana se requiere justificar el perjuicio del acreedor (fundado en la situación de insolvencia), en la acción simulatoria procede acreditar la configuración de sus elementos constitutivos.

Incumplimiento de las obligaciones

Ejecución forzada específica y por equivalente

Los efectos de los contratos es producir obligaciones, como surge del art. 1247 del CC, así como los efectos de las obligaciones es crear un vínculo jurídico, un derecho que se le confiere al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento íntegro, oportuno y efectivo de la obligación y al deudor que debe dar cumplimiento a la obligación contraída.

Como señala Gamarra⁵⁶² en toda obligación existe un imperativo: necesariamente está destinada a cumplirse. En las obligaciones de origen contractual este aspecto se destaca con el principio de la fuerza vinculante (art. 1291). La situación normal pertenece al ámbito del cumplimiento o ejecución de la obligación, esto es cuando el deudor se ajusta al imperativo señalado.

El segundo aspecto se origina en el incumplimiento, en el que es necesario que el interés del acreedor obtenga su satisfacción aún en caso de que el deudor no realice voluntariamente la prestación (art. 1341), debiendo tener siempre presente el art. 2372 que sienta el gran principio de la responsabilidad patrimonial del deudor. Continúa el referido autor señalando que en esta última esfera se habla de ejecución forzada por oposición al cumplimiento, que supone la ejecución voluntaria de la obligación. Tal denominación surge de que, ante la resistencia del deudor, el acreedor tiene el derecho de recurrir a los órganos del Poder Judicial que le suministrarán la «fuerza» que permitirá satisfacer el derecho del acreedor aún contra la voluntad del deudor incumplidor. Frente al incumplimiento del obligado el acreedor se encuentra facultado, ejercitando la opción que le proporciona el art. 1431 del CC a: «obligar a la otra parte a la ejecución de la convención, cuando es posible, o pedir la resolución con daños y perjuicios».

La denominada «condición resolutoria implícita»

A pesar de la textualidad normativa, el art. 1431 CC lejos se encuentra de contener una condición resolutoria, principalmente porque las condiciones son elementos accidentales de los negocios jurídicos, que dependen enteramente de la volición particular y además su cumplimiento produce sus efectos automáticamente, esto es, de pleno derecho, ipso iure.

En tanto, la situación que prevé el precepto se encuentra en todo contrato bilateral, con independencia de la voluntad de las partes y cuando ocurre el incumplimiento no se resuelve de pleno derecho el contrato, ya que el acreedor goza de una opción para reclamar el cumplimiento del contrato o su resolución y en cualquier caso, su elección debe manifestarla ante el órgano judicial.

562 Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XVII Responsabilidad contractual, vol. 1, 2ª. Ed. 1992, p. 55 y ss.

El art. 1431, frente al incumplimiento del deudor en un contrato bilateral o sinalagmático, prevé un derecho potestativo para el acreedor y le abre dos vías:

a. pedir la ejecución coactiva de la obligación. La ejecución forzada puede asumir dos formas:

- Ejecución específica, directa, en natura o *manu militari*, en la cual el acreedor obtiene la misma pretensión a que se resistía el deudor, esto es, la misma cosa reclamada;
- Ejecución por equivalente; opera en aquellos casos en que es imposible obtener la ejecución de lo efectivamente debido, *v. gr.* por destrucción de la cosa o porque se trata de un hacer infungible y solo lo puede realizar el deudor. En este caso, la consecuencia es que el deudor deberá pagar una suma de dinero que compense el valor de la prestación debida y los daños y perjuicios que sufrió.

A pesar de que el art. 1431 no lo dice expresamente, de los arts. 1341 y 1342 resulta que el acreedor también tiene en este supuesto la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que le causa el incumplimiento. Pero es preciso distinguir:

- si se pide la ejecución específica, los únicos perjuicios a reclamar serán los perjuicios moratorios o por cumplimiento tardío (art. 1341, inc. 2°);
- si se pide la ejecución por equivalente se pueden reclamar tanto los perjuicios moratorios como los compensatorios: los primeros porque la satisfacción del acreedor se produce con atraso y los segundos, porque no se satisface su interés con el mismo bien que habría obtenido en caso de cumplimiento.

b. la resolución del contrato más los daños y perjuicios causados. El monto de estos se determina por el daño (esto es, daño emergente y lucro cesante) que causa al acreedor el incumplimiento del contrato por culpa del deudor; *v. gr.* tener que comprar la cosa debida a mayor precio u otra de menor calidad en su lugar. Esta opción, a diferencia de la anterior, provoca como contrapartida que el acreedor también se libere de su obligación; de manera que, si ya cumplió tiene derecho a recuperar lo dado.

Como señala Gamarra⁵⁶³ el principio de la resolución del contrato por incumplimiento tiene carácter general, comprende incluso a los contratos unilaterales onerosos (la renta vitalicia p. ej.) como a los unilaterales gratuitos (la donación modal y el comodato p. ej.), cuya resolución se rige por las normas especiales establecidas en la regulación de cada negocio por el Código Civil, a saber: art. 1632, para las donaciones modales; 2190, para la renta vitalicia; 2220, para el comodato; 2280, para el mandato; 2249, para el depósito; 2303, para la prenda.

563 Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVII vol. 1. p. 51

Plazo de gracia

Previsto en el art. 1431, inc. 3°. Como expresa Gamarra⁵⁶⁴, en razón de que el contrato es ley para las partes (art. 1291), la intervención del juez modificando uno de sus elementos (el plazo) es netamente excepcional y tiene que interpretarse restrictivamente.⁵⁶⁵

La figura es una facultad judicial por la cual el órgano interviniente confiere un plazo de gracia al deudor para cumplir lo debido, limitando de esa manera el derecho potestativo que el art. 1431 atribuye al acreedor.

Solo se concibe otorgarlo cuando el cumplimiento tardío es posible.

Las circunstancias que tiene que tomar en cuenta el juez para su determinación son enumerativamente las siguientes:

- a. el daño que sufre el acreedor es escaso respecto a la gravedad del que se le ocasiona al deudor si se admite la resolución del contrato;
- b. la actuación del deudor conforme al principio de buena fe;
- c. el incumplimiento leve; *v. gr.* porque se trata de un atraso de poco tiempo;
- d. el haber cumplido con otras obligaciones asumidas en el contrato.

En suma, se trata de una potestad del juez, que posibilita el cumplimiento que el deudor (por sí sólo) no puede realizar.

Excepción de contrato no cumplido

Como se señalara al analizar el art. 1431, en los contratos bilaterales, el incumplimiento de una parte faculta a la otra para accionar judicialmente y solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato.⁵⁶⁶

La *exceptio non adimpleti contractus* es una defensa (excepción) que consiste en un derecho potestativo de resistir la demanda de cumplimiento si el co-contratante no cumple o demuestra que está pronto para cumplir a su vez con su obligación: no cumplo si tú no cumples.⁵⁶⁷

564 Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVII, vol. 1 p. 127

565 «El plazo de gracia es una facultad judicial genérica y excepcional basada en los principios de justicia y equidad que el inciso 3° del art. 1431 CC autoriza a ejercer al Juez “según las circunstancias”. Las expresiones limitan los poderes del Juez en lo referente a la concesión del plazo de gracia como se entiende pacíficamente en doctrina y jurisprudencia» (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. XVII, 2ª edición, p. 127 y ss). Agregando que se admite en general la concesión del plazo de gracia cuando el incumplimiento es leve, el deudor ha procedido de buena fe y se causa muy escaso perjuicio al acreedor evitándose el mayor daño con la resolución del contrato (Sentencias de la Sede 75/96, 128/97 y 16/98 entre otras). TAC 4°, S. n.º 213. 28.II.2001. (Caso 42, ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 26)

566 «El fundamento de la excepción de contrato no cumplido consiste en el derecho potestativo de resistir la pretensión actora en un contrato bilateral donde se pactaron obligaciones corresponsivas o interdependientes si el adversario no cumple las suyas o demuestra que está dispuesto a hacerlo (“No cumplo si tu no cumples»), causa de justificación que legitimaría al propio incumplimiento o la resistencia a hacerlo» (Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, p. 91/97). Su finalidad tiende a lograr el mantenimiento del contrato individual contendiente que solo podrá obtener la prestación que corresponde al excepcionante si a su vez cumple con su respectiva obligación. Pero además es de su esencia su ajuste al principio de buena fe, en torno a la cual debe analizarse el comportamiento de los otorgantes en la ejecución del contrato. TAC 7°, S. n.º 46. 8.4.2002. C. 315 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 126).

567 Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XVIII Responsabilidad contractual, Vol. 2, tercera edición, Montevideo, FCU, 1992, p. 93 y ss..

Presupuestos⁵⁶⁸

- a. que se trate de un contrato bilateral;
- b. que la contraparte no haya cumplido con su obligación recíproca o interdependiente⁵⁶⁹;
- c. que el contrato no imponga al excepcionante el deber de cumplir en primer término;
- d. que la excepción se ajuste al principio de la buena fe.

Prueba y extinción

- a. El excepcionante sólo tiene que probar su crédito recíproco contra el demandante⁵⁷⁰.
- b. Al demandante incumbe acreditar que su obligación fue cumplida o que está pronto para cumplir, lo que destruye la excepción.
- c. Se extingue la defensa cuando se extingue el crédito del excepcionante contra el requirente.
- d. Se extingue por renuncia al ser un derecho potestativo del demandado.
- e. Su deducción no interrumpe la prescripción de los créditos de ambos que continúa corriendo normalmente.⁵⁷¹

Concepto de incumplimiento

La responsabilidad contractual se configura en caso de incumplimiento de obligaciones de origen contractual. El Código Civil carece de una sección que lo regule en forma orgánica y sistemática, siendo los principales preceptos vinculados al tema los arts. 1341 a 1348, que también se aplican a la violación de obligaciones con fuente en la ley o en el cuasicontrato, y fundamentalmente el art. 1431 que ya se analizara.

El incumplimiento es un hecho ilícito que se verifica cuando el deudor no realiza la prestación en la forma debida, por lo que reacciona el ordenamiento obligándole a reparar los daños causados. Como resulta del art. 1342, el deudor que incumple, salvo que exista causa que no le sea imputable, debe resarcir los daños que causó como consecuencia de su ilícito.

Para que haya cumplimiento, el deudor debe ejecutar su obligación en forma exacta y puntual.

De forma que, hay incumplimiento cuando:

- a. la prestación no se realiza; configurando incumplimiento *absoluto o definitivo* en tanto la prestación ya no puede tener lugar, o el acreedor carece de interés en la misma⁵⁷² (*gr.* el vendedor debía entregar un automóvil determinado y se lo vendió a un tercero);

568 ADCU, T. XXXI C. 415, SCJ p. 185; Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, 1977, p. 97

569 Si bien es cierto que en el derecho nacional el instituto de la *non rite adimpleti contractus* aparece huérfano de una regulación general específica, no lo es menos que es de recibo unánime por doctrina (y jurisprudencia como destacó el similar de 7° turno en su Sentencia n.° 8/92 en *Anuario...*, T. XVIII, p. 30 C. 80) «fundándose en elementales razones jurídicas y en principios generales como el de igualdad entre los contratantes y el de buena fe. Con todo es posible afirmar que la ausencia de norma positiva no es total apareciendo particularmente conectadas con la excepción de contrato no cumplido, disposiciones como las contenidas en los artículos 1431, 1688, 1728 y 1735 CC; y de aplicación al caso» (Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, p. 92/94). TAC 1°, S. n.° 102. 24.7.2002. caso 316 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 126)

570 «La excepción de contrato no cumplido puede funcionar en dos modalidades diferentes: a) por la vía de hecho, como simple negativa de cumplir; y b) como excepción en la vía procesal cuando la parte incumplidora reclama sobre ese cumplimiento (De Cores, *Anuario...*, T. XI, p. 131 y ss). TAC 4°, S. n.° 66, 10.4.2002. C. 319 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 127)

571 Cfm. Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVIII, Vol. 2, p. 110 y ss.

572 Cfm. TAC 4° y 7° ADCU, T. XXXI, 497, y 498 pp. 216 y 217

- b. la prestación se realiza de manera imperfecta; (*v. gr.* cuando pretende efectuar un pago parcial —art. 1459—, se entrega una cosa distinta a la debida —art. 1458—, de otra calidad o con defectos —art. 1848—);
- c. la prestación se realiza con atraso o demora: son hipótesis de cumplimiento tardío de la obligación o retardo en el cumplimiento, cuando el cumplimiento todavía es posible, y el deudor no cumple en el momento debido.

De allí la estructura del art. 1342, que califica como «falta de cumplimiento» la referida al incumplimiento definitivo, y de «demora en la ejecución» al cumplimiento tardío. Gamarra⁵⁷³ señala que en un plano exclusivamente dogmático, el retraso debe calificarse también como incumplimiento, pero en el derecho positivo uruguayo, para su configuración se requiere la puesta en mora del deudor.

Respecto del cumplimiento inexacto —elaborado más recientemente en doctrina— existen tres remedios para el acreedor, a saber: la resolución del contrato, la rectificación de la prestación inexacta y la reducción de la contraprestación (arts. 1459). Mencionando el referido autor la suspensión temporal de la contraprestación acordada al acreedor cuando tiene lugar una imposibilidad parcial superviniente de carácter transitorio.

Causas de incumplimiento

- a. Voluntario (art. 1342).
- b. Involuntario (art. 1343).

El incumplimiento voluntario es debido a dolo, culpa o dificultad superable y por ende, procede el resarcimiento de daños y perjuicios; en tanto, el incumplimiento involuntario es fortuito, no imputable al deudor y por consiguiente opera como eximente de responsabilidad y no se deben daños y perjuicios (art. 1549).

La Mora

Como se señalara *ut supra*, en el Derecho uruguayo, el mero retardo no constituye incumplimiento, puesto que para que exista éste se requiere la puesta en mora del deudor. La mora es el elemento que vuelve ilícito el retardo y tipifica el incumplimiento, conforme lo dispone el art. 1341.⁵⁷⁴

El retardo comienza cuando la obligación se hace exigible. Para que ese retardo o atraso se transforme en mora es preciso que el deudor sea constituido en mora por alguno de los medios enumerados por el art. 1336 del CC.

Para que la constitución en mora sea procedente es preciso que el crédito sea *cierto* (esto es, que exista), *exigible* (cuando el acreedor tiene derecho a reclamar su cumplimiento, esto es, ha transcurrido el plazo acordado) y *líquido* (es decir, que no exista incertidumbre respecto a su monto).

573 Gamarra, ob. cit., *Tratado...*, T. XVII, Vol. 1, p. 71

574 «De manera que... no habiéndose estipulado en el contrato de autos la mora automática, ni habiéndose provocado la constitución en mora de la demandada por ninguno de los medios previstos por el art. 1336 CC, corresponde concluir en la ausencia de un presupuesto material de amparo del accionamiento resarcitorio incoado en la especie conforme con la previsión del art. 1341 inciso 1° CC dada la falta de configuración de incumplimiento legalmente relevante imputable a la demandada» (*Anuario...*, T. 17, p. 87, c. 578). TAC 1°, S. n.º 8. 18.2.2002. C. 555; *ADCU*, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 250)

La constitución en mora no procede en:

- a. las obligaciones naturales, porque no son exigibles judicialmente;
- b. las obligaciones de no hacer (art. 1340), dado que en ellas no se concibe el retardo;
- c. las obligaciones que nacen de la responsabilidad extracontractual, dado que la deuda carece de liquidez.

Formas de constitución en mora

Se encuentran reguladas por el art. 1336 CC.

Mora por interpelación

Manifestación de voluntad solemne y recepticia por la que el acreedor reclama al deudor el pago de lo debido.

Puede ser únicamente judicial o extrajudicial, a través de acta notarial. En el primer caso procede mediante intimación o citación a conciliación, mientras que también se puede realizar mediante intimación de la protesta de daños y perjuicios instrumentándola en acta notarial, como en el caso del protesto.

La interpelación exterioriza la voluntad del acreedor de no soportar más la demora en cumplir la obligación asumida por su deudor, pero no precluye la posibilidad de un cumplimiento tardío. Constituida la mora, el deudor queda obligado a resarcir todos los perjuicios que el atraso le ocasione al acreedor.

Por lo expuesto, es posible ver la existencia de tres etapas en la vida de la relación obligacional.⁵⁷⁵

- a. Situación de inexigibilidad. Pendiente el plazo, la obligación asumida por el deudor existe, pero no se puede reclamar su cumplimiento;
- b. Retardo simple. Vencido el plazo, la obligación es exigible por parte del acreedor, pero hasta que este no la exija, hay un plazo de tolerancia, en la cual la única indemnización a que tiene derecho el acreedor es a los daños que sufra como consecuencia de la desvalorización monetaria;
- c. Retardo calificado o caída en mora. El deudor queda obligado a indemnizar cualquier perjuicio que sufra el acreedor. En doctrina⁵⁷⁶ se discute si la demanda es hábil para constituir en mora al deudor.⁵⁷⁷ En función de ello se distingue: la demanda puede ser considerada formalmente como una interpelación judicial, y en tal sentido valer como modo de constitución en mora en caso de que el acreedor reclame el cumplimiento del contrato⁵⁷⁸. En cambio, la demanda de resolución, no es de interpelación por

575 Cfme. Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVII, vol. 1, pp. 105-106

576 Cfme. Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVII, vol. 1, p. 113 y ss.

577 «Habiendo la actora presentado la demanda de cumplimiento de contrato, vencido el plazo de gracia contractualmente acordado, la intimación efectuada extemporáneamente resulta irrelevante y ello porque ha sostenido doctrina y jurisprudencia constantes que la demanda de cumplimiento de la obligación insatisfecha es también un medio idóneo para constituir en mora al deudor» (Cfm. Gamarra, Responsabilidad contractual, T. 1, 1ª edición 1996, p. 192; Anuario, T. XXVII, c. 454, p. 162; T. XXVIII, c. 500, p. 180; T. XXX, c. 533, pp. 193-194, para solo citar la jurisprudencia más reciente sobre el punto). TAC 6°, S. n.º 120. 5.9.2001. C. 526 (ADCU, T. XXXII, p. 245, FCU)

578 ADCU, T. XXXI, C. 562 y 563, SCJ, TAC 1° p. 246

motivos sustanciales y no formales, ya que no se intima al deudor para que cumpla con su prestación, en función de lo cual no resulta idónea para constituir en mora.^{579, 580}

Mora por la naturaleza de la convención

Se trata de supuestos de plazo esencial, es decir, de caso en los cuales la obligación asumida solo podía ser cumplida dentro de ciertos márgenes temporales y no es admisible fuera de ellos.⁵⁸¹

V. *gr.* el servicio de confitería para una fiesta, el vestido de novia para un matrimonio religioso, etcétera.

Como consecuencia:

- a. Los daños y perjuicios se deben sin necesidad de que el acreedor intime el cumplimiento al deudor;
- b. El cumplimiento tardío no siempre es imposible, sólo podrá verificarse cuando el acreedor lo reclame. En los casos excepcionales donde el cumplimiento tardío es imposible, la especie no pertenece ya a la mora (incumplimiento temporal), sino que corresponde al incumplimiento definitivo.⁵⁸²

Mora automática⁵⁸³

Se trata de una especie de mora que se origina por una cláusula del contrato, por la cual se establece que el deudor cae en mora por el mero vencimiento de los plazos, sin necesidad de interpelación.⁵⁸⁴

579 «La Corporación —en su actual integración— considera que la demanda resolución no sirve para constituir en mora (conforme recientemente S. n.º 397/00). El Profesor Gamarra en su obra *Responsabilidad Contractual I, El incumplimiento*, 1996, p. 170, analiza concretamente los fundamentos de la sentencia invocada por el recurrente de la Suprema Corte de Justicia en sentido conteste con su posición de que la resolución no requiere la mora previa, efectuando consideraciones a las que cabe remitirse por su contundencia y por la autoridad científica del autor.» SCJ S. n.º 99. 22.06.2001. C. 530 (*ADCU*, T. XXXII, p. 245, Montevideo, FCU)

580 Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia. Por ejemplo en Sentencia n.º 397/00 dijo: «si bien la demanda de resolución no puede equipararse a la intimación previa en mora porque [...] no se invita al deudor a que cumpla con su obligación, la demanda de cumplimiento puede tener ese significado» (*Anuario...*, T. XXXI, C. 562; en el mismo sentido Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.º Turno Sentencia n.º 38/00 ob. cit. 563; T. XXX, C. 533 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3.º Turno Sentencia n.º 136/99; T. XXVIII, c. 500 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4.º Turno Sentencia n.º 50/97); Gamarra ha reafirmado esa solución en obra posterior a su Tratado expresando: «No hay duda (y nadie discute el punto) que la demanda por la cual el acreedor reclama el cumplimiento es una intimación que pone en mora al deudor» (para mayor desarrollo ver *Responsabilidad contractual*, t. I. El incumplimiento, 1996, p. 192 y ss.). TAC 7.º, S. n.º 156. 15.8.2002. C. 425 (*ADCU*, T. XXXIII, p. 177, FCU)

581 *ADCU*, T. XXXI, C. 564, TAC 6.º, p. 246

582 Cfme. Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVII, vol. I, p. 136

583 «Al estipularse contractualmente la denominada “mora por efecto de la convención” resultaba eximido el acreedor de recurrir a los mecanismos formales de constitución en mora ya que en dicho estado se encontraba el deudor por el solo vencimiento del término pactado para el cumplimiento (Gamarra, *Responsabilidad contractual*, volumen 1.º, p. 216 y siguientes; Carnelli, La mora de los contratos bilaterales en *Anuario...*, T. VIII, p. 180). TAC 4.º, S. n.º 19. 27.2.2002. C. 423 (*ADCU*, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 177)

584 «Si bien la mora es automática, el profesor Gamarra expresa que “Así se denomina porque proviene de una estipulación contractual (cláusula de mora automática o de pleno derecho) por la cual se establece que el deudor incurre en mora por el mero acaecer del plazo sin necesidad de interpelación... El vencimiento del plazo cumple entonces la misma función que la interpelación. A través de este modo las partes adoptan en sustancia las reglas *dies interpellat pro homine*; con ello suprimen de antemano el plazo de tolerancia o alargue; no se concibe aquí el retardo simple puesto que la exigibilidad de la prestación ya coloca derechamente

Con esta especie, se suprime el plazo de tolerancia y el retardo simple ya coloca al deudor en situación de mora.

Efectos

- a. El deudor debe indemnizar los perjuicios causados al acreedor (art. 1341).
- b. Si lo debido es una suma de dinero, se deben los intereses moratorios (art. 1348).
- c. Se debe la cláusula penal (arts. 1366 y 1368).
- d. aun cuando la cosa perezca sin responsabilidad del deudor debe pagar su valor y los daños y perjuicios causados (art. 1551). 5) Se puede ejercer la opción del art. 1431.

Purga de la mora

Gamarra⁵⁸⁵ señala que la purga de la mora (el perdón o condonación de los efectos de la mora acaecidos), es un acto de naturaleza abdicativa, que sólo puede emanar del acreedor. Tiene caracteres propios: se origina en la voluntad del acreedor, consiste en una renuncia de éste y opera retroactivamente, cancelando los efectos que la situación de mora produjo en el pasado.

El referido autor enuncia situaciones típicas que se interpretan en la jurisprudencia como purga de la mora, considerándose como tales:

- a. la inactividad del acreedor. Se le asigna el valor de una renuncia tácita, cuando en realidad el ejercicio de la opción prevista por el 1431 la tiene el acreedor hasta tanto el plazo prescripcional no se extinga.
- b. interpelación. Luego de verificada la mora automática, el acreedor intima el pago. Cuando en realidad, si interpelar es reclamar el pago, de esta manifestación de voluntad no puede deducirse la intención de perdonar la mora.
- c. Cumplimiento tardío, pago parcial. Cuando el deudor paga luego de estar constituido en mora, el cobro que realiza el acreedor se interpreta como purga de la mora por parte de la jurisprudencia.⁵⁸⁶
- d. Concesión de un nuevo plazo. Antes del vencimiento el acreedor prorroga el plazo originario. En realidad en esta situación no hay purga de la mora porque nunca el deudor estuvo incurso en ella frente a la pendencia del plazo.⁵⁸⁷

al deudor en situación de mora o retardo calificado» (autor citado, *Tratado...*, T. XVII, p. 147). SCJ S. n.º 74, 28.05.2001. C. 523 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 244).

585 Cfme. Gamarra, ob. cit. *Tratado*, T. XVII, vol. 1 p. 157

586 Algunos fallos jurisprudenciales entienden que el acreedor debe rechazar el pago o formular reservas al recibirlo como único medio de evitar la purga de la mora. (Cfme. Gamarra, ob. cit. *Tratado*, T. XVII, vol. 1, p. 161)

587 La invitación u oferta para el cumplimiento tardío actuada por el acreedor no puede entenderse reproducida la purga de la mora o renuncia de los efectos de la mora en los contenidos doctrinarios y jurisprudencialmente admitidos, traducándose en hipótesis de ampliación o concesión de nuevo plazo (Cfm. Gamarra, *Responsabilidad Contractual*, T. 1, ps. 329 y siguientes, 342 hasta 351; Sentencias de la Sala 75, 77, 126/96, 97/98). TAC 4º, S. n.º 150. 29.8.2001. C. 528 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 245)

La culpa contractual

En materia de responsabilidad contractual, el art. 1344 la define precisando en su inc. 1º: «Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve» mencionando seguidamente que «sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve». Es decir que el parámetro regulador de la conducta del deudor es el concepto de buen padre de familia, siéndole requerida una actitud que no implique negligencia, impericia o imprudencia.

Culpa y dolo

Como señala Gamarra,⁵⁸⁸ cuando hablamos de culpa, usamos el término en su acepción laxa, comprensiva también del dolo, lo cual se explica por la escasa relevancia en el campo de la responsabilidad civil contractual.

El dolo se define en la responsabilidad extracontractual por la intención (art. 1319) en que si bien objetivamente consideradas determinadas conductas pueden ser iguales, se las distingue en el aspecto subjetivo. En el ámbito de la responsabilidad contractual también se puede distinguir la intencionalidad en las conductas dolosas de aquellas en que actúa la culpa como impericia y/o negligencia pero no tiene relevancia en derecho civil en tanto sea grave o leve la culpa el deudor siempre deberá reparar el perjuicio causado. Excepcionalmente en el art. 1346 el dolo es tomado en cuenta, haciendo responsable al deudor que dolosamente dejó de cumplir aún de los daños que no previó o que no pudo prever.

Grados de la culpa

Tradicionalmente, se distinguían tres grados de la culpa que corresponden la culpa *grave* al hombre descuidado, *leve* al diligente y *levísima* al muy diligente. Si bien en el inc. 1º del art. 1344 indica que «Puede ser grave o leve» luego en su inc. 2º establece que la medida de la diligencia del deudor tiene por límite siempre la culpa leve (diligencia del buen padre de familia), advirtiéndose algunos ejemplos aislados de la aplicación de los grados en la parte especial del Código Civil. (arts. 2065 en sede de mandato, 1813 y 1820 en sede de arrendamientos).

Imposibilidad de la prestación

Eximentes

El art. 1342 establece como principio general en su inc. 1º que: «El deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, sea en razón de la falta de cumplimiento de la obligación, o de la demora en la ejecución» indicando en su parte final: «siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable».

Ferrara⁵⁸⁹, examinando este artículo concluye que son necesarios dos elementos:

- a. la ley exige la inculpabilidad del deudor cuando dice que la causa no debe serle imputable.
- b. y agrega la exterioridad del hecho («causa extraña»), un elemento que acontece sin culpa del deudor y que es exterior a éste.

588 Gamarra, ob. cit. *Tratado*, T. XVII, vol. 1, p. 215 y ss.

589 Citado por Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVII vol. 1, p. 180

Conforme a esta norma, la causa extraña está integrada por dos elementos:

- a. Subjetivo: la no imputabilidad del evento.
- b. Objetivo: la imposibilidad de la prestación.

Es decir que el incumplimiento puede no ser imputable al deudor, en cuyo caso no responde del mismo. La imposibilidad del cumplimiento de la prestación, como señala Gamarra⁵⁹⁰ tiene un doble efecto: no sólo exonera de responsabilidad sino que también extingue la obligación. Como señala el art. 1549 del CC la obligación se extingue sin responsabilidad de daños y perjuicios cuando la prestación es imposible.

A continuación de la causa extraña, el siguiente precepto indica que el incumplimiento no es imputable cuando el deudor cede a la fuerza mayor o al caso fortuito también como circunstancias que exoneran de responsabilidad. Así, el art. 1343 del CC establece que: «No se deben daños y perjuicios, cuando el deudor no ha podido dar o hacer la cosa a que estaba obligado o ha hecho lo que le estaba prohibido, cediendo a fuerza mayor o por caso fortuito».

Este artículo refiere concretamente a la fuerza mayor y al caso fortuito términos a los que la doctrina le asigna un alcance equivalente. Más allá de los acontecimientos que corresponden ser incluidos en estas categorías referidos a hechos de origen natural o humano, lo esencial es determinar sus caracteres. Si bien como señala Gamarra⁵⁹¹ no existen definiciones legales al respecto puede identificárseles por un rasgo común que son de carácter extraordinario y se imponen al hombre con una fuerza que no puede resistir, indicando que se atribuyen a la eximente a las características de imprevisible (que no se haya podido prever) e irresistible.

Y ahondando más en estos caracteres, señala que en realidad lo que caracteriza el caso es la inevitabilidad. Y como se señalara ut supra la inevitabilidad o irresistibilidad implican la imposibilidad de ejecutar (absoluta), de la prestación con el doble efecto de exonerar o liberar de responsabilidad al deudor (art. 1343) a la vez que extingue la obligación (art. 1549)

Consecuencias del incumplimiento

En caso que la pretensión de cumplimiento resulte infructuosa por cualquier causa, al acreedor sólo le resta ejercitar el otro medio que le proporciona el art. 1431, a saber «pedir la resolución con daños y perjuicios».

Los efectos de la resolución son:

- a. reponer las cosas al estado en que se encontraban antes del contrato (1428 inc. 1) cada parte debe restituir lo percibido a fin de producir la repristinación;⁵⁹²
- b. cuando es imposible (por ejemplo por haber enajenado la cosa a un tercero o por destrucción de la cosa) sólo cabe una compensación en dinero;
- c. la retroactividad es real pero relativa porque no alcanza al tercero de buena fe. (art. 1430);
- d. si el contrato no se hubiera ejecutado, sólo queda como efecto de la resolución la obligación de reparar los perjuicios a cargo de la parte incumplidora.⁵⁹³

590 Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVII vol. 1, p. 176

591 Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVII vol. 1, p. 185 y ss.

592 «Los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento son el retroactivo, reintegrativo y resarcitorio. La consecuencia natural es que las cosas retornan al estado en que se hallaban en el momento de la celebración del contrato y, al extinguirse el nexa, cada parte debe restituirse de manera recíproca lo que hubiera recibido con motivo de la relación jurídica extinguida (efectos *ex tunc*)» (Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, p. 15; Carnelli, *Anuario...*, T. XXVI, p. 545; *Anuario...*, T. XXI, p. 463; *Anuario...*, T. XXVI, p. 551). TAC 2°, S. n.° 204. 12.9.2001. C. 43 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 26)

593 Cfm. Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVIII, Vol. 2, p. 14

Daño resarcible

Como establece el art. 1342 el deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios en razón de la falta de cumplimiento de la obligación o de la demora en la ejecución. Como señala Messineo⁵⁹⁴ tiene que existir una coincidencia completa entre el monto del resarcimiento y la entidad del daño.

Los arts. 1345-1348 del CC regulan cuál es el daño resarcible y de qué manera se estima en dinero su entidad (liquidación)

Es daño resarcible:

- a. el que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento (art. 1346);
- b. sólo se indemniza el daño que el deudor pudo prever al tiempo del contrato;
- c. cuando el incumplimiento fue voluntario, intencional (doloso) este límite no rige y el deudor debe resarcir los perjuicios directos e inmediatos, fueran o no previsibles;
- d. debe ser integral, ha de repararse todo el daño y sólo el daño (no puede provocar un enriquecimiento injusto del damnificado);
- e. debe existir un nexo o relación de causa a efecto entre el incumplimiento y el daño.

El art. 1346 además de consagrar el elemento nexo causal en la responsabilidad contractual, establece sus límites. El daño resarcible se disminuye⁵⁹⁵:

- a. cuando está provocado por dolo o culpa del acreedor, en la proporción en que éste incide en la causación del perjuicio. El daño es imputable a la víctima, por lo que no es resarcible;
- b. cuando conjuntamente con el mismo la víctima experimenta un beneficio pero ambos derivan del mismo hecho;
- c. en caso de interrupción del nexo causal cuando sobrevienen nuevos acontecimientos de tal manera que el daño igualmente se hubiera producido aunque el primer hecho no hubiera tenido lugar. (art. 1551)

El art. 1345 a su vez establece que los daños y perjuicios debidos al acreedor son «de la pérdida que ha sufrido, y del lucro de que se le ha privado». Expresión inequívoca de la que se desprende que el daño comprende:

- a. el *daño emergente* es la pérdida que recae sobre entidades que ya eran del damnificado cuando se produce;
- b. el *lucro cesante* cuando el menoscabo impide la adquisición de un bien que todavía no poseía;⁵⁹⁶
- c. los gastos del juicio no integran la indemnización.⁵⁹⁷

En cuanto al momento de la determinación del daño no existe una disposición específica que lo regule, existiendo en doctrina básicamente dos posiciones: quienes entienden que se debe tener en cuenta exclusivamente la época en que se produjo el daño, no teniendo relevancia los hechos posteriores, sosteniendo la otra posición que el momento de la sentencia

594 Citado por Gamarra en *Tratado...*, T. XVIII, Vol. 2, p. 18.

595 Cfme. Gamarra en *Tratado...*, T. XVIII, Vol. 2, p. 22

596 El lucro cesante asume generalmente la forma de daño futuro. No obstante, el daño resarcible tiene que ser cierto, exigencia que se extiende para el daño futuro que si bien todavía no se ha exteriorizado, hay certeza sobre su acaecer. (Cfme. GAMARRA en *Tratado...*, T. XVIII, Vol. 2, p. 26)

597 Teniendo en cuenta la regulación específica del art. 688 del CC en tanto regulación especial prima sobre la general por lo que cuando el demandado litigó con alguna razón, determina la no imposición preceptiva de la condena en tributos y costos. (Cfme. GAMARRA en *Tratado...*, T. XVIII, Vol. 2, p. 30)

es el más adecuado para su determinación en la medida que el juez puede aportar mayor precisión en establecer la entidad del daño.⁵⁹⁸

Liquidación de daños y perjuicios

Liquidar el daño es estimar la entidad del mismo en determinada suma de dinero, que debe ser pagada al acreedor a título de indemnización. Puede ser:

- a. Legal: art. 1348 CC cuando la obligación consiste en el pago de una suma de dinero la indemnización del perjuicio moratorio está determinada por la ley con un monto invariable (en la condenación a los intereses legales), sin que se requiera probar daño.⁵⁹⁹
- b. Judicial: arts. 1345 y 1346 CC el acreedor debe probar el perjuicio y su monto.
- c. Convencional: art. 1347 CC las partes al tiempo del contrato o incluso luego del incumplimiento acuerdan que el daño a resarcir se estime en una cantidad determinada.

La liquidación procede con la debida actualización mediante el DL. 14.500.

Desvalorización Monetaria (Decreto ley 14.500)

El Decreto ley 14.500 tiene dos principios generales:

- a. para estimar en términos monetarios (liquidar) el monto de una obligación deben computarse las oscilaciones que se hayan producido en el valor de la moneda, regla que requiere presupuestos necesarios para su aplicación:
 - sólo rige cuando el acreedor de la obligación deduzca su pretensión en un proceso (jurisdiccional o arbitral)
 - en cuanto al límite temporal, la desvalorización monetaria sólo se considera relevante dentro del período que se inicia cuando la deuda deviene exigible y corre hasta la extinción del vínculo obligacional (art. 1°)⁶⁰⁰
 - la variación en el valor de la moneda se apreciará por referencia a un índice numérico: índice general de precios confeccionado por el Ministerio de Economía y Finanzas.⁶⁰¹
 - El art. 3° trata de las excepciones al principio y el 4° fija el interés a calcularse sobre la suma actualizada.
- b. consagra la validez de las cláusulas de estabilización o de garantía monetaria (arts. 9 y 10)

598 Cfme. Gamarra en *Tratado...*, T. XVIII, Vol. 2, p. 32.

599 Los intereses corren a partir de la demanda o de la citación a conciliación seguida de demanda (art. 1348 CC).

600 Sólo existe una regla en esta materia, fijando el comienzo de la corrección monetaria a partir de la exigibilidad de la obligación. El principio del inc. 1° que se remite a al fecha del nacimiento no establece un criterio distinto; la desvalorización monetaria se considera trascendente, no porque la obligación haya nacido, sino porque la misma es exigible. (Cfme. Gamarra en *Tratado...*, T. XVIII, Vol. 2, p. 60)

601 Comprendiendo la desvalorización monetaria operada durante el período comprendido a partir de la fecha de surgimiento de la obligación hasta que el acreedor recibe satisfacción. (Cfme. Gamarra en *Tratado...*, T. XVIII, Vol. 2, p. 56)

La posición mayoritaria en jurisprudencia entiende que el reajuste por el DL n.º 14.500 procede de oficio,⁶⁰² ya que opera *ipso jure*, en tanto que los intereses, en tanto rubro accesorio, deben ser objeto de petición expresa.⁶⁰³

Teoría de la imprevisión

Como se ha señalado, en los contratos debe existir una equivalencia razonable en las prestaciones asumidas por los co-contratantes. Si, al momento de su perfeccionamiento, los contratantes se obligaron dentro de determinadas condiciones económicas, y éstas varían sustancialmente en virtud de oscilaciones de los valores económicos en el mercado, tienen una indudable incidencia en el ámbito de contrato.

Como señala Gamarra⁶⁰⁴, el factor tiempo entre perfeccionamiento y ejecución del contrato puede alterar o modificar profundamente el equilibrio inicial (equivalencia subjetiva art. 1250). Para precaverse del referido perjuicio, se recurre a cláusulas de garantía o de estabilización monetaria, cuya instrumentación se incrementó a partir del dictado de la ley 14.500.

Remedios que no son aplicables cuando el riesgo económico proviene de acontecimientos imprevisibles, que por su propia naturaleza no permite sean contemplados por parte de los contratantes.

Si bien nuestro Código Civil Uruguayo no contempla tales soluciones, doctrinariamente se ha postulado, a través de la teoría de la imprevisión o la excesiva onerosidad superviniente,⁶⁰⁵ la posibilidad de resolver o modificar el contrato frente a la variación abrupta de las circunstancias económicas que determinan una imposibilidad superviniente de la prestación, señalándose razones de justicia para esta solución en tanto la prohibición

602 Si bien la sentencia de condena no mencionó expresamente que incluía los reajustes e intereses del lucro cesante, ello no obsta a su aplicación en vía liquidatoria. Por el contrario, es esta la etapa natural que tales rubros deben imponerse al liquidarse el rubro principal que accede. La mera omisión al referirse al reajuste e intereses padecidas en una sentencia de condena que difiere la liquidación de un rubro a la vía del art. 378 CGP no puede interpretarse como exclusión de tales rubros del objeto de la condena. Por el contrario, encontrándose la Sala adherida a la corriente jurisprudencial de acuerdo a lo cual el reajuste previsto por el Decreto-ley n.º 14.500 se aplica «de oficio» (*Anuario...*, T. XXVII, C. 297, 298, 299; T. XXVIII, C. 347; T. XXXI, C. 382). Solo cabe deducir que se optó por determinar las bases para una liquidación referida del rubro lucro cesante, momento en el que cabía decidir acerca de los reajustes e intereses que correspondía imponer. Una decisión contraria a la inclusión, dentro del objeto de la condena, de reajustes e intereses, hubiera requerido una fundamentación que, en la especie no existe. TAC 6°, S. n.º 155. 16.9.2002. C. 299 (*ADCU*, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 119)

603 Cfm. TAC 2°, y TAF 1°, *ADCU* T. XXXI, 381 y 382, p. 164.

604 Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, Vol. 2, p. 283 y ss.

605 En los contratos de duración (o en los que no siéndolo, son de ejecución diferida), aquellos ordenamientos que, como es el caso del italiano, admiten la teoría de la Imprevisión (o «excesiva onerosidad superviniente») establecen que: «si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato». Tal es el caso, por ejemplo, de los efectos de una brusca desvalorización de la moneda nacional respecto del precio a pagar pactado en moneda extranjera. En los países en los cuales se admite la teoría de la imprevisión, ésta faculta al deudor a reclamar la resolución judicial del contrato, «sin perjuicio de la posibilidad de que la otra parte pueda evitarla, ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato». La diferencia entre ambos institutos radica en que la teoría de la imprevisión apunta a un fenómeno genérico y crudamente económico: enfoca solamente la ruptura del equilibrio económico inicial entre las prestaciones, debida a hechos supervinientes. Por el contrario, la «justa causa» habilitante del receso unilateral supone la aparición de determinado hecho que afecta algún aspecto o elemento de cierto tipo contractual específico en la forma prevista en cada caso por la ley. Por otra parte, mientras que la teoría de la imprevisión —en los ordenamientos que la admiten— habilita a la resolución del contrato, la «justa causa», por el contrario, sólo tiene por efecto el surgimiento del derecho potestativo de desistir unilateralmente del contrato». La *justa causa* de receso unilateral en los contratos de duración con plazo determinado, Jaime Berdaguer (en la versión impresa publicado en *ADCU*, T. XXXIII, Montevideo, FCU, pp. 469-479)

de adaptación del contrato en realidad está protegiendo una estabilidad formal que encubre una alteración profundamente injusta de la convención.⁶⁰⁶

Cláusula penal

Es una cláusula accesoria que se establece para conminar al deudor a cumplir con su obligación. El acreedor puede optar entre el cumplimiento de la obligación principal o la pena. El art. 1363 CC la define como «aquella en cuya virtud una persona para asegurar la ejecución de la convención, se obliga a alguna pena, en caso de falta de cumplimiento».

Elementos

- a. se trata de un negocio jurídico, pactado entre acreedor y deudor sólo procede ante pacto expreso;
- b. es un negocio jurídico de garantía, ya que tiene por finalidad «asegurar» el cumplimiento de la obligación;
- c. tiene una función punitiva, al imponer al deudor una «pena» en caso de que no cumpla.

Finalidad

- a. compeler al deudor al cumplimiento íntegro, oportuno y efectivo de la obligación;
- b. resarcir siempre al acreedor del incumplimiento del deudor (art. 1369 del CC);
- c. se debe a título de pena con independencia de la obligación de reparar los daños y perjuicios que el incumplimiento pueda causar, siendo su monto fijado arbitrariamente, en una cantidad sensiblemente superior a la estimación del perjuicio.

Caracteres

- a. Es accesoria por cuanto presupone una obligación preexistente, cuyo cumplimiento va a asegurar;⁶⁰⁷
- b. Es subsidiaria en tanto se debe en caso de incumplimiento, abriéndose para el acreedor la opción entre la pena o la ejecución forzada (art. 1366);
- c. El deudor puede liberarse cumpliendo la obligación principal.

606 Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVIII Vol. 2, p. 285

607 Teniendo en cuenta su accesoriidad, el art. 1364 establece que la nulidad de la obligación principal trae consigo la de la cláusula penal, pero no a la inversa en tanto la nulidad de ésta no importa la de la obligación principal.

Diferencias entre la cláusula penal y la liquidación anticipada de daños y perjuicios⁶⁰⁸

- a. La liquidación convencional del perjuicio tiene un cometido indemnizatorio: estima la cantidad para reparar exactamente el perjuicio producido por el incumplimiento. La función de la cláusula penal es asegurar la ejecución de la obligación;^{609, 610}
- b. Con la liquidación convencional las partes estiman el monto de la obligación de reparar el perjuicio que tiene origen en la ley, en cambio la de la cláusula penal proviene de un negocio jurídico accesorio, se origina en la voluntad de los sujetos;
- c. La liquidación anticipada del perjuicio no exonera al acreedor de justificar su existencia, solo le exime de establecer su monto, en la cláusula penal rige el principio de la completa irrelevancia del daño, la pena se debe por el sólo hecho de no cumplirse la obligación principal sin necesidad de tener que probarse que como resultado de ello se han producido perjuicios⁶¹¹;
- d. La indemnización de los daños y perjuicios impide que pueda acumularse el cumplimiento con los daños y perjuicios compensatorios (1342, el cúmulo es lícito en la cláusula penal cuando media pacto expreso al respecto (art. 1367)

608 Cfm. Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVIII, vol. 2, p. 145

609 La previsión contractual que expresa «si las partes faltaran al cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas en este documento con excepción del caso fortuito y fuerza mayor abonará a la otra en concepto de multa y sin más trámite la suma de dólares estadounidenses 30.000». Se estima que no puede ser categorizada como cláusula penal a pesar de las palabras «multas» y «sin más trámite», porque las referencias a causa extraña (art. 1342 CC) inclina a sostener que se trata de liquidación convencional de daños y perjuicios (art. 1347 CC) en tanto únicamente se considera el incumplimiento imputable al deudor y la cláusula penal se debe incluso cuando hay justa causa de incumplimiento implantándose un régimen diverso (art. 1369 CC). (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, pp. 141-151, 154-155). TAC 4°, S. n.° 150.298.2001. C. 134; *ADCU*, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 77)

610 «La cláusula 7ª del compromiso de compraventa de automotor celebrado entre las partes el 24.6.1997 establece que «La parte que dejara de cumplir este compromiso abonará a la otra por toda indemnización, la cantidad de diez mil dólares (US\$ 10.000)». El *a quo* desestimó la demanda por considerar que la cláusula referida estableció una liquidación anticipada de daños y no una cláusula penal. A juicio del Tribunal la indicada cláusula 7ª no está referida a una liquidación anticipada de daños y perjuicios que supondría de cargo del deudor la demostración de la existencia del perjuicio, sino que se trata de una cláusula penal. Por cuanto la imposición de una suma de dinero dispuesta en la disposición contractual aparece vinculada exclusivamente con el cumplimiento de una situación típica de la cláusula penal, lo que lleva a la revocatoria recurrida, y en su lugar se hace lugar a la demanda condenando a la demandada al pago de la multa pactada con los intereses legales de la demanda». TAC 1°, S. n.° 12.20.2.2001. C. 145; *ADCU*, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 81)

611 «La cláusula 6ª del contrato que expresa «La parte que dejare de cumplir este compromiso abonará a la otra parte por concepto de única indemnización la suma de», por su referencia a «indemnización» y prescindencia de las expresiones «pena» o «multa» debe ser interpretada como liquidación anticipada de daños y perjuicios, inamovible (artículo 1347 CC; Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, p. 37-39, 154-155; *Anuario...*, T. XIV C. 143; T. XXX C. 107; Sentencias n.° 93/00, 96/01) por lo que para que pudiera progresar su pretensión de resarcimiento debía acreditar el accionante *an debeatur*, precisamente porque el incumplimiento por sí solo no determina que haya daño y este es un elemento esencial de la responsabilidad contractual y por tanto, al sujeto que lo reclama no le basta aportar la prueba del incumplimiento, sino que deberá justificar el perjuicio de acuerdo a las reglas generales (Gamarra, ob. cit., p. 14; *LJU* C. 8901). TAC 4°, S. n.° 211.25.9.2002. C. 559 (*ADCU*, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 253)

El problema del cúmulo

- a. Ante el incumplimiento del deudor el acreedor puede optar entre la pena o la ejecución de la obligación. (art. 1366 y 1367 inc. 2° y 3°).
- b. Cuando el cumplimiento resulta infructuoso, el inc. 3° del art. 1367 le permite al acreedor variar su elección originaria y cambiarla por la pena.
- c. El inc. 2° del art. 1367 establece que no puede pedir a la vez la obligación principal (debiendo entenderse por tal ejecución forzada específica —en natura—) y la pena, aclarando que la prohibición cede en caso de previsión expresa.^{612, 613, 614}
- d. En cambio, el cúmulo entre la indemnización (daños y perjuicios) y la pena es viable sin necesidad de pacto expreso⁶¹⁵, puesto que cuando el inc. 2° habla de «pedir la obligación principal» trata de ejecución forzada específica (y no por equivalente).⁶¹⁶

Modo de hacer efectiva la pena

- a. se necesita la previa constitución en mora del deudor para que pueda reclamarse la cláusula penal (art. 1366);
- b. la pena estipulada no puede sufrir abatimiento por parte del juez, sólo es posible su reducción en caso de incumplimiento parcial en tanto si la obligación principal se cumplió parcialmente la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado⁶¹⁷ (art. 1370);
- c. se encuentra regulado en distintas disposiciones según la naturaleza de la obligación:
 - Obligación indivisible (arts. 1371 y 1372 CC);
 - Obligación divisible (art. 1373 CC —excepción 2do. inciso—);
 - Obligación natural: Es válida siempre que el deudor de la pena sea un tercero (art. 1446 CC, art. 1365 CC)

⁶¹² *ADCU*, T. XXXI, C. 137, SCJ, p. 75

⁶¹³ «No habiéndose pactado la acumulación de la pena con el cumplimiento, es improcedente su reclamo conjunto. Así lo ha entendido el Tribunal en anteriores pronunciamientos lo que se rectifica en esta instancia (Sents. Nos. 379/89, *Anuario...*, T. XX, p. 37, c. 109; 217/92, *Anuario...*, T. XXIII, p. 63, c. 173; 139/93 en *Anuario...*, T. XXIV, c. 141; 74/95 en *Anuario...*, T. XXVI, p. 45, c. 92; S. 98/95 en *Anuario...*, T. XXVI, p. 46, c. 93; 146/99 en *Anuario...*, T. XXX, p. 57 c. 113, entre otras). TAC 1°, S. n.° 129. 8.8.2001. C. 131 (*ADCU*, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 76).

⁶¹⁴ «Nuestra normativa civil regula este tipo de situaciones en el artículo 1367 inciso 2° CC en el sentido de que no se puede pedir a la vez la obligación principal y a la pena, a no ser que así haya sido pactado expresamente...lo cierto es que en el artículo 1367 CC citado no es sino una aplicación especializada de un principio general que es el de que no hay sanción sin regla anterior que la establezca y no ha podido asignarse en el sentido amplio que pretenden los actores en la cláusula penal estipulada en contravención a los claros principios legales (Cfm. Peirano Facio, *Cláusula Penal*, p. 146; Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, p. 146; Ordoqui, *Cláusula Penal y otros medios compulsivos*, p. 188; Jurisprudencia de la Suprema Corte 765/96; *La Justicia Uruguaya*, c. 13.188; S. 110/98 en *La Justicia Uruguaya*, caso 11.901); la claridad de los fundamentos expuestos por la sentencia recurrida y la profusa jurisprudencia que existe sobre el tema a lo que sólo cabe agregar la cita del *Anuario...*, T. XXX, c.114 del similar de 1er. Turno y la suma n.° 122.062 de *La Justicia Uruguaya* del similar de 4° Turno, torna innecesario otro tipo de consideraciones sobre el tema que sólo caerían en la reiteración.» TAC 2°, S. n.° 198. 3.1.8.2001, C. 132 (*ADCU*, T. XXXII, p. 76, Montevideo, FCU)

⁶¹⁵ *ADCU*, T. XXXI, C. 136, TAC 4°, p. 74

⁶¹⁶ Cfm. Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, T. XVIII, vol. 2, p. 153

⁶¹⁷ *ADCU*, T. XXXI, C. 132 y 134, TAC 5° C. 133 TAC 2°, p. 73 y 74

Astreintes

Etimológicamente es voz francesa del verbo *astreindre*, a su vez del latín *astringo, ere* «apretar» de donde «obligar» (compuesto de *ad* y *stringo, ere* «apretar, presionar»), se usa como sinónimo de compulsión, constrictión.⁶¹⁸

Tienen por finalidad obtener el cumplimiento de una obligación, a través de la imposición de una condena pecuniaria por parte del juez, aplicándose por cada día que dure la resistencia del obligado.

Su monto es desproporcionado, carece de toda relación con el perjuicio sufrido por el acreedor, y debe estimarse en una suma muy superior para compelerlo a ejecutar la prestación. Como señala Gamarra⁶¹⁹ la pena aumenta con el mero transcurso del tiempo, y puede incluso incrementarse luego en su monto, cuando se comprueba que la empleada no fue suficiente para quebrantar la renuencia.

El campo propio de la conminatoria se ubica en la zona del incumplimiento temporal, del atraso en el cumplimiento de una prestación cuya realización todavía es posible. Siendo sanciones civiles se trata de multas pecuniarias, impuestas en beneficio del acreedor no tiene naturaleza indemnizatoria.

Caracteres⁶²⁰

- a. la astreinte es siempre conminatoria: lo intimida o coacciona con la amenaza de una multa para inducirlo a cumplir;
- b. el mal amenazado debe sobrepasar notoriamente aquel que padecería el deudor incumplidor, siendo excesiva o desproporcionada en su monto;
- c. no tiene una finalidad en sí misma, despliega una función instrumental tendiente a asegurar el cumplimiento de una orden judicial;
- d. resulta provisoria, puede aumentarse luego si se revela insuficiente y puede reducirse o suprimirse por completo cuando se logre el objetivo, cuando cumple el deudor;
- e. tiene naturaleza punitiva.

En nuestro derecho positivo las astreintes fueron consagradas por la Ley 14.978, constituyendo una medida compulsiva, tendiente a ejercitar presión psicológica sobre el conminado, con la finalidad de inducirlo al cumplimiento de una decisión judicial, mediante la amenaza de una multa, que lo afectará patrimonialmente, durante el tiempo que demore en cumplir.

Es un medio para asegurar la ejecución de una sentencia, por lo que en tanto la medida tiene por finalidad lograr el cumplimiento de las decisiones judiciales a la vez que los deberes jurídicos sean observados por los particulares, su aplicación coincide con el ámbito del «incumplimiento temporal» en la medida que sólo procede cuando el cumplimiento tardío es todavía posible, y está excluida únicamente en caso de imposibilidad fortuita de la prestación.⁶²¹

618 Tommasino, Beatriz; Gutiérrez Puppo, Cecilia y Riera, Cecilia. «Astreintes: Un enfoque procesal». en *RUDP*, 1-2 año 2004, Montevideo, FCU, p. 148.

619 Gamarra, ob. cit., *Tratado...*, T. XVIII, vol. 2, p. 179

620 Cfme. Gamarra, ob. cit., *Tratado...*, T. XVIII, vol. 2, p. 183 y ss.

621 Cfme. «Astreintes» Ley 14.978 Antecedentes, alcances, derecho comparado «Texto y Contexto n.º 7 FCU, 1980

Tommasino, Gutiérrez Puppo y Riera, compartiendo la posición del Prof. Dr. Enrique Vescovi, señalan que es una

simple medida de coerción instrumental, puesto que tiende a obrar como estímulo psicológico para que se cumpla el mandato jurisdiccional y cesa en cuanto éste se cumple; es uno de los tantos medios que emplea el derecho para que se cumpla con sus mandatos.

Señalan seguidamente que:

Si bien su expresión más típica se despliega con miras a lograr la ejecución de las sentencias definitivas de condena a dar, hacer o no hacer, también se utiliza a lo largo de todo el proceso de conocimiento, cuando se verifica la renuencia de una de las partes al cumplimiento de los mandatos judiciales; en el respeto por los particulares a dichos mandatos reposa todo el sentido del sistema jurisdiccional en un estado de derecho.⁶²²

622 Cfme. Tommasino, Beatriz, Gutiérrez Puppo, Cecilia, Riera, Cecilia. «Astreintes»: Un enfoque procesal en *RUDP*, 1-2, 2004, Montevideo, FCU, p. 172.

Transmisión de las obligaciones

Cesión de contrato

Consiste en la cesión o traslado de una obligación del que la posee a otro. Consiste en la transferencia de la posición contractual de un contratante a un tercero. Cuando el contrato se encuentra en vías de ejecución permite que se sustituya a una de las partes por un nuevo sujeto (cesionario) que desplaza a una parte (cedente) y ocupa su lugar en la relación contractual, por lo que la relación jurídica creada vincula al contratante originario (cedido) y el cesionario, mientras que el contratante (cedente) queda excluido de la misma.

Sin perjuicio de lo expuesto en los contratos bilaterales se pueden transferir exclusivamente los créditos y las deudas que forman parte del haz negocial del contrato, lo que no implica una alteración de la calidad de partes ni de los derechos inherentes a ella.

Cesión de créditos

Puede ser una transmisión activa, del crédito o pasiva, de la deuda.

En la cesión de créditos se produce un cambio en el sujeto activo de la relación obligacional en tanto el acreedor es sustituido por un tercero, negocio que se perfecciona con el acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario.⁶²³

La diferencia que existe entre la cesión del contrato y la cesión de créditos radica en que en esta última el vínculo contractual permanece incambiado, al no alterarse objetivamente las obligaciones de cada parte. En un contrato de compraventa, en caso de que el vendedor cede su crédito por el precio, si bien el comprador deberá pagar al cesionario por efecto de

623 «La cesión, en cualquiera de sus especies, descansa en la idea (no siempre aceptada) que en una relación jurídica personal puede producirse una mutación subjetiva (en los sujetos), sin perder su identidad. Para admitir el fenómeno de la cesión se requiere una despersonalización de la relación jurídica; ya que la relación es la misma a pesar de la mutación subjetiva operada. Toda cesión involucra a 3 sujetos (cedente-cesionario-cedido); que soportan invasiones a su esfera jurídica; ya que se modifica la Situación Inicial (entre el cedente «A» y cedido «B»). Es regla de oro, sin excepciones, que ésta invasión sólo puede hacer con la voluntad del invadido o por disposición de la ley (que autoriza o legitima la mutación subjetiva). Así tenemos diversas especies de cesión:

- a. La «cesión convencional con consentimiento (o asentimiento) del cedido», hay dos acuerdos (en el título y en el modo) entre el cedente y el cedido; y, además, la voluntad del cedido manifestada en el negocio (unilateral) de asentimiento (consentimiento del cedido) que puede ser anterior, posterior o simultáneo a la cesión (incluso en el propio documento de cesión). Se produce una autorregulación, los 3 sujetos involucrados expresan su voluntad en tres negocios (título + modo + asentimiento).
- b. La «cesión convencional con legitimación legal»; hay acuerdo entre el cedente y el cedido (en el título y en el modo); pero se prescinde de la voluntad del cedido, porque existe una ley, necesariamente de interés general, que faculta (o legitima) la invasión. Sólo hay voluntades manifestadas del cedente y del cesionario (en el contrato y en la tradición); y se ejerce una facultad legal (para invadir la esfera jurídica del cedido). Se crea una regulación autónoma para el cedente y cesionario y heterónoma respecto del cedido.
- c. La «cesión legal», no hay acuerdo alguno entre cedente y cesionario, ni el cedido expresa su asentimiento. La transferencia del crédito, de la deuda o del contrato, se opera por disposición de la ley (ope legis). (¿La cesión, negocio trilateral o bilateral?, Francisco del Campo en *ADCU*, T. XXXII Sección Doctrina FCU**

la cesión de créditos, la obligación del vendedor de entregar la cosa subsiste respecto del comprador, no incidiendo en absoluto la figura del cesionario.⁶²⁴

Así, los demás derechos objeto de reclamo que emergen de su calidad de parte (reclamar la nulidad del contrato, ejercer el recesso unilateral p. ej.) se mantienen incambiados.

Asimismo puede tratarse de una transmisión entre vivos —de créditos mediante entrega de títulos— o por causa de muerte.

Cesión de deudas

En el caso de cesión de deuda consiste en un convenio mediante el cual un deudor transmite a un tercero, que toma su lugar en lugar de aquél, su obligación a favor del acreedor, siempre que otorgue su consentimiento.

A diferencia de la cesión de créditos, que se perfecciona con prescindencia de la voluntad del deudor, la transmisión de deudas requiere el consentimiento del acreedor. O sea que sin su consentimiento, el cedente no puede desligarse del contrato. Cuando falta el consentimiento del cedido, la cesión es inexistente al carecer de uno de sus elementos constitutivos.

Efectos:

- a. la liberación inmediata del deudor (cedente) que realiza la cesión;
- b. la subsistencia en todos los sentidos de la deuda primitiva;
- c. la eficacia del convenio por el acuerdo de los deudores entre sí que mediando consentimiento del acreedor permite el cambio del sujeto pasivo de la obligación.

Se pueden enunciar como ejemplos un supuesto de novación por cambio de deudor.⁶²⁵

Subcontrato

Teniendo en cuenta elaboraciones doctrinarias recientes, procede analizar la figura del subcontrato y distinguirla debidamente de la cesión de contrato que se analizara precedentemente.

La subcontratación presupone la existencia de dos contratos: el primero denominado *contrato base* en el cual existe un sujeto (intermediario) que es parte en ambos. El subcontrato tiene la misma naturaleza jurídica e igual contenido económico (por ejemplo: subarrendamiento). El intermediario tiene relaciones obligacionales con el co-contratante del contrato base y con el co-contratante en el subcontrato. En el ejemplo visto, el derecho del subarrendatario sólo puede esgrimirse contra el intermediario (arrendador en esta relación) pero no respecto del arrendador en el contrato base porque no lo liga ninguna relación contractual.

624 La cesión de crédito es una modificación subjetiva activa, es un caso de sucesión referida solamente al lado activo (crédito) en una relación obligacional similar o, un cambio de acreedor en una relación jurídica, que permanece tal cual era, esto es, que la diferencia de la cesión de contrato donde el cesionario sustituye al cedente en la totalidad de la relación jurídica bilateral, vale decir, que no solo se juzga al acreedor del cedido sino que también deviene el deudor de éste. Así, por ejemplo, cuando el arrendatario cede su contrato a un tercero abandona la relación jurídica (deja de ser parte) y su puesto pasa a ser ocupado por el cesionario que se convierte en arrendatario con los mismos derechos y obligaciones que tenga su antecesor (Gamarra, *Tratado...*, T. IV, p. 184). La cesión de crédito litigioso, por el contrario, solo puede transmitir del cedente al cesionario el crédito que se estaba discutiendo y no pudiendo prosperar en base a la cesión de créditos la sustitución total de la parte como se pretende en autos. TAC 1°, S. n.° 172. 2.10.2002. C. 88 (ADCU, T. XXXIII, p. 55, Montevideo, FCU)

625 Aspecto que será analizado en el capítulo 15 de la cuarta parte de este manual «Extinción de las obligaciones.»

Al no encontrarse consagrado expresamente en el derecho sustantivo, se han planteado posiciones diversas en cuanto a su admisibilidad. No obstante, resulta clara la solución frente a disposiciones legales que admitan tal figura, así como cuando las partes han estipulado en la convención tal posibilidad. En el caso de la ley de arrendamientos que establece expresamente la prohibición de subcontratar, la estipulación en contrario configura un incumplimiento al mismo que legitima su resolución.

Se distingue de la cesión en tanto en ésta existe un solo contrato y la consecuencia de su celebración es la sustitución de una de las partes (cedente) por un tercero que ingresa en su lugar y posición jurídica (cesionario), en cambio la posición de las partes del contrato base siguen siendo las mismas, agregándose un nuevo contrato que crea una relación jurídica entre el intermediario y el subcontratante.

Como consecuencia de ello, en la medida que la adquisición del subcontratante es derivada, puede ser igual o inferior (puede ser total o parcial, según que tenga por objeto la cosa íntegra o una parte de ella) pero no superior al del intermediario, y todos aquellos actos que determinen la extinción del contrato principal, conlleva la extinción del subcontrato, esto es, resuelto el derecho del constituyente, se resuelven los derechos por él constituidos.⁶²⁶

626 Cfme. Gamarra, ob. cit., *Tratado...*, T. XVIII, vol. 2, p. 244

Extinción de las obligaciones

Concepto y clasificación

Peirano Facio⁶²⁷ señala que «son los hechos o actos jurídicos» que tienen por objeto o por consecuencia liberar al deudor de la prestación a que se halla obligado frente al acreedor».

En algunos casos la extinción opera por un acto deliberado del deudor (pago) o del propio acreedor (*v. gr.* remisión) que está destinado específicamente a liberar al deudor de lo debido; entretanto, en otros casos, opera por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes (*v. gr.* prescripción extintiva).

La enumeración que realiza el art. 1447 del CC no es taxativa, sino simplemente enumerativa, pues se encuentran ausentes diversos modos particulares de extinción de ciertas obligaciones: por ejemplo, la muerte del deudor en las obligaciones *intuit personae* o el mutuo disenso, previsto por el art. 1294 del CC.

De todos modos, se trata de un precepto absolutamente innecesario y prescindible, en razón de que solo contiene una lista o mención, dado que luego, al regular cada modo, reitera su carácter extintivo.

Por otra parte, algunos modos de extinción previstos por la ley en verdad no son tales. Por ejemplo, las nulidades no extinguen una obligación, sino que destruye la fuente de la cual ella nace; la prescripción en verdad no extingue la obligación, sino que ubica al deudor en una posición procesal que le permite rechazar un accionamiento para el cobro de su crédito por parte del acreedor.

Los modos de extinción pueden clasificarse en voluntarios e involuntarios. Los primeros son aquellos destinados directamente a la extinción de la obligación (*v. gr.* pago); mientras que los segundos son los que no buscan deliberadamente la extinción, pero ocurre algún acto o hecho que la producen (*v. gr.* prescripción, imposibilidad de pago).

Pago

Concepto

La paga o pago es la manera de extinguir la obligación consistente en la realización por parte del deudor de la prestación a que se encontraba obligado (art. 1448). En un sentido amplio, puede consistir en un hecho, un acto material, la prestación de un servicio, la entrega de una cosa o una omisión (obligación de no hacer).

627 Peirano Facio, Jorge, *Curso de Obligaciones*, T. VI, segunda edición Montevideo, 1957

Legitimados para efectuar el pago

- a. En principio, debe pagar el propio deudor (art. 1450 CC). El pago no solo es un deber del deudor, sino también un derecho, en razón de que tiene derecho a liberarse de su obligación. Cuando se realice por medio de representante legalmente habilitado, se considera efectuado por el deudor. En caso de fallecimiento del deudor al transmitirse la deuda a sus herederos, son éstos quienes deben realizar el pago. Si el acreedor no quiere recibir el pago, el deudor puede acudir a la oblación y consignación, cancelando su deuda aun contra la voluntad de aquél.
- b. En segundo término, pueden pagar también los terceros, pudiendo ser éstos interesados o no en el pago. Los terceros interesados en el pago, no son en verdad terceros, sino que son sujetos que pueden ser compelidos a pagar:
 - el codeudor, al que el CC llamado *correo del deber*;
 - el fiador, o sea, quien garantiza el pago del deudor.

Cuando el pago se realiza por el propio deudor se extingue completamente la obligación; en cambio, cuando paga un tercero interesado, si bien se extingue frente al acreedor, dado que éste ve satisfecho su crédito, se mantiene para el fiador, pues el deudor queda obligado a reembolsarle lo que pagó por él. De la misma forma, cuando paga uno de los codeudores puede reclamarle a los demás la cuota que correspondía a éstos en lo adeudado.

Si el pago lo efectúa un tercero no interesado, es decir, un sujeto que no puede ser compelido al pago, deben distinguirse los casos en que se realiza:

- a. con consentimiento expreso o tácito del deudor. En este caso, el tercero queda subrogado en los derechos del acreedor para cobrarle al deudor por el cual pagó;
- b. sin conocimiento del deudor. Quien paga queda subrogado en el lugar del acreedor, si éste consiente en ello (art. 1451);
- c. contra la voluntad del deudor. El que paga no puede repetir contra el deudor cuya deuda pagó.

Legitimados para recibir el pago

En principio solo puede cobrar el acreedor, sus sucesores a título universal o singular, es decir, herederos y cesionarios, y sus representantes, sean legales o voluntarios. (art. 1453 CC).

Si se paga a persona incompetente, solo es válido el pago realizado en caso de que el acreedor lo ratifique o se aproveche de él. Fuera de ese caso, el pago mal hecho no extingue la deuda y el deudor que pagó indebidamente puede accionar contra el sujeto al cual le pagó para repetir el pago. (art. 1457: quien paga mal, paga dos veces)

El art. 1455 del CC agrega otro caso en que el pago a persona diferente al acreedor extingue igualmente la obligación: cuando se paga de buena fe al poseedor de un crédito. Se requiere que el pago sea de buena fe, esto es, que objetiva y aparentemente quien recibe el pago es el acreedor y que se halle en posesión de los documentos que acreditan la calidad de acreedor. Por ejemplo, es el caso del heredero aparente.

Como señala Díez Picazo, citado por Gamarra.⁶²⁸

dentro de las personas legitimadas para recibir el pago se incluyen, tanto el representante legítimo del acreedor como el voluntario, también lo será la persona que simplemente haya sido designada por las partes para recibir la prestación.

628 Gamarra, Raúl, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 287.

Objeto del pago

Messineo y Barbero⁶²⁹ afirman que «Cumplir significa dar exacta ejecución a la prestación debida, lo cual implica hacer que el acreedor consiga el objeto de la obligación». Como precisa Berdaguer para que exista verdadero pago debe verificarse una coincidencia o adecuación de la obligación de manera que el acreedor consiga la satisfacción de su interés, presentando dos aspectos fundamentales: el principio de identidad (debe tratarse de «la misma prestación debida») y el principio de integridad («toda la prestación debida»), con sus accesorios, sin fraccionamientos.

El principio de identidad se encuentra consagrado por el art. 1458 inc. 1° del CC que establece que el objeto del pago es la cosa debida. Solo puede cancelarse la deuda con otra cosa cuando existe consentimiento del acreedor.⁶³⁰

De acuerdo al inc. 2°, si no puede pagarse la cosa debida o de la manera estipulada, debe cumplirse en otra forma equivalente a arbitrio del juez, pagando los daños y perjuicios ocasionados al acreedor.

El inc. 3° menciona el pago en moneda de curso legal, debiéndose tener en cuenta lo establecido por el DL 14.500.

A su vez, el principio de integridad, como lo indica Gamarra⁶³¹ surge de varias disposiciones, siendo la más relevante el art. 1459 del CC que indica: «El deudor no puede obligar al acreedor a recibir por partes el pago de una deuda, aunque sea divisible» complementándose con los arts. 1378 y 1351 del CC.

Forma

Establecida por los arts. 1460 y ss. del CC. No obstante ser cierto que, como se señalara ut supra, se recibe el principio de la indivisibilidad del pago, puede ser derogado por la voluntad de los particulares, por lo que nada impide que las partes pacten que el pago se efectúa en cuotas o por partes. El acreedor tiene derecho al cobro de todo lo debido (capital e intereses); no está obligado a recibir solo el capital, si se deben intereses.

Lugar

Establecido por el art. 1465 del CC. Debe pagarse en el lugar señalado en la convención. Si en el contrato no se previó lugar para el pago, hay que distinguir:

- a. si se trata de cosa cierta y determinada: debe pagarse en el lugar en que estaba la cosa en el tiempo de la convención. Los arts. 1728 y 2267 del CC tienen soluciones especiales para la compraventa y el depósito. Ante la imposibilidad de cumplir en esos lugares (por ejemplo, porque la obligación consiste en entregar una cosa que está fuera del país), debe entregarse la cosa en el domicilio que tenga el deudor al tiempo del cumplimiento;

629 Citados por Gamarra, Raúl, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 295.

630 *ADCU*, T. XXXI C. 580, TAC 4°, p. 259: «Nuestro derecho está regido por dos principios distintos: el de la identidad (la misma cosa debida) y el de la indivisibilidad (la totalidad de la cosa debida) en punto a provocar efecto extintivo de la relación obligacional y accesorias (arts. 1447, 1448, 1458 inc. 1°, 1459, 1466 y concordantes, CC). Nada impide, por no tratarse de regulaciones de orden público, que el acreedor admita que la actividad del deudor contrarie los principios de mención, recibiendo cosa distinta o pago parcial (arts. 1458 inc. 1°, 1459 CC), pero para que dicha actividad del acreedor pueda reputarse en naturaleza de renuncia-remisión (negocio jurídico abdicativo unilateral) que de principio no se presume, se reclama una manifestación de voluntad (expresa o tácita)»

631 Gamarra, Raúl, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 296

- b. tratándose de obligación de género, debe cumplirse, a falta de convenio, en el domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento.

Tiempo

Se debe pagar cuando la obligación se hace exigible, esto es, al vencimiento del plazo establecido. Si no se estableció plazo, de conformidad con el art. 1440 del CC, es exigible luego de los diez días de celebrado el contrato.

Efectos

De acuerdo al art. 1466 del CC la paga, desde el momento en que se verifica, extingue la obligación principal y las accesorias.

Gastos

De conformidad con el art. 1467 del CC corresponden al deudor.

Prueba

Si bien el recibo de pago constituye la forma principal de probar la extinción de la obligación, la doctrina acepta un criterio amplio para acreditar el pago, debiendo tenerse presente como señala Berdaguer⁶³² el art. 1595 del CC que establece que deberá consignarse por escrito público o privado toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad cuyo valor exceda 100 UR, con las excepciones establecidas en los arts. 1599 inc. 1° y 1598 del CC.⁶³³

El art. 1462 del CC es la única disposición referida a la acreditación del pago y solo prevé el supuesto en que los pagos son parciales o periódicos. La solución que brinda es que el recibo o carta de pago correspondiente al último período hace presumir el pago de los anteriores, salvo que exista prueba en contrario. Se trata por ende de una presunción simple, que admite la probanza en contrario.

No obstante, otras normas refieren al recibo como por ejemplo los arts. 1467, 1475 del CC, entendiéndose por tal «la declaración unilateral de voluntad del acreedor, expresada por escrito, mediante el cual el acreedor reconoce que se le ha pagado,⁶³⁴ recibo que también puede adoptar la forma de carta de pago notarial.

632 Citado por Gamarra, Raúl, en *Obligaciones...*, p. 302

633 Aun debiéndose admitir que el pago es un acto jurídico (sustentado en la voluntad de cumplir, de extinguir la obligación), precisamente un negocio jurídico (entendido como tal toda manifestación de voluntad encaminada a la obtención de un resultado práctico al que la ley reconoce y conecta un determinado efecto jurídico) de contenido unilateral y real, en el sentido que no basta la voluntad de cumplir sino que se reclama que efectivamente se realice la prestación (arts. 1448 y 1466 y concordantes CC), no pueden desconocerse las consecuencias de la carta de pago notarial estipulada en el instrumento público.

Porque no solo la indicada determina eficacia probatoria plena entre las partes como frente a terceros (arts. 1575 y 1576 y concordantes CC), sino en tanto por sus contenidos amerita ser calificado como de «carta de pago mixta», porque contiene una declaración confesoria (declaración de verdad) en la cual el acreedor reconoce (y confiesa) el hecho cumplido (el pago efectuado) y además una declaración de voluntad (se otorga carta de pago) con significación abdicativa: el declarante (acreedor) manifiesta que se da por satisfecho con el pago efectuado o, mejor, renuncia a realizar en el futuro cualquier reclamación vinculada con el referido cumplimiento (Berdaguer, *Anuario...*, T. XXVIII, pp. 443-446; 449-452). TAC 4°, S. n.º 84. 13.6.2001. (ADCU, T. XXXII, p. 261, Montevideo, FCU)

634 Cfme. Gamarra, Raúl, en *Obligaciones...*, p. 303

Imputación del pago

Como lo señalan los arts. 1475 a 1480 del CC, para que se presente el fenómeno de la imputación es preciso la concurrencia de tres elementos: a) que un deudor tenga varias deudas con él un mismo acreedor; b) que todas estas deudas sean de cosa fungible o del mismo género; c) que la cantidad que se pague no alcance a cubrir todas las deudas.

En estos supuestos, en primer término debe atenderse a la imputación convencional, esto es, a la voluntad de las partes: éstas son libres de determinar a qué deuda se imputa el pago. En ausencia de pacto, rige la imputación legal, para la cual el CC contiene varias disposiciones.

El art. 1476 del CC establece como requisitos para la procedencia de la imputación hecha por el deudor:

- a. debe hacerla el deudor en el momento del pago;
- b. debe tratarse de una deuda líquida;
- c. la elección del deudor no podrá ser sobre deuda que no era de plazo vencido. (art. 1476 inc. 2°);
- d. el deudor pierde la facultad de imputar si primero no hace la imputación a cuenta de los intereses. (art. 1478 inc. 1°).

De acuerdo al art. 1477 del CC, cuando se debe capital e intereses, la paga se imputa en primer lugar a éstos, salvo que se declare que el pago se hace de parte del capital y el acreedor no se opone a ello.

Cuando se trata de *imputación hecha por el acreedor*, rige el art. 1479 del CC.

Conforme al art. 1480 del CC, si hay varias deudas de plazo vencido, se imputa de la siguiente forma:

- a. a la deuda más gravosa para el deudor (por ej. la que devenga mayor interés);
- b. si todas las deudas son igualmente gravosas y todas de plazo vencido, el pago se aplica a la más antigua;
- c. en caso de igual antigüedad, el pago se prorratea entre todas ellas.

Pago con subrogación

El concepto de pago con subrogación lo brinda el art. 1468 del CC: se trata de una ficción jurídica por la cual una obligación pagada por un tercero se considera que continúa a favor de éste. De manera que, el tercero que realizó el pago por el deudor tiene derecho a reclamarle a éste el pago que efectuó. Quien paga se subroga, pasa a ocupar la situación del acreedor originario.

Requisitos

- a. Que exista el pago de una deuda
- b. Por un tercero diferente al deudor
- c. Que se transmitan los derechos del acreedor original a favor del tercero que pagó en lugar del deudor.

Clases

Están previstas en el art. 1469 del CC

- a. convencional:
 - por voluntad del acreedor o por pago (art. 1470).
 - por voluntad del deudor o por empréstito (art. 1471).

- b. por disposición de la ley (art. 1472).
 - La subrogación convencional por voluntad del acreedor se verifica en el mismo momento del pago, expresando claramente que se ceden los derechos por parte del acreedor a quien realiza el pago.

Por lo tanto exige tres requisitos:

- a. que el acreedor reciba el pago de manos de un tercero no interesado;
- b. una declaración del acreedor (que no exige solemnidad ni la expresa palabra subrogar), pero que debe surgir en forma inequívoca y, por tanto, su voluntad de subrogar al deudor, lo cual debe hacerse simultáneamente;
- c. tiene lugar con independencia de la voluntad del deudor.⁶³⁵
 - La subrogación convencional por voluntad del deudor o por empréstito tiene lugar cuando el pago lo realiza el propio deudor con dinero de un tercero, pasando éste a ocupar el lugar del acreedor. Para su procedencia se requiere una doble solemnidad: que el acto de préstamo y el del pago consten por escritura pública y que en las escrituras respectivas conste el origen y destino del dinero obtenido.

Los requisitos son:

- a. la documentación de ambos en escritura pública lo que le da fecha cierta, asegurando el derecho del tercero contra cualquier maniobra del deudor;
- b. en el préstamo el deudor declara que la suma ha sido solicitada para verificar el pago de determinada deuda que identifica, y en la carta de pago el acreedor declara que el pago se ha efectuado con dinero del nuevo acreedor.
 - La subrogación legal se verifica *ipso iure*, esto es, de pleno derecho, sin que se requiera manifestación volitiva del deudor, del acreedor o de quien paga por aquél.

La enumeración realizada por el art. 1472 del CC es taxativa. Los casos son los siguientes:

- a. acreedor que paga a otro acreedor privilegiado, hipotecario o prendario, aun cuando a este último no lo menciona la ley. El concepto de privilegio que emplea el artículo debe ser interpretado en forma amplia;
- b. pago por tercero interesado: codeudor o fiador;
- c. quien paga a los acreedores hipotecarios del inmueble adquirido;
- d. heredero beneficiario que paga con su propio dinero una deuda de la herencia;
- e. quien paga una deuda ajena con consentimiento del deudor. Si se paga contra la voluntad del deudor, solo puede operar la subrogación convencional por voluntad del acreedor de acuerdo al art. 1470 del CC.

Efectos

Están establecidos en los arts. 1473-1474 del CC.

- a. El subrogado queda colocado en la misma situación del acreedor, con todos los derechos, acciones y garantías que éste tenía contra el deudor;
- b. Hay una limitación cuantitativa: la subrogación opera hasta lo efectivamente pagado por el subrogante (art. 1473 num. 1°);
- c. Por acuerdo de voluntades puede limitarse la subrogación a ciertos derechos o acciones (art. 1473, num. 2°);

635 Cfm. Gamarra, Raúl, ob. cit., *Obligaciones...*, p. 293.

- d. En la subrogación legal, establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la que estaban obligados con otros, en la relación interna de los co-obligados el límite de la subrogación es la medida de contribución de cada uno (art. 1473 num. 3°);
- e. En la subrogación parcial: el acreedor originario por su saldo mantiene sus privilegios frente al deudor por sobre el subrogante (art. 1474).

Oblación y consignación

Es una figura de carácter liberatorio de la deuda por la cual el deudor queda exonerado luego de un procedimiento, con prescindencia de la actitud que haya tomado el acreedor. Tiene lugar cuando el acreedor se rehusa a recibir la suma debida. El Código Civil en los arts. 1481-1489 contempla la situación en que el acreedor se resiste injustificadamente a recibir la prestación que le ofrece el deudor. Como señala Gamarra⁶³⁶ en el derecho moderno se le llamó a este fenómeno *mora del acreedor*, en tanto no es la conducta del deudor lo que impide el cumplimiento, sino el comportamiento del acreedor.⁶³⁷

Es así como los derechos positivos incluyen normas que permiten al deudor extinguir su obligación con prescindencia de la voluntad del acreedor, procedimiento denominado «oblación y consignación» se ubica entre los modos de extinguir las obligaciones. Aclara el referido autor que la mora del acreedor es siempre un presupuesto o fase preliminar de la oblación y consignación ya que no es posible lograr la extinción de la obligación, sin constituir previamente en mora al acreedor.

La *oblación* es el ofrecimiento de pago que el deudor hace a su acreedor de la cosa debida. Mientras que la *consignación* es el depósito de lo debido.

Los requisitos para que la oblación sea válida son, de acuerdo al art. 1482:

- a. Que el acreedor se rehuse a recibir el pago, o que sea imposible pagar para el deudor, por ejemplo, porque desconoce el domicilio del acreedor. A tales efectos debe intimarse al acreedor el día, hora y lugar en que se hará la consignación y en caso de que no concurra se debe levantar un acta en el que conste la negativa del acreedor a recibir las especies obladas o su incomparecencia;
- b. Que el deudor quiera pagar;
- c. Que sea de la totalidad de lo debido y sus accesorios (intereses, gastos, etcétera);
- d. Que haya vencido el plazo para el pago de la deuda;
- e. Que la oblación se realice en el lugar señalado para el pago, si lo hubiere, o en su ausencia en el domicilio del acreedor o en el lugar del contrato, por medio de Juez de Paz o Alguacil.

La consignación de las sumas de dinero se realiza en el Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU). Realizada la oblación y consignación, el deudor puede pedir al juez que las declare bien hechas y que mande cancelar la deuda.

El art. 1488 se refiere a la oblación y consignación de especie cierta y determinada y el art. 1489 a la de cosa genérica.

636 Gamarra, ob. cit., *Tratado...*, T. XVII, vol. 1, p. 263

637 Gamarra distingue que la mora del acreedor (a diferencia de la oblación y consignación) carece de efectos liberatorios, no tiene por finalidad extinguir la obligación sino trasladar al acreedor el perjuicio que ocasiona al deudor la ilegítima resistencia de colaborar para que la prestación pueda cumplirse. (ob. cit. *Tratado...*, T. XVII, vol. 1, p. 266)

Efectos

De acuerdo al art. 1481, la consignación surte efectos similares al pago, en razón de que libera al deudor. Además, traspasa al acreedor los riesgos por deterioro o destrucción de la cosa (se relaciona además con el art. 1484).

Paga por entrega de bienes

Constituye una excepción al principio establecido por el art. 1458, inc. 1° del CC, en cuanto a que el pago no se hace de la misma cosa debida.

Son elementos de la *datio in solutum* conforme a los arts. 1490-1493:

- a. Que se entregue una cosa distinta a la debida;
- b. con consentimiento del acreedor. Se trata por consiguiente de una convención de naturaleza no contractual, dado que su fin es extinguir obligaciones y no crearlas;
- c. que el acreedor sea persona capaz, en razón de que el art. 1492 prohíbe a los representantes legales aceptar pago por entrega de bienes;
- d. que la cosa se reciba en calidad de pago y no con otra finalidad (*v. gr.* garantía).

Requisitos para que proceda

- a. que haya una obligación que se trata de extinguir;
- b. diferencia entre la prestación debida por la obligación preexistente y la nueva prestación que sustituye a la anterior;
- c. que lo que se entregue en pago no sea dinero;
- d. consentimiento entre deudor y acreedor;
- e. capacidad de las partes;
- f. debe realizarse con las solemnidades legales.

Paga con beneficio de competencia

Este beneficio regulado en los arts. 1494-1496 del CC es un favor para ciertos deudores que recibe aplicación aún contra la voluntad del acreedor. Constituye una excepción al art. 1459 en cuanto a que el pago no se hace de la totalidad de lo debido, sino solo de una parte.

Alcance objetivo de la figura

a. el deudor no está obligado más que a pagar lo que pueda, manteniendo lo indispensable para su modesta sustentación; b. debe pagar lo que no pagó por aplicación del beneficio, en caso de que mejore su fortuna. El CC se refiere inadecuadamente a que el beneficio es *con cargo de devolución*, pero no se puede devolver nada, ya que nada se recibió.

Alcance subjetivo de la figura. Beneficiarios

Conforme al art. 495 pueden revestir la calidad de tales:

- a. Descendientes o ascendientes;
- b. Cónyuge;
- c. Hermanos;
- d. Consocios, en cuanto a las acciones que nazcan del contrato de sociedad;
- e. El donante, en cuanto se trate de hacerle cumplir la donación prometida;
- f. El deudor de buena fe que hizo cesión de bienes (arts. 2359 y ss.): solo tiene lugar el beneficio respecto a los acreedores a cuyo favor hizo dicha cesión. Es decir, que el deudor puede mantener lo necesario para su modesta sustentación.

Compensación

Está regulada en los arts. 1497-1514 del CC. Si bien no existe una definición legal, la doctrina señala que la compensación es un modo de extinción de las obligaciones que se verifica cuando dos personas tienen relación de crédito y de deuda en situación inversa. La deuda de cada uno se reduce en proporción de su crédito y viceversa. La extinción es total cuando créditos y deudas son de igual monto, y en caso de desigualdad la compensación procede sólo hasta la concurrencia del crédito menor.⁶³⁸

La *compensación legal*, conforme al art. 1498, se verifica de pleno derecho, *ipso iure*, siempre que existan las condiciones que prevé la ley, principalmente en los arts. 1497 y 1499:

- a. ambas partes deben tener la calidad de acreedoras y deudoras recíprocamente —art. 1497—.
- b. el objeto de las deudas recíprocas debe ser del mismo género —art. 1499 nral. 1°— (*v. gr.* de dar suma de dinero). No procede la compensación cuando la obligación de una de las partes es dar cosa cierta y determinada o en caso de que una de las deudas fuera alternativa o facultativa. Tampoco son compensables las obligaciones de hacer y no hacer;
- c. las obligaciones deben ser líquidas —nral. 2°—, esto es, debe conocerse el monto adeudado por cada parte. Por ej, no es líquido el monto que se debe por responsabilidad extracontractual hasta tanto por una sentencia judicial o por otro medio no se determine el monto debido;
- d. que las deudas sean exigibles —nral. 3°—, o sea, haya vencido el plazo para su pago; o se haya cumplido la condición.
- e. deben ser deudas personales entre los involucrados —nral. 4°—. No es admisible compensar una deuda debida por el padre con un crédito debido al hijo sometido a patria potestad.

Limitaciones

- a. Cuando se demanda una cosa que fue objeto de despojo, depósito o comodato, aun cuando por haberse perdido la cosa se trate de pagarla en dinero. Por ej. si A debe una cosa a B porque éste se la dejó depositada, aquél no puede negarse a la devolución alegando que B le debe una suma de dinero (art. 1509).
- b. Las deudas provenientes de obligaciones alimentarias. Los tribunales incluyen dentro éstas las reclamaciones salariales de los trabajadores a los empleadores. (art. 1510).
- c. No se puede compensar lo debido por algún acto de violencia o de fraude. Por ej, si A despoja violentamente o con fraude a B de un bien, y B le reclama el bien a A, éste no puede decir que se compensa con una deuda que B tenía con él. Se trata de interdicar la justicia por la propia mano (art. 1510, *in fine*).
- d. Los impuestos y tasas debidas al Estado, en cuyo caso no se puede oponer contra el Estado la compensación en tanto constituyen los medios económicos para el cumplimiento de sus funciones (art. 1511).
- e. La compensación no tiene lugar cuando con su aplicación se perjudican derechos ya adquiridos por terceros. Por ejemplo, no procede en caso de que el crédito de uno de

638 Peirano citado por Gamarra, Raúl, en ob. cit. *Obligaciones...*, p. 305

los deudores haya sido embargado por un tercero, pues de admitirse se desconocería el derecho del acreedor embargante (art. 1512).

- f. El deudor solidario no puede invocar la compensación del crédito del acreedor con la deuda de otro de los codeudores solidarios (art. 1504).⁶³⁹

Efectos

La compensación tiene efectos similares al pago, en razón de que desde el momento en que se produce se extingue la deuda y dejan de correr los intereses. Consecuentemente, como de manera innecesaria, en razón de tratarse de negocios accesorios, lo prevé el art. 1513, se extinguen también las garantías respectivas de cada deuda a la vez que interrumpe la prescripción.

En caso de que el monto de las deudas a compensar sean desiguales, la compensación opera hasta el monto de la menor de dichas deudas.

Es decir una vez alegada extingue ambas obligaciones hasta la concurrencia de la obligación de menor valor, extinguiéndose las garantías fianzas e hipotecas constituídas para garantizar la deuda.

Compensación voluntaria

Doctrinariamente se distingue la compensación *convencional* que es aquella que nace del acuerdo de voluntades de compensar deudas recíprocas para su extinción, de la *facultativa* que se verifica cuando falta uno de los requisitos de la compensación legal y una de las partes tiene interés y puede complementarlo o subsanarlo. (v. gr. una de las deudas no está vencida). Los interesados son libres de no tomar en consideración ese aspecto e igualmente proceder a considerar extinguidas esas deudas.

Compensación judicial

Se verifica en situaciones en que falta alguno de los presupuestos de la compensación legal, recurriéndose al juez para que la conceda. Corresponde señalar que la sentencia que hace lugar a la compensación legal es declarativa en tanto la compensación ya operó, posee efectos *ex tunc* en tanto la decisión dictada por el juez en un caso de compensación judicial es constitutiva, por lo que sus efectos son *ex nunc*.⁶⁴⁰

Este modo de extinción de obligaciones —como lo señala Raúl Gamarra— fue muy utilizado en procedimientos judiciales ejercitados por los deudores de los bancos liquidados durante la crisis financiera y bancaria del 2002, quienes para poder compensar sus deudas adquirieron créditos contra dichas instituciones bancarias (mediante eurobonos) a un precio bajo por lo dudoso de su cobro. La posición mayoritaria de la jurisprudencia entendió no aplicable la compensación legal para las situaciones planteadas en tanto o bien se demostró que los deudores habían adquiridos sus créditos con posterioridad a la crisis y a un precio vil o no acreditaron la titularidad de los bonos para compensar las deudas anteriores con los bancos en liquidación (Cfme. SCJ S. 32/2006 en *ADCU*, T. XXXVII, c. 133)⁶⁴¹

639 Cfme. Gamarra, Raúl, en ob. cit. *Obligaciones...* p. 310.

640 Cfme. Gamarra, Raúl. ob. cit., *Obligaciones...*, p. 311.

641 Cfme. Gamarra, Raúl, ob. cit., p. 312

Remisión

Es un modo de extinción de las obligaciones en el cual el acreedor no recibe satisfacción de lo debido por el deudor. El concepto de remisión lo brinda el art. 1515 del CC, según el cual es la renuncia que hace el acreedor de los derechos que tiene contra el deudor. Se trata pues de una renuncia o negocio abdicativo, que tiene por fin el perdón de lo adeudado.

Para remitir es preciso la capacidad plena, o al menos relativa, de quien remite (art. 1516).

Clases

- a. Expresa. No está sometida a solemnidades.
- b. Tácita. De la conducta asumida por el acreedor surge su intención de remitir. (art. 1517)

Son casos de remisión tácita:

- a. la entrega del documento que sirve de título al crédito;
- b. la rotura o cancelación del referido documento.

Efectos

La remisión hecha al deudor principal, como corolario lógico, también libra al fiador o a quienes garantizan la obligación de aquél (art. 1523 C.C.).

Sin embargo, la remisión del fiador no libra al deudor principal.

En caso de pluralidad de fiadores, la remisión a uno de ellos no libra a los demás

Conforme al art. 1524 del CC, la remisión puede ser gratuita u onerosa, pero en caso de que un fiador pague para liberarse de su obligación, ese monto debe imputarse a la deuda y aprovecha tanto al deudor principal como al resto de cofiadores.

Novación

Consiste en la sustitución de la vieja obligación, que queda extinguida por una nueva, la cual ocupa el lugar de aquélla. A diferencia del pago en que se produce la extinción de la obligación, en la novación el acreedor no ve satisfecho su crédito, sino que simplemente se extingue la obligación originaria por sustitución por otra.

Requisitos

- a. Que haya una obligación antigua que deba quedar extinguida. Si esta antigua obligación resulta que no existe o había sido cancelada no puede existir novación y la segunda obligación es ineficaz;
- b. que se cree una nueva obligación que sustituye a la anterior;
- c. que haya una diferencia sensible entre la antigua obligación y la nueva. Esta nueva obligación no debe ser idéntica a la anterior, dado que si lo fuera habría ratificación de la obligación primitiva y no sustitución;
- d. que exista animus novandi, esto es, voluntad y ánimo de novar entre acreedor y deudor;
- e. capacidad para otorgarla.

Distintos tipos

El art. 1526 del CC menciona en qué pueden consistir los cambios entre una obligación y la otra:

- a. en un nuevo objeto (*v. gr.* la moneda pactada) o condiciones de la obligación (*v. gr.* plazo);
- b. en un cambio de acreedor. En este caso se requiere consentimiento del acreedor, deudor y del nuevo acreedor. (art. 1543 del CC);
- c. en un cambio de deudor. En esta última hipótesis, se pueden dar distintas situaciones:
 - cuando el cambio de deudor se efectúa con consentimiento del deudor originario, se llama *delegación*. Es el acto en virtud del cual una persona llamada delegante pide a otra llamada delegada, para que se obligue frente a un tercero, el acreedor, que se llama delegatario. Puede ser de dos especies:
 - perfecta: se produce cuando el acreedor exonera de la obligación al aceptar al nuevo deudor, se necesita consentimiento del primer deudor y del acreedor, liberando al primitivo deudor;
 - imperfecta: cuando a pesar de mediar los tres consentimientos, el acreedor no libera al primitivo deudor;
 - el cambio de deudor puede efectuarse sin consentimiento del deudor originario. Se denomina *expromisión* cuando entre el acreedor y el nuevo deudor se conviene y el acreedor consiente que el primer deudor quede liberado, quien no interviene en el acuerdo⁶⁴². Se denomina *adpromisión* cuando el acreedor además de aceptar al nuevo deudor no exonera al primitivo. El primer caso, en que hay un nuevo objeto y se mantienen los mismos sujetos activo y pasivo, se denomina novación objetiva y los otros dos, novación subjetiva.

Efectos

- a. Se extingue la obligación antigua y sus accesorios (por ej. los intereses adeudados).
- b. Nace una nueva obligación que puede tener diferente objeto, modalidades y/o sujetos.

Confusión

Está definida en el art. 1544 del CC. Tiene lugar cuando en una misma persona, sea por herencia o por otro suceso legal, se reúnen dos calidades inconciliables o antagónicas (la de acreedor y deudor) respecto a una misma obligación cuyo concurso haga imposible el cumplimiento de la obligación.

642 «Lo esencial de la delegación acumulativa (Messineo, *Manual...*, T. 4, p. 199) es que el deudor originario (delegante) no queda liberado (artículo 1531 CC) por la existencia de un tercero imputado para hacer el pago (Blengio, *Anuario...*, T. VII; Berdaguer, *Fundamentos...*, T. II, p. 117); en la expromisión el tercero queda obligado solidaria o subsidiariamente con el deudor originario, según lo pactado (artículo 1531 inciso 3° in fine CC); y en la asunción de la deuda ajena, el que asume la carga es un tercero respecto al acreedor, no asume una obligación con el acreedor (sólo es deudor el deudor originario). (Berdaguer, *Fundamentos...*, T. II, p. 117)... La novación subjetiva conduce nuevamente a la delegación y a la expromisión (variante dentro de la novación subjetiva, al decir de Peirano, *Curso de obligaciones...*, T. 6°, p. 218). A partir de ahí todo se define por el art. 1530 CC («la novación no se presume: es necesario que se declare la voluntad de verificarlo o que resulte claramente el acto por incompatibilidad de las obligaciones de otra manera inequívocas»)». TAC 2°, S. n.° 25. 6.3.2002. C. 434; ADCU, T. XXXIII, p. 181, Montevideo, FCU)

Uno de los supuestos en que puede acontecer la confusión es cuando el acreedor fallece y su único heredero es el deudor. En este caso, al adquirir el heredero la calidad de acreedor de una deuda propia de él, ésta se extingue. Sin embargo, la confusión no tiene lugar cuando hay separación de patrimonios, sea por el beneficio de inventario o el de separación que eventualmente tienen lugar en la sucesión hereditaria (art. 1547 CC).

Puede recaer no solamente sobre derechos personales, sino también sobre derechos reales. En materia de usufructo, cuando se extingue el derecho de usufructo, se confunde el derecho del nudo propietario con el del usufructuario (art. 537 Nral. 3°). En la servidumbre sucede lo mismo cuando el dueño del predio dominante deviene en dueño del predio sirviente, existiendo dos predios que pertenecen al mismo dueño (art. 643 Nral. 1°).⁶⁴³ En todos los casos enunciados se parte del supuesto de que una persona es acreedora y deudora de sí misma.

La confusión que extingue la obligación principal, extingue también las fianzas, prendas e hipotecas. El art. 1544 del CC establece «Si ésta fuese principal, se extinguirán con ella todos sus accesorios». No obstante la confusión que extingue las fianzas, prendas e hipotecas, no hace que se extinga la obligación principal. Así, el art. 1545 del CC indica:

La que se verifica por la reunión de las calidades de acreedor y de fiador, o de las calidades de fiador y de deudor principal, si bien extingue la fianza, no lleva consigo la extinción de la obligación principal, ni de las demás garantías, si las hubiere.

Asimismo, el art. 1546 del CC prevé que puede haber confusión parcial, lo que hace que se extinga parcialmente la obligación.

Puede operarse entre un deudor y un acreedor o entre varios deudores y varios acreedores. Al efecto, el art. 1545 inc. 3° expresa que «La que se verifica por la reunión de las calidades de acreedor y de codeudor solidario no aprovecha a los otros codeudores solidarios, sino en la parte en que aquél era deudor. La misma regla tiene lugar en el caso de solidaridad activa».

Efectos

Extingue la obligación principal y las accesorias. No obstante el art. 1548 del CC prevé que:

- a. en caso de revocación por nulidad legal de su causa, se desvanecen los efectos que había producido, recobrando las partes sus derechos anteriores y demás accesorios;
- b. en caso de revocación por convenio de partes que, aunque eficaz entre ellas no permite revivir en perjuicio de terceros los accesorios de la obligación.

Imposibilidad de pago

Las obligaciones de dar, hacer o no hacer se extinguen sin que exista responsabilidad por daños y perjuicios cuando la prestación debida se vuelve:

- a. Físicamente imposible (*v. gr.* destrucción de la cosa debida o pérdida de la aptitud física para quien estaba obligado a realizar una obra);
- b. Legalmente imposible, esto es, si la cosa sale del comercio (*v. gr.* si un fármaco se vuelve inalienable).

643 Aspectos analizados en los capítulos 5 y 6 de la tercera parte de este manual «Bienes y Modos de Adquirir»

Requisitos

- a. Debe ser posterior al nacimiento de la obligación cuyo pago se hace imposible (si hubiera sido anterior al nacimiento de la obligación, ésta no existiría por falta de objeto);
- b. Para que exista imposibilidad de pago, debe ser completa y absoluta (no existe imposibilidad, por ejemplo, cuando puede ser ejecutada por un tercero);
- c. La imposibilidad no debe depender de un hecho del deudor (en cuyo caso se estaría ante un supuesto de responsabilidad).

Según el art. 1550, la cosa cierta y determinada solo se entiende que perece cuando: a) se destruye completamente; b) queda fuera del comercio; c) se pierde de modo que no se conoce su paradero.

Cuando la cosa perece por culpa del deudor o habiendo sido constituido en mora, la obligación subsiste, pero cambia su objeto: el deudor queda obligado al pago del precio y los daños y perjuicios.

Situación del acreedor

En las obligaciones de dar, la imposibilidad de pago no extingue la obligación recíproca del acreedor; por ej. de pago del precio (art. 1557 CC).

En cambio, en las obligaciones de hacer y no hacer, la extinción opera tanto para el deudor como para el acreedor.

Obligaciones de género

En las obligaciones de género, el perecimiento de la cosa siempre es para el deudor, en razón del principio de que el género no perece (art. 1558 CC).

Nulidades⁶⁴⁴

Con carácter previo, corresponde señalar que el art. 1261 del CC determina cuáles son los requisitos esenciales para la validez de los contratos, es decir los que el legislador consideró indispensables a fin de lograr el perfeccionamiento del contrato, y cuya inobservancia trae aparejada su nulidad. Paralelamente, el art. 1560 del CC dispone que el objeto o causa ilícita, así como la incapacidad absoluta producen nulidad absoluta.

Con un criterio amplio, la doctrina entiende que ante la falta de un elemento esencial para la formación del contrato, aunque exista no reúne las calidades exigidas, se produce una invalidez en grado de nulidad absoluta que corresponde ser apreciado en el momento del perfeccionamiento mismo del contrato.

La solemnidad que es requisito de validez en determinados contratos tiene origen legal, por lo que será nulo a tenor de lo dispuesto por el art. 8 que sanciona lo hecho contra las leyes prohibitivas, si en las mismas no se dispone lo contrario.

⁶⁴⁴ Respecto a la distinción entre inexistencia y nulidad Gamarra sostiene que es inadmisibles en nuestro derecho positivo porque el Código califica de nulos típicos casos de inexistencia, el concepto de nulidad absoluta tal como fue legalmente plasmado coincide con el de inexistencia, porque el contrato absolutamente nulo es aquél que no ha llegado a formarse, que no existe, como afirma Sánchez Fontáns, en nuestro código «la nulidad absoluta equivale a la inexistencia del contrato». Ob. cit. *Tratado...*, Doctrina general..., T II. p. 106.

Nulidad absoluta

El contrato absolutamente nulo es aquel que carece de alguno de los requisitos esenciales del negocio jurídico: (ausencia de causa, objeto, o consentimiento, actos de incapaces absolutos) o que carecen de las calidades exigidas por la ley (la causa o el objeto son ilícitos), los que deben existir al momento de su perfeccionamiento.⁶⁴⁵

Causas

El art. 1560 del CC establece que producen nulidades absolutas: «un objeto o causa ilícita» así como «la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen». Así como «los actos y contratos de personas absolutamente incapaces». ^{646, 647} En cuanto a la ausencia de consentimiento, causa y objeto tienen la misma consecuencia, invalidez en grado de nulidad absoluta. También produce nulidad absoluta lo hecho contra las leyes prohibitivas en aplicación del art. 8 del CC.⁶⁴⁸

Quiénes pueden solicitarla

El art. 1561 indica: «puede alegarse por todo el que tenga interés en ello» lo que permite accionar no sólo a las partes que celebraron el acto o contrato nulo, sino también los terceros que no intervinieron en su formación.

- 645 No toda violación de una norma jurídica conlleva necesariamente a la nulidad absoluta del acto o negocio celebrado en contravención de aquella, así como no todo lo hecho en contra a lo dispuesto por la norma jurídica es indefectiblemente ilícito. Para determinar la configuración de la ilicitud es menester examinar la naturaleza de la norma infringida y no es suficiente la calificación de «orden público». Al respecto y tratando la distinción entre negocio nulo y negocio ilícito, enseña Gamarra, que la nulidad se concreta en la violación de una norma ordenativa «donde la ley no constriñe al individuo a una acción o conducta sino que subordina su protección al cumplimiento de ciertas condiciones», mientras que la ilicitud requiere que se actúe haciendo lo que está vedado o prohibido por la ley prohibitiva (*Tratado...*, T. XVI, p. 78). A lo expuesto debe sumarse que aún frente a una norma prohibitiva no es inexorable la consecuencia de nulidad que se derivaría de lo dispuesto por el artículo 8 del Código Civil, porque el principio de conservación del contrato y la vastedad de prohibiciones legales llevan a la conclusión que el intérprete tiene derecho a distinguir frente a cada caso concreto (ob. cit. p. 81). TAC 1°, S. n.º 223. 4.12.2002. C. 440 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 184).
- 646 ADCU, T. XXXI, C. 567, 568, 569 y 570 TAC 6°, p. 248, 249. Pronunciamientos en los que se analiza la hipótesis prevista en los arts. 438 y 439 del CC en supuestos de otorgamiento de negocios jurídicos por parte de quien aún no está declarado en estado de interdicción, en cuyo caso es menester probar judicialmente que la incapacidad existía al momento de celebrar el contrato (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. X, 3° edición, pp. 132-133) y en caso de fallecimiento se debe acreditar que la demencia resulte del propio acto impugnando (Anuario...T. XV, C. 498, pp. 212-213; Gamarra, *Tratado...*, T. X, 3° edic. p. 138, nota 42).
- 647 «Debe aplicarse el artículo 439 CC, dado que cuando una persona ha fallecido, no pueden ser impugnados sus actos entre vivos por causa de demencia, a no ser que ésta resulte de los mismos actos o que haya sido consumado después de intentar la demanda de incapacidad; ella con reenvío expreso al artículo 831 CC y en condiciones tales que el fundamento y el alcance de la disposición (DJA, 5, 104, LJU, 716), los actos anteriores a la interdicción (si ésta existiera) (LJU, 60) y las condiciones para poder impugnar el acto, cuando de éste emerge la demencia (LJU, 2624) o inclusive en casos especiales (DJA, 30, 371) son de interpretaciones restrictivas.» TAC 7°, S. 185. 2.10.2002. C. 438 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 183).
- 648 «La compraventa celebrada por el causante y su segunda cónyuge cuando no estaban separados entre sí (y aunque lo estuvieran) son absolutamente nulos a la luz de la clara disposición legal aplicable (artículo 1675 CC). Las compraventas referidas efectuadas entre cónyuges son absolutamente nulas por falta de legitimación pasiva lo que implica la existencia de causa u objeto ilícito por la violación de normas prohibitivas de conformidad con los artículos 8, 1283, 1284, 1288 y 1560 CC (Cfm. Gamarra, *Tratado...*, T. III, volumen 1° pp. 179-185, 189-191, 193-192; *Tratado...*, T. X, ps. 190-194, 200-201, 214 y 233-235; *Tratado...*, T. XVI, p. 82-86, 133 y 144-145). Trib. Familia 1°, S. n.º 78. 13.6.2001. Monserrat Grau (red.), Martínez Rosso, Pérez Manrique, Battistella de Salaberry. Caso 537; ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 250.

El art. 1561 sin embargo establece que la nulidad no puede alegarse por el que celebró el contrato «sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba», con la finalidad de impedir que quien actuó en tales términos pueda sustraerse al cumplimiento de las obligaciones asumidas.

«Puede y debe ser declarado por el Juez de oficio, cuando aparece de manifiesto», es decir sin petición expresa de la parte, actuación que también puede ser solicitada por el Ministerio Público dentro del ámbito de su competencia (en situaciones en que pueda hallarse interesada la causa pública, así como en protección de los menores e incapaces (Ley n.º 15.365, arts. 3 y 10 nal. 5º).

Efectos

El negocio afectado de nulidad absoluta no sólo carece de efectos *ab initio* sino que nunca podrá producirlos porque la deficiencia que lo aqueja es insubsanable, ni por el paso del tiempo ni por voluntad de las partes en tanto no se puede ratificar. Ello permite equiparar este tipo de nulidad con la inexistencia en tanto la falta de requisitos esenciales impide la formación del contrato, que carece legalmente de existencia, no se ha formado, no tiene efecto alguno.⁶⁴⁹

En caso que el negocio nulo hubiera tenido algún principio de actuación, corresponde retrotraer las cosas al estado anterior en tanto su desenvolvimiento no encuentra respaldo jurídico, por lo que la repriminación no es un *efecto* de la nulidad sino una consecuencia de la imposibilidad de desplegar efectos del negocio nulo. Como señala el art. 1565 del CC «las partes deben ser repuestas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

La sentencia que declara la nulidad absoluta se limita a constatar una nulidad preexistente a su decisión en tanto proviene de la ausencia de uno de los requisitos esenciales para la validez del negocio, por lo que se sostiene que constituye una nulidad *ipso jure*.

Nulidad relativa

En la nulidad relativa el contrato existe y produce efectos porque el vicio no reviste entidad para impedir la formación de negocio. Ej. El contrato se formó porque existía consentimiento, pero el consentimiento adolece de alguno de los vicios (error, violencia o dolo), o fue celebrado por un incapaz relativo que puede manifestar una voluntad hábil.

Causas

El inc. final del art. 1560 establece «Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la anulación del acto o contrato». Criterio residual que corresponde entender comprendido dentro de esta hipótesis los vicios del consentimiento (error, violencia o dolo art. 1269), así como los actos emanados de los incapaces relativos.

Quiénes pueden solicitarla

El art. 1562 establece: sólo puede solicitarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes. Es decir que posee la titularidad de la acción (o excepción) el sujeto víctima del dolo, error o violencia, o en su caso el incapaz relativo. (art. 1568 CC); el juez sólo puede actuar en caso de que la parte lo requiera.

649 Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, Doctrina general...T II. p. 115.

Efectos

- a. no impide que el negocio produzca sus efectos como si fuera válido;
- b. es subsanable por el transcurso de un plazo de 4 años (art. 1568) o por la ratificación de las partes. La confirmación subsana la nulidad relativa (art. 1570);
- c. la ley permite que se impugne judicialmente el acto relativamente nulo en cuyo caso la declaración de nulidad extingue el contrato (art. 1562) y las obligaciones que hubiera generado (art. 1559), retroactivamente («tal como si no hubiera existido», art. 1565).

Por consiguiente, como señala Gamarra⁶⁵⁰ el negocio relativamente nulo está en una situación que puede calificarse como transitoria:

- a. los efectos originarios pueden volverse definitivamente estables (y el negocio validarse definitivamente) si el sujeto legitimado no reclama la nulidad (art. 1568) o confirma el acto inválido (art. 1570);
- b. los efectos (y el negocio mismo) pueden aniquilarse con efecto retroactivo cuando la nulidad es reclamada y el juez la declara (art. 1565).

Prescripción de la acción y de la excepción

El art. 1568 del CC señala que el plazo para pedir la anulación durará cuatro años (en ambas hipótesis), fijando el comienzo del plazo en cada uno de los supuestos, siendo la regla general que el interesado se encuentre en condiciones de hacer valer su derecho. A su vez, el art. 1569 del CC regula el plazo de prescripción respecto de los herederos del incapaz, también legitimados para solicitar tal declaración.

Efectos de la sentencia

La sentencia que declara la nulidad tiene naturaleza constitutiva a diferencia del fallo que se dicta cuando la nulidad es absoluta (sentencia declarativa), extingue el contrato y las obligaciones que produjo (art. 1559)

Ratificación. Requisitos, caracteres, formas y efectos

Como señala Gamarra⁶⁵¹ los caracteres más relevantes de la confirmación pueden resumirse en:

- a. negocio jurídico;
- b. unilateral;
- c. emanado del sujeto que es titular del derecho de impugnación;
- d. sólo puede realizarse válidamente cuando el vicio que provoca la nulidad dejó de obrar.

Según el art. 1570 del CC la confirmación puede ser tanto expresa como tácita, siendo suficiente que se exprese que confirma el acto que adolece de nulidad relativa, debiendo observarse la forma requerida por la ley conforme al acto que se ratifica (inc. 2°). La confirmación tácita es la ejecución voluntaria de la obligación (inc. 3°), exteriorizando una voluntad que corresponde ser interpretada como confirmación de la nulidad relativa.

650 Cfm. Gamarra, ob. cit. *Tratado...*, Doctrina general...T II, p. 123.

651 Gamarra, ob. cit., *Tratado...*, Doctrina general...T II, p. 128.

Por lo que concluye el referido autor que es lícito hablar de *subsunción* de la nulidad relativa, por cuanto el acto o contrato confirmado deviene inatacable y al desaparecer la posibilidad de su anulación la eficacia se consolida definitivamente

Prescripción

La prescripción extintiva es un modo de extinguir obligaciones por no haber el acreedor ejercido sus derechos y acciones durante un tiempo determinado, conforme a los demás requerimientos indicados por los arts. 1188-1244 del CC.

Fundamento de la prescripción extintiva

Doctrinariamente se han sostenido como fundamentos de este modo de extinguir obligaciones:

- a. que constituye una sanción por negligencia del acreedor;
- b. se basa en la presunción de que no se poseen los derechos que no se ejercen;
- c. subyace en la seguridad de las relaciones jurídicas.

Requisitos

- a. que las acciones del acreedor no sean imprescriptibles (p. ej. las que tienen por fundamento el dominio)
- b. transcurso del tiempo (art. 1188). El plazo para la prescripción empieza a contarse desde que la deuda sea exigible (art. 1216 inc. 2°), principio que tiene excepciones como la del art. 1741 del CC que establece que el plazo se empieza a contar desde la fecha del contrato.
- c. inacción del acreedor (denominado también silencio de la relación jurídica).⁶⁵² Es decir que no ejecuta ningún acto que signifique la intención de hacer efectivo el crédito, o de la existencia misma del derecho o de la obligación.

Prescripciones largas y cortas

El art. 1215 del CC regula la prescripción de las acciones reales, estableciendo que: «Toda acción real se prescribe por treinta años». En realidad, este término prescriptivo atiende a la situación que un tercero poseedor pretende adquirir el dominio a través del modo prescripción.

Las acciones personales, como lo indica el art. 1216 del CC prescriben por veinte años, indicándose que el tiempo comienza a correr desde que la deuda sea exigible.

El art. 1217 del CC, por su parte, establece que el derecho de ejecutar por acción personal se prescribe por diez años, es decir no se prescribe la deuda sino el derecho de hacer efectivo el crédito mediante juicio ejecutivo, transcurridos los cuales la vía procesal es el juicio ordinario.

Asimismo, el legislador estableció prescripciones cortas:

- a. extintivas enunciadas en el art. 1221
- b. presuntivas, en los arts. 1222 a 1225.

652 Cfme. Prunell, ob. cit. *Obligaciones...*, p. 359

En éstas, conforme al art. 1227 del CC no surten efecto si se prueba que el deudor pagó al establecer: «La persona a quien se opusiere alguna de las prescripciones comprendidas en los artículos 1222 a 1225, podrá exigir que el que la opone declare bajo juramento⁶⁵³ que la deuda está realmente pagada».

Interrupción de la prescripción

Puede ser natural o civil. Hay interrupción natural cuando es el deudor que interrumpe el silencio de la relación jurídica (art. 1234), y civil cuando es el acreedor el que rompe el silencio (art. 1235 CC).

Con relación a esta última disposición se han señalado distintas posiciones en doctrina y jurisprudencia. Una posición sostiene que el acto susceptible de interrumpir la prescripción es el emplazamiento notificado, no siendo suficiente la mera presentación de la demanda.⁶⁵⁴ Así, se ha expresado:

El art. 123.1 del CGP ratifica esta posición al disponer que el emplazamiento es la convocatoria al demandado para que comparezca a estar a derecho dentro del plazo pertinente, haciéndole saber en la forma prevista por la ley. Esto implica que el emplazamiento es un acto complejo que se integra con un decreto y su notificación. Nadie puede ser convocado si no es al mismo tiempo notificado de que debe hacerlo^{655, 656}

Una segunda posición sostiene que la prescripción se ve interrumpida únicamente con el acto procesal del emplazamiento judicial, no su notificación, porque el cumplimiento de ese acto escapa a la voluntad y/o actividad del promotor.^{657, 658} Una tercera posición se

653 Aspecto que se abordará en el Capítulo 16 «Prueba de las Obligaciones» Cuarta parte de este Manual.

654 ADCU, T. XXXI, C. 638, SCJ p. 290, c. 639, 640, ; TAC 2°, c. 641, TAC 4°, c. 642, TAC 6°, c. 643, TAC 7°, pp. 291-292,

655 LJU, T. CVI, p. 59 y ss; ADCU, T XXXIII, C. 505; S. n.° 276 SCJ, y CGP, obra dirigida por el Prof. Vescovi, T. 3, pp. 387/388).

656 En sentencia n.° 880/95 la Corte expresó: «En lo atinente al punto de si la sola presentación de la demanda interrumpe el plazo de la prescripción o por el contrario debe verificarse el emplazamiento seguido de notificación, la Corporación entiende que esta última es la posición correcta, es decir que se requiere la efectiva notificación a la parte demandada del decreto que dispone su emplazamiento». En igual sentido se ha pronunciado la Corte en Sentencias 805/96 y 1007/97: «No es el emplazamiento sin aditamento alguno sino el notificado el que produce la interrupción con lo que entonces el hecho que la constituye es, en verdad, su notificación». Y agrega: «Evidentemente la prescripción se interrumpe tanto en materia civil como comercial por el emplazamiento notificado a la parte» (Cfm. Jorge Lagarmilla, «La notificación del emplazamiento como causa de interrupción civil de la prescripción», RDJA, T. 53, pp. 1-55). Dado que tanto el artículo 1026 del Código de Comercio como el artículo 1235 del Código Civil aluden al emplazamiento notificado». Véase asimismo sobre el tema Sentencia 139/99. Esta tesis civil a rectificar ahora por el artículo 123.1 CGP dice que el emplazamiento es la convocatoria del demandado para que comparezca a estar a derecho dentro del plazo pertinente haciéndole saber en la forma prevista por la ley. Esto implica que el emplazamiento es un acto complejo que se integra con un decreto y su notificación. Nadie puede ser convocado si no es al mismo tiempo notificado de que debe hacerlo (Cfm. Daniel Ceretta, Nelly Delascio, María del Carmen González, «El emplazamiento como medio idóneo para interrumpir civilmente la prescripción conforme al Código Civil y al Código General del Proceso», LJU, T. 106, p. 59 y siguientes). Obsérvese que no obstante el conocimiento de la demanda por cualquier medio -en el caso de autos por la invocada por la Sala de la comparecencia en audiencia del inventario, en la cual los demandados controvirtieron el derecho del tercerista (hoy demandante)- resulta únicamente idóneo para interrumpir la prescripción el emplazamiento formal (convocatoria) notificado (citación). SCJ, S. n.° 276, 9.11.2001. C. 600 (ADCU, T. XXXII, p. 286, Montevideo, FCU)

657 ADCU, T. XXXI, 637, TAC 7° p. 289 (S. n.° 102/93, 109/98 y 218/99; Anuario..., T. XXIV, C. 901; T. XXIX, C. 513)

658 Para el Tribunal la prescripción no tiene en cuenta las alternativas de notificación-emplazamiento; basta con una acción en tiempo útil desde el punto de vista procesal. Ver por ejemplo Anuario..., T. XXIX, C. 513,

pronuncia por la aptitud interruptiva de la prescripción de la interposición de la demanda, precisando:

Si la ratio de la prescripción extintiva está en la presunción de desinterés o abandono brinda más certeza y seguridad asignarle efecto interruptivo a la declaración de voluntad petitoria incorporada a actos de iniciación de procesos que se formalizan con el propósito de actuar el derecho creditorio insatisfecho, sin que la consumación del plazo respectivo dependa de circunstancias por completo ajenas al accionante, del trámite judicial cuya extensión no puede controlar y cuya duración —por añadidura— ni siquiera puede prever con certeza.^{659, 660}

Posiciones que también se han sostenido respecto a la citación a conciliación como acto interruptivo de la prescripción en aplicación del art. 1236 del CC, a saber:

- a. El efecto interruptivo de la conciliación depende de que dentro de los 30 días siguientes a su celebración, se produzca el emplazamiento y este es un acto complejo que consiste en el decreto del Juez que ordena emplazar al demandado para que conteste la demanda y su regular notificación.⁶⁶¹
- b. La citación a conciliación interrumpe la prescripción desde el día en que se celebra, con tal que dentro de 30 días sea seguida de demanda y emplazamiento con arreglo al art. 1235, no requiriéndose la notificación.⁶⁶²
- c. La citación a conciliación seguida de la demanda dentro de los 30 días de la audiencia de conciliación también es eficaz para interrumpir la prescripción.⁶⁶³

p. 192, donde se expresaba que «la prescripción extintiva se ve interrumpida a criterio de la Sala únicamente por el acto procesal del emplazamiento judicial no su notificación porque en puridad el cumplimiento de este acto procesal escapa a la actividad del promotor y no resulta de buena lógica jurídica que la efectividad de un acto procesal, que la ley le otorga excesiva y esencial importancia a los efectos de provocar la interrupción de la prescripción pudiera quedar sometida al área de la actividad de los funcionarios judiciales a cargo de la diligencia. La notificación del emplazamiento no pasa de ser la constatación de que el acto del emplazamiento fue conocido por aquel a quien estaba dirigido. [...] Así también se ha considerado por Sentencia de la Suprema Corte de Justicia n.º 15 del 1.3.1989 que el acto interruptivo no es la demanda, la que en sí no produce nada, pero sí el emplazamiento judicial de la misma» (Tribunal de Apelaciones en lo Civil Sentencia n.º 109, 14.8.1998. Harriague (red.), Rodríguez Caorsi, Troise) criterio que el Tribunal mantiene en su actual integración. TAC 7°, S. n.º 55. 7.5.2001. C. 597 (ADCU, T. XXXII, p. 285, FCU)

659 ADCU T. XXX, C. 626, T. AC. 50, pp. 235 y 236

660 «La Sala reitera en el caso su posición firme en punto a la aptitud interruptiva de la prescripción de la interposición de la demanda, acto procesal que opera el descaecimiento de la presunción de abandono o desinterés que conforma la ratio de la prescripción extintiva, teniendo en cuenta a tales efectos que el emplazamiento (llamamiento con plazo) y la notificación del traslado de la demanda son actos procedimentales cuya efectiva realización en el tiempo útil no depende de la diligencia de la parte, sino de la actividad de la oficina cuya agilidad o expeditividad no puede controlar. En un debate prácticamente agotado cabe remitirse brevitatis causae a los argumentos expuesto en Sentencia n.º 82/86 con nota de jurisprudencia en RUDP 3/88; 3/87, 67/87, 196/87, 18/88, 326/88, 305/90. Fundado además en el caso se verifica el supuesto previsto a texto expreso en el art. 1235 CC: si bien en el caso el emplazamiento inicial fue declarado nulo, ello lo fue por vicio de forma, por lo que igualmente el emplazamiento efectuado dentro del plazo cuatrienal de prescripción operó su interrupción. TAC 5°, S. n.º 9. 7.2.2001. C. 596 (ADCU, T. XXXII, p. 285, FCU)

661 ADCU T. XXXI, C. 648, TAC 6°, p. 293

662 ADCU T. XXXI, C. 646, TAC 5°, p. 292 y c. 647 TAC 4°, p. 293

663 ADCU T. XXXI, C. 644, TAC 2°, y c. 645, TAC 1° p. 292

Condiciones para su ejercicio

- a. que haya nacido el derecho del acreedor a cobrar;
- b. que haya transcurrido el tiempo determinado por la ley;
- c. que la prescripción no haya sido interrumpida (de forma natural art. 1234 o civil art. 1235) ni suspendida;
- d. que la parte interesada la oponga.

Diferencias entre prescripción y caducidad⁶⁶⁴

- a. La caducidad es la extinción *ipso jure* de la facultad de ejercer un derecho o celebrar un acto por no haberse realizado en el plazo que la ley establece. Mientras que la prescripción paraliza la acción, la caducidad produce la extinción del derecho.⁶⁶⁵
- b. La prescripción tiene como fundamento principal la presunción de pago. En tanto que en la caducidad tal presunción no se aplica.
- c. La prescripción debe ser alegada por las partes y puede renunciarse, mientras que la caducidad opera de pleno derecho y es irrenunciable.
- d. La prescripción se suspende o se interrumpe: la caducidad, por regla general ni se suspende ni se interrumpe.

664 «La caducidad es la extinción, consumación o pérdida de un derecho o facultad por el vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto en la ley (Couture, *Vocabulario Jurídico*; Barrios de Angelis, «La excepción de caducidad», *LJU*, T. 55 Sección Doctrina) quien precisa que «la caducidad es renunciable y relevante de oficio en las situaciones jurídicas activas por todos los modos distintos de su consumación», como consecuencia de un «interés público definido» en la extinción de que se trata.» TAC 2°, S. n.º 165 16.7.2001. C. 85; (*ADCU*, T. XXXII, p. 55, Montevideo, FCU)

665 «La caducidad es una institución jurídica que [...] señala un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que una vez transcurrido ese término no puede ya ejercitarse [...] La caducidad...produce la extinción automática del derecho [...] opera por el mero transcurso temporal, no admitiendo interrupciones. La prescripción, en cambio [...] solamente se apreciará cuando sea invocado por la parte, pueden darse causas de interrupción y suspensión de la misma; se refiere a un derecho ya adquirido pero que por falta de ejercicio determina su extinción» (Cfme. *Diccionario del derecho privado*, Apéndice, p. 178), citado en *ADCU*, T. XXXI C. 88 TAF 1° pp. 51-52

Prueba de las obligaciones

Concepto

Según el Diccionario de la Real Academia, la prueba es la acción y efecto de probar, de demostrar, también razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa. Asimismo explicita que en derecho es la «justificación de la verdad de los hechos controvertidos hecha por los medios que autoriza y reconoce, por eficaces, la ley».

Para el Maestro Couture⁶⁶⁶, la prueba en el proceso civil es un medio de verificación de las proposiciones de los litigantes.

Así, expresa:

Toda la actividad que desarrollan en juicio las partes y el juez, se realiza de manera libre, es decir como una aportación de pruebas absolutamente abiertas en cuanto a su forma y desenvolvimiento. Pero también se concibe que, por el contrario la prueba sea reglamentada otorgando tan solo valor a aquellos elementos de convicción que lleguen al juicio mediante un procedimiento ajustado al régimen legal, para que la prueba producida se considere válida.⁶⁶⁷

Podríamos sintetizar que la prueba consiste en el establecimiento por los medios legales de la exactitud de un hecho que sirva de fundamento al derecho que es reclamado en juicio.

Características

- a. en nuestro derecho sólo se admite la prueba que se rinda por los medios legales.
- b. los medios legales sólo son idóneos para probar hechos.
- c. los hechos probados por los medios legales deben servir de fundamento al derecho que se reclama.

Acepciones de la palabra prueba

- a. Actividad dirigida a la verificación de un juicio.
- b. Medio legal que sirve para establecer la exactitud de un hecho.
- c. Hecho material que consiste en la producción de la prueba.
- d. Resultado obtenido en la práctica de los medios de prueba.

666 Couture, citado en Vescovi, Enrique, *Código General del Proceso comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Editorial Abaco, 1998, T. IV, p. 26

667 Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires B y F 4^a edición 2002 p. 204

Elementos de la prueba

El sujeto de la prueba

Es la parte a quien va a corresponder acreditar la existencia de los hechos, por lo que se debe determinar cuál de las partes litigantes carga con el peso de la prueba:

- a. al demandante le incumbe el peso de la prueba. El art. 139.1 del CGP establece: «Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión».
- b. hace radicar *el onus probandi* en el que alega una situación distinta o al que pretende destruir un hecho o situación adquiridos. El art. 139.1 del CGP continúa: «quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión».

Tarigo⁶⁶⁸ señala que existen tres categorías de sujetos: el sujeto activo de la prueba, que es una de las partes, aquella de la que procede la actividad probatoria; el sujeto pasivo de la prueba, que es la parte contraria por cuya iniciativa la prueba se practica, y finalmente el destinatario de la prueba que es el Juez, aún cuando la iniciativa probatoria haya sido suya.

El objeto de la prueba

Lo constituye el hecho alegado y que va a servir de fundamento al derecho reclamado.

Prueba de los hechos

Se trata de los eventos o acontecimientos capaces de producir la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones. Los hechos que deben probarse son aquellos en los que tienen origen las alegaciones de las partes. El art. 137 del CGP claramente establece: «Corresponde probar los hechos que invoquen las partes y sean controvertidos».

Requisitos para que un hecho se reciba a prueba:

- a. deben ser controvertidos, a cuyo respecto no exista acuerdo;
- b. sustanciales, que tengan la importancia suficiente como para influir en el resultado del juicio;
- c. pertinentes. Esto es, tener relación directa con el litigio, y cuyo establecimiento es conducente para fijar los derechos de las partes;
- d. posibles (física y legalmente);
- e. concluyentes: que estén en relación directa con el litigio.

El objeto de la prueba está constituido por los hechos alegados por las partes, pero sólo esos hechos en cuanto sean controvertibles y efectivamente controvertidos.

Señala Tarigo que:

Los hechos controvertibles son aquellos que pueden ser controvertidos, quedando fuera los hechos incontrovertibles (los hechos evidentes, los hechos notorios, los hechos presumidos por la ley y las verdades científicas). Los hechos efectivamente controvertidos son aquellos acerca de cuya existencia misma y de sus caracteres, las partes se hayan en desacuerdo.⁶⁶⁹

668 Tarigo, Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, T. II, tercera edición. Montevideo, FCU, pp. 17-18.

669 Tarigo, Enrique, ob. cit., p. 15.

Indica asimismo que: «los hechos aún admitidos por las partes deben ser objeto de prueba cuando se trate de cuestiones indisponibles»,⁶⁷⁰ citando un ejemplo de divorcio por la causal de riñas y disputas, sosteniendo que aunque la parte demandada reconozca y acepte la existencia de dicha causal, es necesario probar que las riñas y disputas existieron.

Como se señalara al analizar los sujetos, cada una de las partes, tiene la carga de probar los hechos que alegan, lo que regula el Código General del Proceso en su artículo 139.1

Prueba del derecho

No se prueba porque emana de la ley, salvo excepciones:

- a. En el caso de la ley extranjera puede acreditarse. Si bien el art. 143 del CGP establece que «El Derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo». El art. 525.3 indica que «Sin perjuicio de la aplicación de oficio, las partes podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera».
- b. La costumbre cuando constituye derecho (art. 9 inc. 2 del CC).

Medios de prueba

Son las maneras que la ley ha puesto a disposición de las partes o del juez, mediante las cuales se llegan a verificar ciertas situaciones jurídicas sobre los hechos que los particulares esgriman.

En cuanto a los medios de prueba en general se observa que el legislador ha querido que algunos de ellos estén plasmados en los diferentes textos legales tanto en lo que dice relación con el derecho sustantivo como adjetivo.

En el Código Civil se regulan como medios probatorios la prueba instrumental, testimonial, confesión, juramento y presunciones.

En el Código General del Proceso, específicamente en el artículo 146 numeral 1, se prevén como medios de prueba: los documentos, la declaración de parte, la declaración de testigos, el dictamen pericial, el examen judicial y las reproducciones de hecho.

Clasificación

La prueba puede ser clasificada en:

- a. Directa o por percepción. En la que el Juez toma conocimiento de los hechos personalmente. (Ej. inspección judicial)
- b. Indirecta. Conoce el hecho por un intermediario, que puede ser: otro hecho, un objeto o una persona.
 - mediante una representación:
 - a través de un documento (prueba instrumental)
 - a través de relatos: (prueba testimonial)
 - mediante deducción: (presunciones judiciales)

Otra forma de clasificación puede ser:

- a. Preconstituida. Se posee con anterioridad (prueba documental).
- b. Simple. Se produce durante el proceso.
- c. Compuesta: La practicada a través de varios medios probatorios.

670 Tarigo, Enrique, ob. cit., p. 16.

Prueba instrumental

Esencialmente constituye un medio representativo de un hecho, puede tratarse de un escrito en el que se deja constancia de un determinado hecho.

Una de las clasificaciones que da la doctrina de la prueba documental,⁶⁷¹ es la que los distingue según sean documentos escritos o no, y es la que surge del art. 175.1 del Código General del Proceso cuando separa los que denomina manuscritos del resto de los documentos como las fotografías, radiografías, diagramas, mapas, calcos, películas cinematográficas.

De esa disposición surge el concepto amplio de prueba documental⁶⁷², comprendiendo en el mismo toda cosa producto del obrar humano perceptible por los sentidos, apta para representar de modo indirecto un hecho a probar. Con ello basta que un determinado objeto constituya soporte idóneo para permitir al Juez la representación de un hecho para que configure documento, como por ejemplo: la tomografía computarizada, la ecografía, la resonancia magnética etcétera.

Es entonces éste el sustento normativo que posibilita la incorporación al proceso de las grabaciones de cualquier tipo como videocintas, diskettes, discos compactos con sistema láser etcétera, como medio de prueba documental.

Pero cabe señalar que este concepto queda abierto a las incesantes innovaciones tecnológicas, dado el giro utilizado por el legislador «y otros similares».

La prueba documental denominada «manuscritos» ser clasificados en: Instrumentos públicos e instrumentos privados.

Instrumentos públicos

Para ser tales deben presentar las siguientes características: (art. 1574 CC)

- a. revestidos de carácter oficial;
- b. extendidos por funcionarios competentes;
- c. según las formas requeridas;
- d. dentro del límite de sus atribuciones. Un ejemplo de instrumentos públicos lo constituyen los Registros que llevan los Escribanos Públicos, a saber: protocolo y registro de protocolizaciones, o documentos emanados de funcionarios públicos en ejercicio de sus actividades como por ejemplo testimonios de partidas de estado civil, testimonios de expedientes judiciales, entre otros.

Valor probatorio

Está establecido por el art. 1575 del CC, según el cual el instrumento público hace plena fe, es decir, plena prueba en cuanto al hecho de haberse otorgado y de su fecha.⁶⁷³

671 Entre otros: Tarigo, Enrique ob. cit., p. 81.

672 Según expresan los autores del CGP T. 5, p. 259 y Simón, L., *Valoración e impugnación...*, p. 151.

673 Si bien nuestra ley ha optado por el sistema, tasado o tarifado en materia de prueba documental, ello alcanza a la autenticidad (artículo 1574 inciso 1° y artículo 170.1 CGP) y al hecho de haberse otorgado y a su fecha (artículo 1575 CC). Para la ley existe certeza de quien es el autor de un documento público, de que no ha sido alterado en su materia, de que fue efectivamente otorgado y de cuando fue extendido, todo ello frente a cualquier sujeto. Tales notas solo caen si se obtiene una declaración de falsedad material del documento (artículos 170 y 172 CGP). El resto del contenido del documento tiene valor de prueba exclusivamente respecto de los otorgantes y sucesores a cualquier título, no alcanzando a terceros (arts. 1576 y 1577 CC). Surge del artículo 172.1 inciso 2° CGP que la falsedad ideológica o la nulidad del documento se podrán plantear como defensas en el propio proceso y que no están alcanzados por el sistema de prueba legal o tasada para su valoración (CGP Comentado, anotado y concordado por Vescovi y colaboradores, t. 5, p. 145/147). SCJ, S. n.° 335. 18.9.2002. C. 415 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 174)

Conforme con el art. 1577 del CC el instrumento público hace fe de la parte enunciativa si se encuentran en relación directa con la parte dispositiva del instrumento (esto es la parte resolutive). Indicándose asimismo en el precepto que en ningún caso la enunciación produce efectos contra terceros.

Nuestro legislador ha establecido determinados casos en que se exige instrumento público para el otorgamiento de determinados negocios jurídicos, por ejemplo:

- a. compraventa respecto de bienes inmuebles (art. 1664 CC);
- b. permuta respecto de bienes inmuebles (art. 1770 CC);
- c. hipoteca. (art. 2323 CC)

Impugnación

Mediante nulidad:

- por el funcionario que lo otorga en supuestos de:
 - usurpación de funciones,
 - exceso en las atribuciones del cargo;
 - inhabilidad.
- por el instrumento mismo: omisión en la observancia alguna de las formalidades prescritas por la ley:
 - Por falta de autenticidad (otorgado por persona distinta),
 - Por falta de veracidad de las declaraciones o aseveraciones.

Cuando se trata de un instrumento público defectuoso, su valor disminuye como lo señala el art. 1578 inc. 2° del CC. Fuera de los casos en que su falta no puede suplirse por otra prueba, la disposición señala que el instrumento defectuoso, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes.

Instrumentos privados

Son otorgados por particulares, sin formalidades. Los regulan los arts. 1581 a 1590 CC, disposiciones que establecen el procedimiento a seguir en supuestos de reconocimiento del instrumento y sus efectos.

Valor probatorio

Está establecido por los arts. 1581, 1582, 1589 inc. 1°, 1586 y 1590 CC.

- a. el Código Civil le reconoce valor a los instrumentos privados reconocidos o mandados tener por reconocidos.
- b. La escritura pública privada tiene valor de escritura pública cuando ha sido reconocida. (art. 1581)

Asimismo corresponde indicar que, conforme con el art. 1590 del CC las cartas misivas dirigidas a terceros, no serán admitidas como medio de prueba.

Prueba testimonial

Con respecto a los sujetos, al testigo podría definírsele como la persona ajena al pleito que, habiendo presenciado determinados hechos o actos jurídicos, puede deponer sobre los mismos cuando le sea requerido.

Conforme a ello:

- a. es circunstancial, debido a que su observación es generalmente accidental —salvo aquellos casos requeridos a texto expreso por la ley—;
- b. está fundada en una doble presunción —que el testigo es fidedigno en cuanto a su percepción y posterior declaración—;
- c. reproduce o narra los hechos tal como los percibió.

Clasificaciones

- a. testigos instrumentales: Asisten al otorgamiento de una escritura pública en determinados supuestos previstos en el Decreto Ley 1421;
- b. de conocimiento: Suplen el conocimiento que el escribano no posea de los otorgantes de la escritura, que aseguran su identidad;
- c. judiciales: declaran en un proceso jurisdiccional. (art. 155 del CGP)⁶⁷⁴

Admisibilidad

El art. 1594 CC establece que «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito», especificando el art. 1595 CC que: «Deberá consignarse por escrito público o privado toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad cuyo valor no exceda de 100 UR», debiendo tenerse presente asimismo la prohibición que emana del art. 1596 del CC.⁶⁷⁵

Las excepciones a estos principios está contenido en los arts. 1598 y 1599 del CC en hipótesis de:

- a. Principio de prueba por escrito.(art. 1598 CC): existencia de un documento (público o privado); que emane de la persona a quien se opone, o de su apoderado; que haga verosímil el hecho litigioso;
- b. Imposibilidad de procurarse una prueba escrita (art. 1599 CC)

Confesión de parte

Consiste en el reconocimiento por parte de una persona (que reviste la calidad de parte en el juicio) de un hecho que le es personal y puede perjudicarlo.

Requisitos para que proceda:

- a. Debe provenir de una de las partes. Si proviene de un tercero, es un testimonio⁶⁷⁶;
- b. Debe referirse a hechos;
- c. Los hechos deben ser propios del confesante;
- d. Los hechos propios confesados deben perjudicar al que los declara.

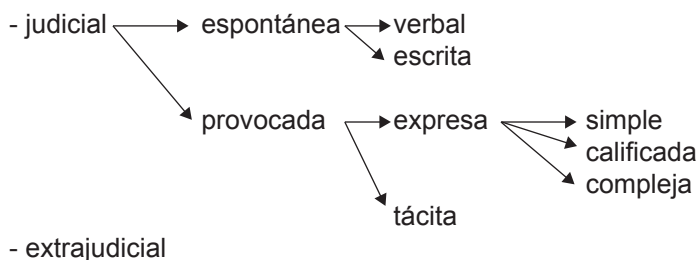
674 Disposición que establece que puede declarar como testigo cualquier persona física, excepto: los menores de 14 años; los que por enfermedad física o psíquica en el tiempo al cual debe referirse su declaración eran incapaces de percibir el hecho a probar; o que al tiempo de la declaración lo son de comunicar sus percepciones.

675 Si, como enseña Peirano Facio, el principio contenido en el art. 1596 CC, a diferencia del contenido en los arts. 1594 y 1595 CC, no es de orden público, ya que no se trata de una prohibición de la prueba testimonial, sino de un criterio de interpretación para decidir un conflicto de validez entre dos pruebas (Curso de Obligaciones, T. 5°, ps. 170/171) nada obsta que las partes puedan válidamente admitir la validez de la prueba testimonial para acreditar una cosa diferente al contenido de los instrumentos. Entonces, en la especie, el artículo 1596 CC resulta inaplicable, habida cuenta que, como también señaló acertadamente la a quo la demandada consintió la providencia en la audiencia preliminar que ordenó la diligencia de la prueba testimonial ofrecida por el actor cuando era esta la oportunidad procesal correspondiente para oponerse a la admisibilidad de dicha probanza (art. 341 numeral 6° CGP) por lo que se confirmará la sentencia apelada.TAC 6°, S. n.° 113, 31.7.2002. C. 421 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 176)

676 Se puede realizar por mandatario, y en el caso de una persona jurídica, debe designar a la persona que va a comparecer a tales efectos.

Clasificaciones

Se puede clasificar en:



La *confesión judicial espontánea* es aquella que prestan las partes por su propia iniciativa en el juicio, que puede adoptar la forma de verbal o escrita.

La *confesión judicial provocada* se denomina «absolución de posiciones» o «declaración de parte» en el sistema estructurado por el Código General del Proceso,⁶⁷⁷ que consiste en una declaración a petición de la contraparte en el juicio, que puede ser *expresa* en caso de que el declarante concurra a la audiencia y declare, y *tácita* cuando la parte no concurre, se niega a responder o proporciona respuestas evasivas. Su silencio determina la admisión de los hechos contenidos en el pliego.

En supuestos de *confesión judicial provocada expresa*, se puede subclasificar en *simple*, en la que el confesante reconoce un hecho que le perjudica sin agregar ningún elemento, *calificada* cuando si bien existe un reconocimiento, le atribuye una naturaleza diversa, y *compleja* cuando no obstante reconocerlo, agrega hechos nuevos que modifican sustancialmente los efectos jurídicos que producía el hecho primitivo.

Confesión extrajudicial es aquella que se presta fuera del tribunal que está conociendo en el litigio.

Efectos

La confesión es indivisible, característica que consiste en considerarla como un todo, estableciendo que hace fe tanto en la parte favorable como desfavorable. (art. 1608 CC)

El art. 153.2 del CGP reza:

La confesión judicial hace prueba contra la parte que la realiza, salvo que se tratare de hechos respecto de los cuales la ley exige otro medio de prueba o recayere sobre derechos indisponibles. Cesa de hacer fe cuando constatare haber sido determinada por error, violencia o dolo.

Y el art. 153.3 del mismo cuerpo normativo indica: «La confesión ficta a que refieren los artículos 149.4 y 150.2 hace prueba, salvo en lo que resultare contradicha por las demás pruebas producidas u otras circunstancias de la causa».

Disposición de la que surge de forma inequívoca que este medio de prueba corresponde sea analizado conforme a las reglas de la sana crítica.⁶⁷⁸

677 Arts. 148 a 153 del Código General del Proceso.

678 A partir de la vigencia del Código General del Proceso la confesión no constituye prueba tasada, por lo que su valoración queda sujeta a la apreciación racional del Magistrado, de acuerdo al sistema de la sana crítica (Alonso de Marco, Revista Judicatura, t. 32, p. 28; Curso sobre el Código General del Proceso, t. 1, p.

Juramento judicial

Es la afirmación de la verdad de un hecho o la promesa de ejecución de un hecho que hace una persona, medio probatorio que está regulado en los arts. 1611 y 1612 del CC.

Procedencia

- a. Conforme al art. 1611 del CC sólo procede en los juicios sobre obligaciones civiles, procedentes de delito, cuasidelito o dolo;
- b. De acuerdo al art. 1258 del CC «No se admitirá juramento en los contratos; si se hiciere, se tendrá por no puesto».

Clasificaciones

El juramento probatorio puede ser clasificado en:

- a. decisorio
- b. necesario
- c. voluntario
- d. estimatorio.

El *juramento decisorio* se emplea como prueba para decidir la cuestión que está en litigio. Un ejemplo de juramento decisorio necesario se aplica en las prescripciones extintivas reguladas por los arts. 1122 a 1125 del CC.⁶⁷⁹

El *juramento estimatorio* tiene por objeto únicamente estimar el valor de la cosa debida en un proceso. (art. 1611 CC)

El art. 1612 permite que el juramento sea hecho por la parte, su apoderado especial, o su representante legal.

Diferencias con la confesión

- a. La confesión puede ser judicial o extrajudicial, mientras que el juramento es sólo judicial.
- b. La confesión sólo puede perjudicar al confesante, mientras que el juramento puede perjudicar a la otra parte (por ejemplo, en el caso de las prescripciones cortas en que se jure que pagó)

Efectos

El juramento estimatorio no tiene iguales efectos que el decisorio en cuanto a su valor probatorio al afirmar el art. 1611 Nral. 3°: «El Juez no estará obligado a pasar por la declaración jurada del demandante sino que podrá moderarla según su prudente arbitrio».

Presunciones

Las presunciones son las consecuencias conjeturales que el Tribunal o la ley obtienen de ciertos hechos conocidos a otros desconocidos. Se produce un proceso de carácter intelectual en el que tiene primordial importancia la inducción. Se encuentran reguladas por el art. 1600 del CC.

Elementos

- a. existencia de un hecho cierto conocido;
- b. un juicio lógico, un proceso intelectual de inferencia;
- c. el establecimiento como verdadero de un hecho desconocido.

152 y Tarigo, Lecciones..., T. II, 1998, p. 54; S. n.º 99/97, 363/98). Con mayor razón las consideraciones precedentes son aplicables a la confesión extrajudicial (Sentencia n.º 147/01). SCJ, S. n.º 335. 18.9.2002. C. 417 (ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 175)

679 Temática que se analizó en el capítulo 15 «Extinción de las Obligaciones» de la cuarta parte de este manual

Clasificación

- a. judiciales
- b. legales
 - absolutas (art. 1604 CC)
 - simples o relativas (admiten prueba en contrario, produciendo una inversión de la carga de la prueba, p. ej. art. 1324 CC inc. final)

Valoración de la prueba

La valoración es la apreciación que debe efectuar el Juez de las probanzas aportadas al proceso, basado en las normas legales que indican una determinada eficacia a los medios probatorios y en las reglas de la sana crítica.

Sistemas de valoración

La valoración puede ser realizada aplicando:

- a. Sistema de la prueba legal.
- b. Sistema de la libre convicción o de la prueba moral
- c. La sana crítica o convicción racional.

En el primer sistema, la ley señala los medios que pueden utilizar las partes para valorar sus derechos, y también, indica los preceptos a los cuales debe ajustarse el Juez para efectuar el examen de la prueba producida, valorarla y establecer sus conclusiones.

En el sistema de la libre convicción o de la prueba moral, inversamente al anterior, se caracteriza porque tanto las partes como el Juez tienen la más amplia libertad para emplear los medios que estimen convenientes para establecer la exactitud de los hechos en que se apoyan sus pretensiones, y apreciando la prueba producida por las partes, la evalúa conforme a su íntimo convencimiento.

El sistema de la sana crítica o convicción racional está en una situación intermedia con respecto a los anteriores. En él, pueden existir normas básicas de apreciación, pero permite al magistrado determinar con su justo criterio el exacto valor de la prueba rendida. Couture las define como las reglas del correcto entendimiento humano, actúan la lógica y la experiencia del juez.^{68o}

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 140 del Código General del Proceso establece el sistema de valoración que adopta:

Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las pruebas producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa. El tribunal indicará, concretamente, cuáles medios de prueba fundan principalmente su decisión.

Lo que pone de manifiesto que se trata de un sistema de valoración que conjuga elementos del sistema de las *pruebas tasadas* armonizado con el de valoración racional o *sana crítica*.

68o La probanza pericial es estimable conforme a las reglas de la sana crítica y su concordancia con los elementos de convicción que ofrece la causa y, como señala Palacio, la libertad para apartarse judicialmente de las conclusiones no puede arriesgar convertirse en arbitrariedad y el eventual apartamiento debe ser fundado (Palacio, *Manual...*, T. 1, p.554; Landoni, «La prueba pericial», en *Judicatura* n.º 33 p. 72; Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 49, especialmente nota 15, en p. 55; Barbieri, Laura, *Anuario...*, T. XXVIII, p. 686), precisamente cuando no es fácil disentir en campo ajeno la formación jurídica (Gamarrá, *Tratado...*, T. XXIV, p. 87)» (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, Sentencia n.º 12/99 en *Anuario...*, T. XXX, C. 981).TAC 7º, S. n.º 133. 29.6.2002. C. 416 (ADCU, T. XXXIII, p. 174, Montevideo, FCU).

Preguntas referidas a «Obligaciones»

1. Concepto y elementos de la obligación.
2. ¿Quiénes son sujetos de la obligación y qué modalidades pueden adoptar?
3. Caracteres que deben tener las cosas y los hechos objeto de la obligación.
4. Concepto y características del vínculo jurídico.
5. ¿Cuáles son las fuentes de las obligaciones?
6. Concepto, elementos y caracteres del contrato según el CCU
7. ¿Cómo se manifiesta el principio contractual de autonomía de la voluntad?
8. Alcance del principio del consensualismo en materia obligacional y sus limitaciones.
9. En qué consiste el principio denominado de «asimilación del contrato a la ley»
10. Concepto del principio de buena fe en la ejecución de los contratos..
11. Clasificación de los contratos en razón de las personas obligadas.
12. ¿En qué consiste la utilidad para determinar si un contrato es gratuito y oneroso, y cómo se manifiesta en los conmutativos y aleatorios?
13. Cuándo se extinguen los contratos accesorios?
14. Cómo se regula un contrato no denominado expresamente por el legislador?
15. Cuándo estamos frente a un contrato *intuitu personae*?
16. Cómo se clasifican los contratos en función de su perfeccionamiento?
17. Qué son y qué particularidades presentan los contratos de adhesión?
18. ¿Qué etapas pueden distinguirse durante la formación de los contratos?
19. En qué consisten las tratativas y cómo se diferencian de la propuesta contractual?
20. Características que debe revestir la propuesta u oferta de contratar.
21. Qué forma debe adoptar la aceptación para que sea hábil para formar el consentimiento.
22. Formas de conclusión del contrato.
23. Trascendencia del lugar y fecha de perfeccionamiento del contrato.
24. Posiciones en cuanto al momento de concreción del contrato y cuál es recogida en nuestro derecho positivo.
25. Cuáles son los requisitos de forma de los negocios jurídicos?
26. ¿Qué clases de solemnidades existen en nuestro derecho ?
27. ¿En qué consisten los requisitos accidentales en los negocios jurídicos y qué trascendencia tienen en la ejecución del contrato?
28. ¿Cuáles son los requisitos esenciales para la validez de los contratos?
29. Formas de manifestar la voluntad para la formación del consentimiento.
30. Cuáles son los vicios del consentimiento y qué tipo de nulidad generan?
31. Qué tipos de error se pueden generar y cuáles poseen relevancia. en la formación del consentimiento.
32. En qué consiste la violencia, qué especies se pueden distinguir y cuál es su consecuencia.
33. Concepto, clasificación del dolo, indicando en cada caso cómo afecta la manifestación de la voluntad.
34. La lesión ¿constituye un vicio del consentimiento en nuestro derecho?
- 35.Cuál es la capacidad para contratar, distinguiendo personas físicas y jurídicas.
36. Diferencias entre capacidad y legitimación enunciando sus diversas clases.

37. Requisitos del objeto como elemento esencial de validez del contrato.
38. ¿Cuándo el objeto de un contrato es ilícito? Ejemplifique.
39. En qué consiste la causa en los contratos onerosos y gratuitos.
40. ¿Cuáles son los vicios de la causa? ¿Cuándo la causa de un contrato es ilícita?
41. ¿Qué diferencia existe entre la nulidad y la inoponibilidad?
42. Cómo se manifiesta el principio de la relatividad de los contratos? Cuáles son sus excepciones?
43. Concepto y caracteres de la estipulación para otro. Diferencias con la representación.
44. Qué es la convención de porte-fort, cuál es su utilidad práctica. Cómo se distingue de la fianza?
45. Cuáles son las principales doctrinas en materia de interpretación de los contratos y a cuál se afilia nuestro derecho positivo.
46. ¿Cuáles son las reglas básicas de interpretación que adopta nuestro legislador?
47. En qué casos procede la integración del contrato?
48. Concepto legal y doctrinario de cuasi contrato.
49. Elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa.
50. Requisitos para la configuración de la gestión de negocios, obligaciones que surgen de la misma y efectos.
51. ¿Qué es el pago de lo indebido y cuándo procede?
52. Diferencias entre la responsabilidad civil y penal
53. Cómo se distingue la responsabilidad contractual de la extracontractual?
54. ¿Cuáles son los elementos de la responsabilidad extracontractual?
55. En qué se diferencia el delito del cuasi delito civil?
56. Concepto y grados de la culpa.
57. Eximentes de responsabilidad extracontractual y su trascendencia.
58. Categorización y especies del daño susceptible de indemnizar.
59. Qué son el daño emergente y el lucro cesante, aplicando los conceptos a través de la ejemplificación
60. ¿Cuándo se responde por hecho propio y cuándo por hecho ajeno? Citar ejemplos.
61. Cómo se regula la responsabilidad por hecho de las cosas.
62. En qué casos se responde por ruina del edificio, requisitos para que proceda
63. ¿Quién debe responder por el daño ocasionado por un animal doméstico?, ¿y si se tratara de un animal salvaje?
64. En qué consiste la responsabilidad por abuso de derecho?
65. ¿Cuándo prescribe la responsabilidad extracontractual?
66. Cómo se clasifican las obligaciones en relación con el objeto.
67. Concepto y efectos de las obligaciones de dar, hacer y no hacer, indicando qué sucede en caso de incumplimiento y sus consecuencias en materia de riesgos.
68. Qué se debe en la obligación de género?
69. Concepto y diferencias entre las obligaciones de dinero y de valor.
70. Diferenciar los conceptos de obligaciones alternativas y facultativas.
71. En qué consisten las obligaciones divisibles e indivisibles.
72. Concepto, fuentes y regulación de la solidaridad activa y/o pasiva.
73. ¿En qué consiste la condición y qué clases conoce?
74. Concepto y efectos de condición suspensiva y resolutoria. Formule ejemplos.

75. Obligaciones sujetas a plazo y obligaciones sujetas a condición, conceptos, clasificación y diferencias.
76. Concepto y clasificación del plazo como elemento accidental de las obligaciones.
77. En qué consiste la obligación modal y qué consecuencias posee?
78. Obligaciones civiles y naturales, concepto, diferencias y qué efectos producen.
79. Diferencias entre acreedores simples o quirografarios y privilegiados o preferentes.
80. ¿Cuáles son las formas de protección de los acreedores en nuestro derecho?
81. Condiciones para el ejercicio de la acción subrogatoria y efectos.
82. Concepto y regulación de la acción pauliana.
83. En qué consiste la acción simulatoria, distintos tipos. Concepto y efectos de los contradocumentos.
84. Diferencias entre la acción subrogatoria, pauliana y simulatoria.
85. Concepto y diferencias entre la ejecución forzada específica y por equivalente.
86. En qué consiste la denominada «condición resolutoria implícita»?
87. ¿Qué es el plazo de gracia, y cuándo procede otorgarlo?
88. Presupuestos y procedencia de la excepción de contrato no cumplido.
89. Medios de constitución en mora
90. ¿Qué es la mora automática y cómo se hace efectiva?
91. La demanda de cumplimiento de la obligación es hábil como modo de constitución en mora? Y la de resolución?
92. Concepto y grados de la culpa en la responsabilidad contractual
93. Eximentes de responsabilidad en el ámbito contractual
94. Defina el caso fortuito y la fuerza mayor, ejemplificando
95. Consecuencias del incumplimiento contractual.
96. ¿Cuáles son los daños resarcibles en la responsabilidad contractual?
97. Indique y desarrolle las distintas formas de liquidar los daños y perjuicios
98. ¿De qué manera se reajustan las obligaciones?
99. Desarrolle el mecanismo de actualización de deudas de la Ley 14.500.
100. ¿Qué es y como funciona la cláusula penal?
101. ¿Es posible acumular ejecución forzada específica y la pena? ¿y la indemnización de daños y perjuicios y la pena?
102. Diferencias entre la cláusula penal y la liquidación anticipada de los daños y perjuicios.
103. En qué consisten las astreintes y cómo se aplican?
104. Diferencias entre la cesión de contrato, cesión de créditos y cesión de deudas.
105. ¿Qué es la subcontratación? Ejemplos.
106. ¿Cuáles son los modos de extinguirse las obligaciones?
107. Concepto legal de paga y cómo se verifica.
108. Quiénes pueden pagar, y a quién corresponde pagar válidamente.
109. En qué consiste la imputación del pago.
110. Concepto legal y requisitos de la subrogación.
111. Cuándo y cómo puede operar la oblación y consignación.
112. ¿Qué es y cómo procede la paga por entrega de bienes?
113. Concepto de beneficio de competencia y a quiénes alcanza.
114. Requisitos legales para que opere la compensación legal de deudas.
115. Definición legal, clases y efectos de la remisión.

116. Concepto, requisitos y distintos tipos de novación.
117. ¿En qué consiste la confusión? Concepto, y supuestos en que opera.
118. Cuándo se extinguen las obligaciones por imposibilidad de pago?
119. Concepto de nulidad absoluta y efectos.
120. ¿Qué diferencias existen entre la nulidad relativa y absoluta?
121. ¿Cuáles son las causas de nulidad absoluta en los contratos y quiénes pueden solicitarla?
122. Concepto de nulidad relativa. Efectos. Indique si puede subsanarse y cómo.
123. ¿Que es la prescripción extintiva?
124. ¿Cuándo se prescribe el crédito por honorarios?
125. Diferencias entre prescripción y caducidad.
126. Elementos de la prueba.
127. ¿A quiénes incumbe probar las obligaciones o su extinción?
128. ¿Cuáles son los medios de prueba de las obligaciones y cómo pueden clasificarse?
129. Concepto y eficacia de los instrumentos públicos y privados.
130. Prueba testimonial, definición, clasificaciones y admisibilidad de este medio de prueba.
131. Concepto de confesión judicial y requisitos legales para que proceda.
132. Cuándo se emplea el juramento, distintas clases y efectos.
133. ¿En qué consiste la prueba por presunciones? Distintos tipos.
134. Cuáles son los sistemas de valoración de la prueba, con especial referencia a nuestro ordenamiento jurídico.

Bibliografía de la parte IV

- Albaladejo, Manuel, «Instituciones de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1960, T. I
- Astreintes Ley 14.978 Antecedentes, alcances, derecho comparado «Texto y Contexto n.º 7, 1980, FCU
- Berdaguer Jaime La «justa causa» de receso unilateral en los contratos de duración con plazo determinado. En la versión impresa publicado en *ADCU*, T. XXXIII, FCU
- Bordoli Etchamendi Carlos Rubens Efectos Jurídicos entre partes y respecto a terceros de la acción pauliana victoriosa En la versión impresa publicado en *ADCU*, T. XXXIII, Sección Doctrina FCU
- Carozzi, Ema Carnelli Santiago «Incidencia de la lesión en el «Convenio Particionario» *ADCU*, T. XXXII Sección Doctrina, FCU
- Couture, Eduardo «Fundamentos del Derecho Procesal Civil» Buenos Aires B y F 4ª edición 2002
- Couture, Eduardo J. Vocabulario Jurídico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991
- Coviello, Nicolás «Doctrina General del Derecho Civil», México Ed. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana 1938
- De Cores, Carlos, Berdaguer, Jaime, Larrañaga, Luis, Gamarra, Jorge Luis, Gamarra, Raúl en «Obligaciones y cuasicontratos», FCU 1ª ed. 2009.
- del Campo Francisco «La Cesión, negocio trilateral o bilateral en *ADCU*, T. XXXII Sección Doctrina FCU
- Fernández Fernández Gabriel H. Problemas que se suscitan entre la fijación judicial del plazo para el cumplimiento (exigibilidad) y la mora (En la versión impresa publicado en *ADCU*, T. XXXIII, FCU)
- Gamarra, «Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XVIII Responsabilidad contractual, Vol. 2, tercera edición, FCU 1992
- Gamarra, «Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XVII «Responsabilidad contractual», vol. 1, segunda edición FCU 1992,
- Gamarra, Jorge «Tratado de Derecho Civil Uruguayo» versión para estudiantes T. I Doctrina general del contrato, FCU, 1ª edición, 2010.
- Gamarra, Jorge «Tratado de Derecho Civil Uruguayo» versión para estudiantes T. II Doctrina General del Contrato, 1ª edición, 2010,
- Gamarra, Jorge en «Contribución al estudio de la acción pauliana», publicado en *LJU* T. XXIV, p. 5 y ss.
- Mariño, Andrés «Interpretación judicial del contrato en el Derecho uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil». Anuario..., T. XXVIII, Sección Doctrina
- Nande Larghero, María Esther. «Curso de Derecho Civil. Primera parte. Oficina Apuntes Cecea»
- Ordoqui «La Acción Simulativa»- Edic. Del foro, 1998
- Ordoqui y Olivera, «Derecho Extracontractual» Vol. II Compendio de Responsabilidad extra contractual», Ed. Amalio Fernández, dic./1974.
- Peirano Facio, Curso de Obligaciones, T. I, II, IV y VI.
- Prunell, «Obligaciones» Publicación del Centro de Estudiantes de Notariado.
- Sturla Héctor Martín «La acción pauliana y la jurisprudencia nacional», en *ADCU*, T. X vol. 1.
- Tarigo, Enrique. «Lecciones de Derecho Procesal Civil». T. II, tercera edición. FCU.
- Tommasino, Beatriz, Gutiérrez Puppò, Cecilia, Riera, Cecilia. «Astreintes»: Un enfoque procesal en RUDP. 1-2 2004 FCU
- Vescovi, Enrique, Código General del Proceso comentado, anotado y concordado, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1998, T. III, IV y V.

Parte V
Contratos

Compraventa

Concepto

El legislador la define en el Art. 1661 que reza: *'es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero'*.

Cuando se refiere a dar el código implica dar con ánimo de transferir el dominio es decir entregar la cosa con la intención de transferir el derecho real mayor por excelencia: el de dominio o propiedad.

Es un título hábil para transferir el dominio o constituir un derecho real, por lo que, si al contrato de compraventa le sumamos el modo tradición se transfiere el dominio o se constituye o transfiere un derecho real menor (*v. gr.* usufructo).

Sin querer generar confusión parece propicio reiterar la clasificación de los negocios jurídicos y con ella los distintos derechos y obligaciones emergentes de los mismos. Recordemos que el título es decir el contrato es un negocio jurídico obligacional del cual nacen derechos personales y obligaciones. Mientras que el modo es un negocio jurídico dispositivo que yuxtapuesto a un título hábil le otorga el efecto real.⁶⁸¹

Caracteres

De acuerdo a lo analizado en el capítulo correspondiente a la clasificación de los contratos, el contrato en estudio puede ser caracterizado como:

- a. Bilateral, ya que impone a ambas partes obligaciones recíprocas. Por un lado el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa mientras que el comprador tiene la obligación de pagar el precio; es decir ambas partes adquieren obligaciones.
- b. Oneroso, tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. En el contrato de compraventa ambas partes se ven beneficiadas y ambas partes se ven gravadas, el comprador se beneficia con la cosa y se grava pagando el precio, mientras que el vendedor se beneficia con el precio y se grava debiendo entregar la cosa.
- c. Conmutativo, la obligación de cada parte se mira como equivalente a la obligación de la otra. Como se analizó en el punto anterior ambos se ven gravados y beneficiados y al incorporarle la nota de conmutativo se traduce en que ambos sienten y ven que los beneficios y gravámenes de los dos son equivalentes.
- d. Principal, ya que subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención. La compraventa es un negocio jurídico obligacional y al ser principal se establece que no requiere otro negocio jurídico ni para perfeccionarse ni para su vida jurídica.⁶⁸²

681 Sánchez Fontans, «Capacidad y legitimación», en *D° Contractual*, FD, 1953, p. 68; Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. III, vol 1, 1ª Ed., Montevideo, FCU, p. 23.

682 Gamarra, *ob. cit.*, T. VIII, p. 7

- e. Consensual, desde que las partes pueden manifestar la voluntad en obligarse de cualquier manera. Tratándose de inmuebles, el contrato de compraventa se torna *solemne*, ya que el art. 1664 establece que la compraventa de tales bienes no queda perfecta hasta que las partes no hayan otorgado la escritura pública. En caso de que falte la solemnidad, el contrato adolecerá de *nulidad absoluta*.

Objeto

Conforme al art. 1668, pueden venderse todas las cosas que estén en el comercio de los hombres, salvo las prohibiciones establecidas por leyes especiales.

Por ende, se pueden vender las cosas inmuebles o muebles, sean fungibles o no, consumibles o no, sobre los derechos hereditarios de una persona (arts. 1767-1768), etcétera. Los bienes que se hallan limitados en cuanto a su venta, entre otros, son: los inmuebles sujetos al régimen de *Bien de Familia*, los bienes del dominio público del Estado, etcétera.⁶⁸³

Capacidad

Los capaces absolutos pueden vender o comprar, actuando por sí mismos, cualquier clase de bienes. Debemos destacar que el concepto de capacidad ha sufrido modificaciones a lo largo del tiempo, primero se efectuó una distinción entre capacidad de goce y de obrar, luego se unificaron conceptos de capacidad de obrar, posteriormente se comenzó a unificar la visión del concepto de capacidad para que la capacidad civil se igualara a la comercial, procesal, penal y administrativo y por último se alcanzó el concepto de legitimación haciendo referencia a la capacidad de disposición.⁶⁸⁴

Los habilitados por matrimonio pueden comprar actuando por sí mismos cualquier clase de bienes; sin embargo, para vender bienes inmuebles requieren autorización judicial (art. 310).

Los representantes legales pueden comprar libremente bienes para sus representados; asimismo, en general, pueden vender sus bienes muebles (salvo el caso de tutores y curadores que no pueden vender los bienes muebles preciosos o que tengan valor de afección, para lo cual requieren autorización judicial art. 395). Para vender los bienes inmuebles de los incapaces requieren autorización judicial basada en la necesidad o utilidad evidente del representado. Los representantes voluntarios requieren autorización expresa para enajenar bienes de sus representados (art. 2056).

Legitimación

Si al contrato de compraventa se le suma el modo tradición transfiere el dominio, pero para ello, es necesario, además, que quien enajena sea el propietario de la cosa.⁶⁸⁵ La legitimación implica la titularidad del derecho que se pretende transmitir.

Si la cosa no es de quien interviene en la enajenación, el contrato de compraventa es válido, ya que éste solo crea obligaciones, pero la tradición será ineficaz, esto es, no transferirá el dominio al adquirente (art. 1669). El adquirente del no dueño se hará propietario si

683 Gamarra, ob. cit., T. III, vol. 2, p. 7.

684 Sánchez Fontans, ob. cit., p. 9.

685 Gamarra, ob. cit., T. VIII, p. 46.

luego el verdadero dueño ratifica la operación o el vendedor adquiere la propiedad del bien (art. 1681).

En cambio, la compra de cosa propia es nula (por falta de causa) y el comprador tiene derecho a que se le restituya lo que hubiera abonado por ella (art. 1670).

Es admisible la venta de cosas que no existen, pero que se espera que existan (art. 1671).

Si al tiempo de celebrarse el contrato se había perdido la cosa en su totalidad, el contrato es nulo; si la pérdida fue parcial, el comprador puede optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, haciendo que su valor se determine por peritos (art. 1672).

Los arts. 1675 a 1679 establecen determinadas incapacidades especiales para el contrato de compraventa, las cuales, en puridad, no son tales, sino supuestos de falta de legitimación receptiva o de falta de poder negocial; esto es, la persona es capaz de intervenir en cualquier contrato, excepción hecha de los previstos por dichos artículos, por eso, no constituyen supuestos de incapacidad.

Así, son nulas, entre otras, las compraventas entre cónyuges, entre padres e hijos sometidos a la patria potestad, entre tutores o curadores y pupilos, etcétera. Estas últimas contrataciones detalladas adolecen de una nulidad absoluta ya que las mismas son realizadas en contravención del art. 8 del código civil que establece: «Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de las leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo».

La ausencia de legitimación receptiva siendo ésta un requisito de validez del negocio jurídico obligacional produce la nulidad absoluta en aquellos casos donde se violan leyes prohibitivas como el supuesto en análisis.

Efectos inmediatos

Obligaciones del vendedor (Art. 1686-1727)⁶⁸⁶

Entrega de la cosa vendida

- a. Lugar. Conforme al art. 1687, la entrega de la cosa debe hacerse en el lugar establecido en el contrato y a falta de especificación, donde aquella se encontraba en el momento de la celebración del mismo.
- b. Plazo. El plazo para la entrega es el fijado por el contrato y si no se fijó fecha, se deberá entregar inmediatamente después de su celebración. Si no se hiciera la entrega, el comprador puede pedir el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución del contrato, en ambos casos con daños y perjuicios (art. 1688).
- c. Estado. En virtud de lo que dispone el art. 1689, la cosa vendida debe entregarse en el mismo estado en que se hallaba al tiempo del contrato, esto es, no deteriorada por causa que le sea imputable. Asimismo, en la entrega deben incluirse los accesorios de la cosa (art. 1690).
- d. Gastos. Según el art. 1695, los gastos de la entrega serán abonados por el vendedor y los de conducción o transporte de la cosa por el comprador. El art. 1673 establece que los gastos de escrituración y accesorios pertenecen al comprador del bien.

686 Gamarra, ob. cit., T. III, vol. 2, p. 33.

Saneamiento⁶⁸⁷

De acuerdo al art. 1696, el vendedor responde:

- a. de la posesión pacífica de la cosa vendida;
- b. de los defectos ocultos o vicios redhibitorios de la cosa.

El vendedor responde conforme a la normativa citada por la cosa vendida y por tanto saneamiento significa

toda aquella actividad del vendedor que con carácter judicial o extrajudicial evita o previene la producción de la evicción sobre la cosa adquirida por el comprador. El saneamiento tiende a garantizar o asegurar al comprador que la cosa vendida no tiene vicios jurídicos o materiales y debe garantizar su utilización pacífica.⁶⁸⁸

Saneamiento por evicción (arts. 1697-1717)⁶⁸⁹

El vendedor responde por evicción cuando el comprador es privado de la cosa, total o parcialmente, por sentencia judicial.

En otras palabras el saneamiento por evicción tiene lugar cuando el comprador vio alterada su posesión pacífica de la cosa comprada siendo vencido en un juicio que se instaurara por una tercera persona con relación a la cosa.⁶⁹⁰

Aunque nada se establezca en el contrato el vendedor es obligado a sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior a la negociación.⁶⁹¹

La obligación de saneamiento por evicción puede dejarse sin efecto por acuerdo de voluntades; pero, aún en ese caso, el vendedor responde por sus hechos personales posteriores al contrato y por aquellos anteriores que le fueran conocidos y que no hubiera declarado al comprador.

Se exigen determinados requisitos para poder plantear una acción de saneamiento por evicción entre ellos los hay de forma y de fondo en los primeros: que la privación de la cosa sea por sentencia firme, que se haya citado al juicio al vendedor y que la acción se haya ejercitado dentro de los plazos legales. En lo que refiere a los requisitos de fondo los mismos son: que exista la evicción es decir la privación de la cosa al comprador, que esa privación sea por hechos de terceros y con causa anterior a la compraventa.⁶⁹²

Restituciones. Conforme al art. 1706, en caso de que la evicción se verifique, el comprador puede reclamar del vendedor:

- a. la devolución del precio pagado, más el aumento de valor de la cosa (art. 1708);
- b. la de los frutos, cuando el comprador tiene que restituirlos al verdadero dueño;
- c. los gastos causados por el juicio;
- d. los gastos del contrato;
- e. los daños y perjuicios que se le hayan causado.

687 Gamarra, ob. cit., T. III, vol. 2, p. 69.

688 Peirano Facio, Jorge. Contratos, T. I, Ediciones Del Foro 1996, p. 329.

689 Gamarra, ob. cit., T. III, vol 2, p. 77

690 Peirano Facio, ob. cit., p. 331

691 Peirano Facio, ob. cit., p. 334: «Algunos autores, como, por ejemplo, un autor italiano Gianturco, dicen que el fundamento de esta obligación radica en los principios generales y en la idea de culpa: el vendedor está respondiendo por evicción porque es culpable cuando el comprador es privado de una sentencia judicial de la cosa».

692 Peirano Facio, ob. cit., p. 341

En definitiva, de lo que se trata es que el comprador quede en la misma situación patrimonial que antes de la celebración del contrato.

Saneamiento por defectos o vicios redhibitorios⁶⁹³ (Art. 1718⁶⁹⁴- 1727)⁶⁹⁵

El vendedor responde de los vicios o defectos de la cosa vendida cuando:

- a. la hagan la impropia para el uso que se la destina;
- b. disminuyen de tal modo ese uso, que de haberlo sabido el comprador no hubiera comprado la cosa o no hubiera pagado tanto por ella.

El vendedor no es responsable de los defectos que están a la vista, de los que eran conocidos del comprador, ni de los que éste hubiera fácilmente podido conocer en razón de su profesión u oficio.

Las partes pueden establecer en el contrato que el vendedor no responde por vicios ocultos; pero, aún en este caso, responde por los vicios que conocía de la cosa y no dio noticia al comprador.⁶⁹⁶

En caso de que la cosa tenga vicios redhibitorios, el comprador puede optar entre:

- a. rescindir la venta, debiéndosele abonar lo que pagó por la cosa;
- b. rebajar el precio en una cantidad proporcional al vicio a juicio de peritos.

Si el vendedor conocía o debía conocer los vicios ocultos de la cosa vendida, el comprador tendrá, además de las 2 opciones indicadas, la posibilidad de reclamar daños y perjuicios.

Obligaciones del comprador (art. 1728-1735)⁶⁹⁷

La principal obligación del comprador es el pago del precio estipulado en el contrato.

El precio debe pagarse en el plazo y lugar establecidos en el negocio y si no se fijó, en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa.

Si el comprador se hallare en mora de cumplir con su obligación, el vendedor tiene derecho a exigir el pago del precio o la resolución del contrato, con más los daños y perjuicios a que haya lugar.

693 Peirano Facio, ob. cit., p. 375: «redhibiere» «hacer retomar [...] la cosa vendida presenta defecto de fabricación, formación o producción».

694 Para que pueda prosperar una acción fundada en la norma del artículo 1718 CC son necesarios diversos requisitos: que existan vicios ocultos; que éstos sean de entidad o de gravedad; que sean anteriores a la venta; que deban reputarse “materiales” excluyéndose a los denominados “vicios jurídicos”. TAC 4°, S. n.º 40 21.3.2001. (C. 1025, ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 515)

695 Gamarra, op. cit. T. III vol 2, p. 111 «

696 «El efecto del acogimiento de la acción de saneamiento por vicio oculto es la reducción del monto de la obligación de pagar el precio en proporción a la incidencia del vicio, esto es, con ajenidad al costo de la totalidad de reparaciones necesarias proveniente de vicios ocultos». TAC 4°, S. n.º 40. 21.3.2001. C. 1027 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 516)

697 Gamarra, op cit. T. III Vol. 2, p. 147

Pactos accesorios al contrato de Compraventa (arts. 1736-1754)

Pacto Comisorio (arts. 1737-1741)⁶⁹⁸

Por el pacto comisorio se estipula que no pagándose el precio en el tiempo convenido, el contrato de compraventa se resolverá. Es decir que el pacto comisorio es una convención⁶⁹⁹ entre las partes que estipula una condición resolutoria del contrato para el caso de incumplimiento por parte del comprador; que sea algo convenido y no implícito lo diferencia de la condición resolutoria.⁷⁰⁰

A pesar de la estipulación expresa de este pacto, el vendedor mantiene la opción de no recurrir al mismo y solicitar judicialmente el pago de la deuda.

Conforme al art. 1740, aún cuando del contrato resulte que el mismo se extinguirá de hecho al no pagar el precio de venta, el comprador podrá hacerlo subsistir si lo paga dentro de las 24 horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda. En este sentido de la posibilidad de subsistir el negocio la jurisprudencia ha sostenido distintas posiciones.⁷⁰¹

La regulación del pacto comisorio genera importantes dudas en lo que refiere a su implementación en la práctica, temática que ha sido analizada doctrinariamente, discutiéndose sobre la necesidad o no de una demanda o la resolución ipso iure, existiendo distintas posiciones en cuanto a si corresponde o no constituirse en mora y en lo que refiere al procedimiento a seguir.⁷⁰²

Pacto de Mejor Comprador (arts. 1742-1747)

Consiste en una cláusula que se establece en el contrato de compraventa conforme a la cual si dentro de determinado plazo se presenta una persona que mejore el precio de compra, el contrato originario se rescindirá, salvo que el comprador originario mejore la oferta hasta igualarla con la segunda.

Este pacto no puede exceder el plazo de 6 meses, la mejora del precio debe ser de cómo se encontraba la cosa al momento de la venta, ya que si se ha mejorado a la cosa, aunque se mejore el precio la venta no se resuelve.⁷⁰³ También se requiere que el título por el cual el tercero va a adquirir la cosa sea el de compraventa y el mejor comprador debe ser un tercero.⁷⁰⁴

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta estipulación cabe preguntarse si nos encontramos si es o no una condición resolutoria a la que se le agrega una opción de compra.⁷⁰⁵

698 Gamarra, ob. cit., T. III Vol. 2 p. 179

699 Peirano Facio, ob. cit., p. 477

700 Peirano Facio, ob. cit., p. 481. Carnelli-Cafaro (Eficacia contractual, p. 167) sostienen que la cláusula resolutoria produce resolución automática, y sin necesidad de intervención judicial o de cualquier otra circunstancia que no sea el incumplimiento mismo»

701 Peirano Facio, ob. cit., p. 510 cita sentencia Fleurquin 22 de marzo de 1955 JLC 2. Luego se cita *LJU*, T. III, C 757

702 Ortiz Armúa, *El pacto Comisorio en la compraventa*, cita on line D66/2010.

703 Peirano Facio, ob. cit., p. 516

704 Peirano Facio, ob. cit., p. 517.

705 Peirano Facio, ob. cit., p. 514

Pacto de retroventa (arts. 1748-1754)⁷⁰⁶

De acuerdo a este pacto, el vendedor se reserva el derecho de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare o el precio de venta. Instrumento que era utilizado desnaturalizando su función, como una garantía. Con relación a su naturaleza jurídica pueden citarse dos posiciones la de Gorla que lo entiende como un poder jurídico otorgado al vendedor y para Ennecerus Lehman se trata de una compraventa sometida a condición suspensiva.⁷⁰⁷

El plazo para intentar la retroventa es de 3 años. Con relación al procedimiento para que el vendedor haga uso de este pacto el Código Civil nada dice al respecto, por lo tanto deberíamos entender que es suficiente con dar aviso al comprador (judicial o extrajudicial).⁷⁰⁸

Cesiones

Las cesiones son negocios jurídicos que abarcan una gama de institutos pues se celebran respecto de diferentes cosas. Lo cierto es que llamamos cesión cuando se da la transmisión de una obligación jurídica o de un derecho.⁷⁰⁹ Se pueden ceder créditos, créditos litigiosos, derechos hereditarios, contratos etcétera. La relación jurídica primaria sigue en general o al menos en lo esencial incambiada, siendo modificado el sujeto activo o el pasivo de esta relación por otra persona sin que la obligación sufra modificaciones en si misma.⁷¹⁰

Para decirlo de una forma más sencilla cuando se da una cesión lo que ocurre es un cambio de uno de los sujetos de la relación por otro que ocupa el lugar del primero dejando incambiadas las obligaciones emergentes de la relación. Por ejemplo la cesión de un crédito implica que el acreedor ceda a cambio de un precio el crédito que tiene contra su deudor a una tercera persona que pasa a ocupar el lugar de éste en la relación jurídica inicial teniendo por tanto las mismas acciones y derechos que tenía el acreedor inicial.

Cesión de derechos hereditarios y crediticios

Cesión de créditos

La cesión de crédito se ve recogida por el Código Civil en los Art. 1757 y siguientes estando dentro de la compraventa lo que parece indicar que el legislador la consideró como una modalidad del referido contrato. Lo que no es del todo exacto ya que se pueden ceder los créditos que estén en nuestro patrimonio sin importar el título por el que hayan ingresado a él.⁷¹¹ De Page define la cesión como una convención por la cual un acreedor enajena sus derechos contra el deudor a un tercero que pasará a ocupar el lugar del acreedor. Definición de la que se advierte que la postura citada de Peirano podría no ser discutida en el sentido que toda cesión es en definitiva una modalidad del contrato de compraventa no por como haya ingresado el crédito al patrimonio de acreedor sino por las consecuencias posteriores

706 Gamarra, op cit., T. III Vol. 2, p. 209

707 Peirano Facio, ob. cit., p. 526

708 Peirano Facio, ob. cit., p. 527

709 Peirano Facio, ob. cit., p. 569

710 Peirano Facio, ob. cit., p. 569

711 Peirano Facio, ob. cit., p. 572

en tanto cuando lo cede lo está enajenando y esa enajenación puede verse como una modalidad de la compraventa.

Esta forma contractual tiene la particularidad de constituirse con tres partes: cedente; el que cede su crédito (acreedor); cesionario: el tercero que entra en la relación y cedido: el deudor. Este último debe aceptar la cesión para que le sea oponible.⁷¹²

Como última apreciación cabría señalar la diferencia entre la cesión y la subrogación; en ambos un tercero pasa a ocupar el lugar del acreedor con la diferencia que en la subrogación no asume calidad de acreedor in totum sino solo hasta el importe por el cual ha pagado el crédito mientras que en la cesión lo asume en su total plenitud.⁷¹³

Cesión de derechos hereditarios

Se encuentra regulada por los arts. 1767 y 1768 CC. Si bien se enmarca dentro de las cesiones, nada tiene que ver con la cesión de créditos. En la cesión de derechos hereditarios hay una persona que siendo heredera en una sucesión le transfiere a otra los derechos que tiene en esa sucesión, es un contrato bilateral, por lo que difiere de la cesión de créditos que se componía de tres partes.⁷¹⁴ Es importante dejar claro que la cesión no convierte al cesionario en heredero, sino que simplemente se transfieren los derechos que se poseen en tal calidad⁷¹⁵. Se puede calificar como negocio obligacional y atento a la forma que reviste, solemne.

Promesa de compraventa común y a plazos (Ley 8.733)

A diferencia de la compraventa, en la promesa se da la particularidad de que quien promete vender no vende realmente sino que se compromete a que va a hacerlo mas adelante.⁷¹⁶ La promesa es un contrato preliminar mediante el cual las partes aun no desean obligarse definitivamente sino que se comprometen a obligarse mas adelante. De este solo surge una obligación de hacer, de hacer un contrato definitivo en el futuro.⁷¹⁷

Situación que debe diferenciarse del denominado «boleto de reserva» como ha sido analizado tanto en doctrina como en jurisprudencia.⁷¹⁸

Existe la promesa de compraventa común y a plazos la cual se encuentra regulada por la ley 8733. La referida ley contempló una situación de hecho que producía consecuencias de orden jurídico y económico en tanto se otorgaban promesas de compraventa en las cuales se comenzaban a ejecutar las prestaciones sustanciales, situación que dejaba desprotegido al adquirente quien comenzaba a pagar el precio y no se le entregaba la posesión del bien adquirido.

712 Peirano Facio, ob. cit., p. 582

713 Peirano Facio, ob. cit., p. 583.

714 Peirano Facio, ob. cit., p. 609

715 Peirano Facio, ob. cit., p. 610.

716 Gamarra, ob. cit., T. III. Vol I p. 57, citando a Sanguinet.

717 Gamarra, ob. cit., T. III. Vol I p. 58.

718 «Un boleto de reserva propio debe ser distinguido de una promesa de enajenación de inmuebles (incluso con reserva del dominio) sea o no a plazos y se inscriba o no. En un boleto de reserva típico se incorpora una sola obligación: una parte se obliga a no vender ni a ofrecer en venta; la restante se obliga a comprar; habrá una señal (siempre depositada ante un escribano público) y llevará el compromiso de compraventa o la escritura de compraventa pero no más.» (TAC 7°. S. n.º 43. 29.3.2001. C. 82 (ADCU, T. XXXII, Montevideo, FCU, p. 52).

Esta ley otorga al promitente enajentate la reserva del dominio hasta que se integre el precio y concomitantemente dota al promitente adquirente, en caso de que se inscriba la promesa, de un derecho real, lo que se encuentra definido en el art. 1° de la Ley:

La promesa de enajenación de inmuebles a plazos, es un contrato por el cual una de las partes se obliga a transferir el dominio y la otra a adquirirlo por prestaciones pagaderas en cuotas sucesivas o periódicas.

Ya no es promesa de compraventa sino que tiene un objeto más amplio: es promesa de enajenación. Se promete transferir el dominio y no otorgar otro contrato. La obligación ya no es una obligación de hacer sino de dar.

En cuanto a la caracterización del contrato regulado por esta ley cabe señalar que se trata de un contrato definitivo por oposición al preliminar, bilateral en tanto ambas partes resultan obligadas, oneroso al ser los gravámenes recíprocos, es conmutativo al mirarse las prestaciones como equivalentes, principal y solemne en virtud de que el art. 2 de la ley establece que debe otorgarse en escritura pública o privada, y es un contrato de cambio.

Respecto a su ejecución, el art. 18 de la ley establece que:

Las promesas no inscriptas, que consten por instrumento público o privado, sólo producirán acción personal y se regirán por los principios de derecho común (art. 1664, última parte del inc. 1° del Código Civil),

aspecto que también ha sido ampliamente debatido en doctrina y jurisprudencia, pronunciándose por la admisibilidad de la ejecución forzada *in natura* aunque se trate de promesa anómala o atípica, es decir, una promesa de compraventa o contrato obligacional definitivo sin inscribirse en el registro respectivo.⁷¹⁹

719 «Es cierto que no resultan aplicables las previsiones de la Ley n.° 8733 sino las del derecho común (art. 18 Ley n.° 8733), pero son precisamente ellas las que permiten esta solución porque, tratándose de obligación de hacer, el acreedor tiene la opción de pedir su ejecución forzada o por equivalente (art. 1431 y concordantes CC) sin que sea obstáculo el art. 1664 CC en la actualidad según opinión jurisprudencial doctrinaria asentada» TAC 7°, S n.° 86. 14.6.2001. (C. 613 ADCU, T. XXXII, p. 294, Montevideo, FCU)

Permuta

Concepto

El concepto de la permuta se encuentra recogido en el art. 1769 del CC en el cual se establece que la misma «es un contrato por el cual los contrayentes se obligan a dar una cosa por otra».

Por tal motivo surge a primera vista que este contrato está ligado al de compra venta, por lo que su definición se realizará resaltando las diferencias y similitudes con el antes referido negocio jurídico obligacional.

Las disposiciones que regulan este negocio se remiten a las normas del contrato de compraventa en todo aquello que no esté expresamente regulado en este capítulo.

Mientras en la compraventa se cambia cosa por precio, en la *permuta* el cambio *es cosa por cosa*.

Se puede decir que la permuta es la forma arcaica de la compraventa.⁷²⁰

Se sostiene que la compraventa no es más que una permuta evolucionada⁷²¹ es decir que una es la evolución de la otra y por lo tanto hay rasgos que se mantienen pero con nuevos elementos.

Obligación de transferir el dominio

Mientras en el contrato de compraventa la parte vendedora se obliga a dar el bien objeto de la venta; en la permuta, las partes se obligan a transferir el dominio.

Se puede afirmar que el contenido de la obligación de la permuta es más amplio que el de la compraventa es decir de la obligación que tiene el vendedor, la permuta impone no solo la obligación de dar, de entregar la cosa sino que además contiene la obligación de transferir el dominio.⁷²²

Esta distinción surge del vocablo dar ya que en la compraventa está usado en forma genérica en su sentido más amplio mientras que en la permuta tiene un significado restringido que corresponde al dar romano de transferencia de propiedad, idea que si bien no surge de la definición, se deja ver en el art. 1772 «Si uno de los contratantes ha recibido ya la cosa que se le prometió en permuta, y acredita que no era propia del que se la dio, no puede ser obligado a entregar la que le ofreció en cambio, y cumple con devolver la que recibió».

720 Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. V, Edición 4, Montevideo, FCU p. 255

721 Gamarra, ob. cit., T. V, p. 255 en cita a Mercade (t 6, p 410 Art. 1702, par. 1)

722 Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. V Edición 4, Montevideo, FCU, p. 256

Caracteres

- a. Bilateral, ya que impone a ambas obligaciones recíprocas. Siendo el contrato cosa por cosa surge para las dos partes una obligación de dar.
- b. Oneroso, tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes. Los permutantes reciben utilidades y asumen gravámenes pues ambos obtienen una cosa y entregan otra a cambio.
- c. Conmutativo, la obligación de cada parte se mira como equivalente a la de la otra
- d. Principal, ya que subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.
- e. Consensual, desde que las partes pueden manifestar la voluntad en obligarse de cualquier manera. Tratándose de inmuebles, se torna *solemne*. En caso de que falte la solemnidad, el contrato adolecerá de *nulidad absoluta*.

Objeto

Conforme al art. 1771 del CC, pueden permutarse todas las cosas que se pueden vender y por el art. 1668 se pueden vender todas las cosas que estén en el comercio de los hombres, salvo las prohibiciones establecidas por leyes especiales.

El art. 1661 del CC también maneja el concepto cosa siendo el significado de este en sentido amplio no sólo de los bienes corporales sino que también de los incorporales.⁷²³

Por ende, se pueden vender las cosas inmuebles o muebles, sean fungibles o no, consumibles o no, sobre los derechos hereditarios de una persona (art. 1767-1768), etcétera.

Están fuera del comercio de los hombres los objetos ilícitos o contrarios al orden público y las buenas costumbres.

Capacidad

Los capaces absolutos pueden realizar cualquier negocio jurídico obligacional válido y eficaz por tanto pueden permutar así como vender o comprar, actuando por sí mismos, cualquier clase de bienes.

Los habilitados por matrimonio pueden comprar actuando por sí mismos cualquier clase de bienes; sin embargo, para vender bienes inmuebles requieren autorización judicial (art. 310), se hace esto extensible al contrato de permuta.

Saneamiento

Saneamiento por evicción (Art. 1773)

Disposición de la que surge que: «hay evicción cuando el permutante resulta privado de todo o parte de la cosa por sentencia judicial (art. 1697)».⁷²⁴

El contratante que sufre la evicción de la cosa recibida tiene dos opciones: podrá pedir su valor más los daños y perjuicios o solicitar la cosa que dió en cambio a menos que esta última ya había sido enajenada.

La obligación de saneamiento por evicción puede dejarse sin efecto por acuerdo de voluntades.

723 Gamarra, ob. cit. T. V, p. 258; Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho Civil Uruguayo*, T. 3 Vol. 1, p. 207

724 Gamarra, ob. cit. T. V, p. 269

Riesgos

Nuestro código regula los riesgos en la permuta y sigue un criterio diferente con el que legisló en materia de compraventa.

En la compraventa por la interacción de los arts. 1682 y 1557 inc. 1 el riesgo adoptaba el régimen *casus sentit creditore* mientras que en la permuta sigue el régimen *casus sentit debitore*, lo que significa que en la compraventa si la cosa perece se extingue la obligación del vendedor (deudor) por imposibilidad de pago, pero se mantiene la obligación del comprador (acreedor) que debe pagar el precio, en cambio en la permuta existe una norma especial, el art. 1774 que establece si una de las cosas perece por caso fortuito hace extinguir la obligación correlativa: el que entregó la cosa la recupera y el dueño de la cosa pericada no solo pierde ésta sino que no recibe contraprestación.⁷²⁵

Diferencias entre los contratos de compraventa y permuta

Por lo expuesto en este capítulo se puede decir que hay tres puntos esenciales que distinguen ambos contratos: el contenido, la estructura y los riesgos

En lo que refiere al contenido la obligación del vendedor es de dar (transferir la posesión) —art. 1661— mientras que la del permutante es dar en sentido de transferencia de dominio —art. 1769—.

En lo que refiere a la estructura la compraventa es cosa por precio y la permuta cosa por cosa.

Y por último los riesgos como tratamos anteriormente son regímenes distintos en ambos contratos uno a favor del deudor y otro a favor del acreedor.⁷²⁶

Remisión a las normas de la compraventa

El art. 1775 del CC establece que todo lo no previsto para la permuta se regirá por las normas del contrato de compraventa.

725 Gamarra, ob. cit., T. V, p. 271

726 Gamarra, ob. cit., T. V, p. 273

Arrendamientos

Introducción

Dentro de este capítulo se analizará el tema arrendamientos, que en atención a las varias aristas que presenta conlleva en primera instancia a dar un concepto general del mismo para luego ingresar al estudio particular de cada una de sus especies.

El art. 1776 nos proporciona una definición general de arrendamiento, dejando claro los diferentes tipos que lo componen.

Disposición de la que surge que nos encontramos frente a un negocio jurídico obligacional mediante el cual las partes se obligan, por un lado; el arrendador, a tres tipos de obligaciones diferentes según los diversas especies de arrendamientos: a conceder el uso y goce de una cosa (arrendamiento de cosa); a ejecutar una obra (arrendamiento de obra) o prestar un servicio (arrendamiento de servicio), y por otro lado surge siempre la obligación de parte del arrendatario de pagar ya sea por el uso y goce, por la obra o por el servicio.

Si bien el arrendamiento como negocio jurídico obligacional se encuentra regulado normativamente por el Código Civil, nada obsta a la existencia de leyes particulares como el DL 14.219 que legisla en forma especial el arrendamiento de cosas y los desalojos urbanos.

Arrendamiento de cosa

Concepto

Es un contrato por el cual una parte (llamada arrendador) se obliga a procurar a la otra (arrendatario o inquilino) el uso y goce temporal de una cosa, a cambio del pago de un precio (alquiler o renta).⁷²⁷

Los arrendamientos urbanos y los rurales tienen además una legislación específica — como se señalara — que son los D.L. 14.219 y 14.384 respectivamente, normas especiales que regulan no solo aspectos relativos a la contratación sino que además detallan los procedimientos a seguir en tales materias frente a las hipótesis de incumplimiento de las obligaciones asumidas.

Caracteres

- a. Bilateral: impone obligaciones recíprocas a las partes. En este contrato se establece al arrendador la obligación de entregar la cosa mientras que el arrendatario tiene la obligación de pagar el precio del arriendo.
- b. Oneroso: ambas partes obtienen utilidades y se le imponen gravámenes. Es decir el arrendador obtiene la utilidad del precio y el arrendatario el uso de la finca.

727 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1 edición 4, Montevideo, FCU, p. 297

- c. Conmutativo: en el arrendamiento el precio del mismo se mira como equivalente al uso del bien.
- d. Principal: es un contrato principal ya que nace y vive en la vida jurídica sin necesidad de otra convención. En general se le anexan accesorios como son los contratos de garantía en especial la fianza.
- e. Consensual: el arrendamiento por necesidad de prueba y arraigo de nuestras costumbres en cuanto a la forma de los negocios jurídicos habitualmente se celebra por escrito. Sin embargo está incluido dentro del elenco de los contratos consensuales dónde solo la mera voluntad de las partes expresada sin ningún requisito formal es suficiente para que el mismo se perfeccione.

Objeto

Conforme al art. 1777, pueden ser objeto del arrendamiento tanto los bienes muebles no fungibles y los inmuebles.

Mientras que para los inmuebles a efectos de que se restituya el mismo se sigue un juicio de desalojo, para los muebles el juicio a seguir es el de entrega de la cosa.

Precio

De acuerdo a lo previsto por el art. 1778, el precio del arriendo puede consistir en dinero o en frutos naturales que produzca la cosa arrendada.

Plazo

El contrato de arrendamiento necesariamente se extiende en el tiempo, por lo que cabe catalogarlo como un contrato de cumplimiento continuado.⁷²⁸

El art. 1782 estableció como plazo máximo del contrato 15 años, de manera que si en el contrato se pacta un plazo mayor, igualmente caduca en ese plazo.

Las partes pueden celebrar el contrato de arrendamiento sin determinar el plazo final. En tal supuesto, a la luz de lo previsto por los arts. 1786 y 1789, cualquiera de las partes pueden ponerle fin al contrato ejerciendo el recesso unilateral.

Sin perjuicio de ello, es menester tener presente las normas especiales sobre arrendamiento de inmuebles que establecen plazos mínimos que benefician al arrendatario:⁷²⁹

- a. 2 años para arrendamiento de fincas destinadas a casa-habitación;
- b. 5 años cuando el destino es industria o comercio.

Asimismo, es necesario tener presente que si fallece el arrendatario, sus herederos no se hallan obligados a cumplir el plazo fijado por aquél y pueden rescindir unilateralmente el contrato.

Capacidad y legitimación

Pueden realizar el contrato tanto los capaces absolutos como los menores habilitados por matrimonio, ya que el arrendamiento no se halla en las limitaciones establecidas por el art. 310 CC.

Los representantes legales pueden celebrar el contrato sin necesidad de obtener venia judicial, sea como parte arrendadora o arrendataria. Sin perjuicio de ello, es menester tener

⁷²⁸ Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1 edición 4, Montevideo, FCU, p. 298

⁷²⁹ Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1 edición 4, Montevideo, FCU, pp. 300-301

presente el art. 406 CC, que impide al tutor dar en arrendamiento inmuebles rurales por más de 5 años y urbanos, por más de 3 años, ni por más tiempo que el que falta al menor para llegar a la mayor edad.

La ley ha limitado la posibilidad de que los administradores de bienes ajenos tomen en arrendamiento los mismos si no cuentan con el consentimiento expreso del dueño (art. 1781/1°).

Asimismo, los usufructuarios no pueden arrendar los bienes que usufructúan por un plazo mayor del que se ha constituido el usufructo.

La legitimación para arrendar requiere que el arrendador sea propietario, usufructuario, arrendatario (si no hay prohibición de subarrendar) o poseedor del bien.

El arrendamiento de cosa ajena le es inoponible al verdadero dueño.

Oponibilidad del contrato de arrendamiento

Si el contrato de arrendamiento se halla inscripto en el Registro va a resultar oponible a quienes resulten adquirentes del bien, conforme a lo que establecen los arts. 1792 y el art. 54 de la Ley n.° 16.871 debiendo tenerse presente además que el art. 17 conceptualiza como acto inscribible en la Sección Inmobiliaria del Registro de la propiedad «15) Los arrendamientos, subarrendamientos, aparcerías y subaaparcerías conforme a las leyes que regulan esas materias».

La norma citada establece en el art. 54 inc. 1° que: «Los actos, negocios jurídicos y decisiones de las autoridades competentes que se registren conforme a la presente ley serán oponibles respecto de terceros a partir de la presentación al Registro».

Se exceptúa de esta situación, el caso de que el arrendador se hubiera reservado expresamente la posibilidad de enajenar el bien.

No hay que confundir el contrato de arrendamiento —negocio jurídico obligacional del cual enmergen derechos personales y obligaciones— con su inscripción que le otorga oponibilidad frente a terceros. A nivel jurisprudencial, cabe mencionar la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno n.° 28/2010 que recoge estos conceptos dejando en evidencia lo relevante de la inscripción al momento de hacer valer el negocio frente a terceros y la importancia de ésta para evitar la pérdida de la tenencia de la cosa por vías procesales de estructura abreviada que privilegian la celeridad en desmedro de las garantías con que cuenta el juicio ordinario.

Efectos Inmediatos

Obligaciones del arrendador (art. 1796)⁷³⁰

- a. Entregar la cosa arrendada. La cosa arrendada debe entregarse «en buen estado de reparaciones» de manera que sea apta para el uso y goce a que está destinada. El arrendatario puede renunciar a este derecho y convenir que la cosa se le entregue en el estado en que se halle (art. 1797).
Además, la entrega debe verificarse con todos los accesorios de que se sirve la cosa.
- b. Mantener la cosa en estado de servir al fin para el que ha sido arrendada. La obligación del arrendador no se extingue al entregar la cosa en buen estado, sino que, por tratarse de un contrato de cumplimiento continuado, debe mantenerla en condiciones durante toda la vigencia del arriendo.

730 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1 edición 4, Montevideo, FCU, p. 309

El art. 1798 establece las reparaciones a que se halla obligado el arrendador: todas, excepto las locativas (las ordinarias que normalmente se producen por culpa del arrendatario) y aún éstas, si los deterioros provienen de fuerza mayor o caso fortuito o de mala calidad de la cosa arrendada.

Si el arrendatario realiza las reparaciones que corresponden al arrendador, tendrá derecho a repetir contra éste (art. 1807).

- c. Obligación de garantizar el goce pacífico de la cosa arrendada. El arrendador se obliga a garantizar el uso pacífico de la cosa por parte del arrendatario, por lo que, conforme al art. 1800, si el propio arrendador o las personas que de él dependen lo turban, deberá indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios que se le causen.

Si el arrendatario es turbado por hechos materiales de terceros debe defenderse él mismo, sin que pueda recurrir al arrendador, teniendo al respecto la acción de violento despojo (arts. 1801 y 669).

En cambio, el arrendador se halla obligado a defender al arrendatario en caso de que los terceros invoquen derechos sobre el bien arrendado (por ej. si un tercero pretende desalojar al arrendatario alegando que es el propietario del bien) (art. 1802).

Obligaciones del arrendatario (art. 1811)⁷³¹

- a. Usar la cosa según los términos o espíritu del contrato. Esta obligación se halla desarrollada por el art. 1812, según el cual el arrendatario debe utilizar la cosa de acuerdo a lo convenido por el contrato y a falta de convención, con el destino a que la cosa se halla naturalmente destinada.

- b. Conservar la cosa con el cuidado de un buen padre de familia. Como ocurre en todo contrato restitutorio, el arrendatario debe conservar la cosa a efectos de devolverla en el mismo estado en que se le entregó, salvo los deterioros producidos por el uso y goce legítimos.

El locatario es obligado a realizar las reparaciones locativas (arts. 1818 y 1822), derivadas de deterioros causados por él o por las personas que de él dependen.

- c. Pagar la renta. En caso de que no pague el arriendo, el arrendador tiene la posibilidad de iniciar juicio de desalojo por mal pagador, lo cual permitirá la desocupación de la finca en un plazo más breve.

Principales caracteres del Decreto de Ley 14.219

Si bien el tema arrendamiento es tratado desde el punto de vista sustantivo en nuestro Código Civil existe una norma específica que se ha mantenido vigente en el tiempo con relación a los arrendamientos y desalojos urbanos que atiende además a los aspectos adjetivos, manteniendo vigencia aún después del advenimiento del Código General del Proceso (art. 546 CGP).

La coexistencia de ambos regímenes ha sido pacífica ya que la propia disposición citada establece su ámbito de aplicación dejando en claro las situaciones jurídicas comprendidas dentro de ella, así como las excluidas. El Decreto Ley citado comprende a arrendamientos

731 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1 edición 4, Montevideo, FCU, p. 313

de bienes inmuebles cuya construcción sea posterior al año 1968.⁷³² Asimismo el contrato se rige por los principios generales del Código Civil pero en lo que refiere a la desocupación del bien así como a la finalización del contrato se regula por el DL 14.219.

La ley regula los plazos contractuales evitando lo que en nuestro país se llamó en el período comprendido entre 1968 y 1974 el *contrato eterno* ya que se establecía aún vencidos los plazos se daba lugar a prórrogas *sine die*.

La doctrina especializada⁷³³ sintetiza los caracteres más importantes de la referida legislación en los siguientes:

- a. logra concentrar en un único cuerpo normativo la temática relativa a los arrendamientos y desalojos urbanos,
- b. están inspiradas en el régimen de la libre contratación, por entenderla la forma de solucionar los conflictos de intereses inmersos en las relaciones arrendaticias,
- c. se estructuró un régimen de transición con el doble mecanismo de estabilidad para el arrendatario, con el fin de conciliar ambos intereses, compensada con un reajuste en los precios para el arrendador,
- d. se estableció como método para lograr la adecuación de los precios de los arrendamientos el de la unidad reajutable mensual,
- e. al regular la relación arrendaticia, se hace hincapié en la voluntad de los contratantes.

Arrendamiento de obra y arrendamiento de servicio

Concepto

Es un contrato por el cual una de las partes (el arrendador) se halla obligado a prestar un servicio (a realizar una obra) y la otra (el arrendatario) se obliga a pagar por ese servicio un precio en dinero.-

Es decir que el objeto de este contrato es lo que Planiol define como «la fuerza de trabajo que reside en una persona».⁷³⁴

Este contrato debe distinguirse del mandato radicando la diferencia en la naturaleza de los actos que constituyen su objeto.⁷³⁵

Caracteres

- a. Bilateral: en esta modalidad de arrendamiento el arrendador se obliga a realizar una obra o prestar un servicio mientras que el arrendatario se obliga a pagar un precio por esa obra o servicio.
- b. Oneroso: ambas partes son partícipes de las utilidades así como de los gravámenes.
- c. Conmutativo. Las partes miran como equivalentes las prestaciones que asumen: la obra o servicio por el precio.
- d. Consensual: basta el mero consentimiento de los contratantes para que el negocio nazca a la vida jurídica por ejemplo: si contrato un albañil para reformar mi casa,

732 Vescovi, Enrique, *Del procedimiento en Arrendamientos y Desalojos Urbanos y Rurales*, Edición 3, 1980. Ediciones Idea, p. 36

733 Cfme. Arlas y Tarigo, *Nuevo Régimen legal de los arrendamientos y desalojos urbanos*, Montevideo, FCU, 1974, p. 16

734 Gamarra, ob. cit., T. 1, p. 249.

735 Gamarra, ob. cit., T. 1, p. 252

basta que nos pongamos de acuerdo en la obra y el precio verbalmente para que se perfeccione el contrato.

- e. Principal. No requiere de otro negocio jurídico para nacer ni para subsistir. En general como se trató en el arrendamiento de cosa es a este contrato principal que se le anexa un contrato de garantía.

Objeto

Conforme al art. 1833, puede ser objeto del contrato toda especie de servicio o trabajo material o inmaterial, mecánico o liberal.

Es un contrato de cumplimiento instantáneo, no de cumplimiento continuado, ya que el interés del acreedor se satisface instantáneamente con la obra terminada.

Capacidad

Se requiere capacidad plena o limitada.

Responsabilidad decenal del arquitecto⁷³⁶

Está regulada por el art. 1844 del CC El arquitecto o empresario de un edificio son responsables durante 10 años si aquél se arruina en todo o en parte por vicio de la construcción, del suelo o mala calidad de los materiales, salvo que aquellos prueben que los vicios se produjeron por causa extraña que no les es imputable.⁷³⁷

En el caso n.º 15.207 de *La Justicia Uruguaya* (T. 133, 2006) se recogen los principios generales de la responsabilidad decenal del arquitecto remarcando que estamos frente a una obligación de resultado por lo que sólo lo exonera de responsabilidad la causa extraña que no le es imputable y se deja en claro que la responsabilidad del arquitecto o empresario no es solidaria.⁷³⁸

Diferencias con el arrendamiento de servicios

- a. El arrendamiento de obras es un contrato de cumplimiento instantáneo, si se tiene en cuenta el interés del acreedor y de ejecución prolongada para el deudor. En cambio, el arrendamiento de servicios es un contrato de duración (cumplimiento continuado o tracto sucesivo).
- b. En el arrendamiento de obras existe una obligación de resultado: el deudor se obliga a obtener un resultado (*v. gr.* escribano, arquitecto) y sólo se libera probando una causa extraña que no les imputable. En cambio, en el arrendamiento de servicios

736 «Hay probanza suficiente en autos relativos a que el arquitecto demandado tuvo la dirección de la obra... En obra de nueva planta, pendían sobre el demandado, en cuanto al proyecto, la observancia de las normas reglamentarias y confección con las pautas de las reglas del arte de la construcción; luego como ejecutor técnico de la edificación debió dirigir los trabajos con competencia exclusiva, consistente en dar las directrices necesarias para la ejecución de la obra y supervisar de modo general los trabajos realizados; además, en tal incumbencia, vigilar e inspeccionar los trabajos, lo cual es el control continuo y casi permanente de la ejecución de los trabajos» (véase al respecto Fernández Costales, *El contrato del arquitecto en la construcción*, p. 59 y ss.) (TAC, S. n.º 166. 14.8.2002. C. 565; ADCU, T. XXXIII, Montevideo, FCU, p. 255).

737 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1 edición 4, Montevideo, FCU, pp. 286-294

738 «Tampoco puede imputarse *in solidum* salvo cuando la responsabilidad de uno y otro sea causa suficiente de la totalidad del daño» (*Tratado de Derecho Civil uruguayo*, T. 1 p. 278/279)

la obligación asumida por el deudor es de medios: no se compromete a lograr un resultado, sino a emplear su actividad en beneficio del acreedor. Se libera de responsabilidad probando que empleó la diligencia de un buen padre de familia (*v. gr.* abogado, médico).

Sociedad civil

Concepto (art. 1875)

Es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con el objeto de realizar una actividad y repartirse los beneficios que de ello provengan.

El aporte de cada socio puede consistir en capital o en trabajo.

La Sociedad civil⁷³⁹ fue tomada por nuestro legislador del Código francés y de Pothier de la codificación que sobre este instituto elaboraron los textos romanos. El art. 1875 es traducción del art. 1832 del Código francés.

De la normativa y doctrina que trata el tema puede extraerse que los elementos constitutivos son:

- a. Consentimiento de los socios;
- b. Finalidad de lucro;
- c. División de las pérdidas y las ganancias; y
- d. *Affectio Societatis*

Para diferenciar la sociedad civil de las sociedades comerciales se puede decir que la sociedad civil es una sociedad contrato a diferencia de la sociedad comercial que sería una sociedad persona.⁷⁴⁰

Caracteres

- a. Bilateral o plurilateral. Existen dos o más obligados.
- b. Oneroso y conmutativo. Las obligaciones de los socios se miran como equivalentes.
- c. Principal. Subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.
- d. Consensual. Las manifestaciones de voluntad tendientes a constituir la sociedad pueden manifestarse de cualquier forma, incluso verbalmente.
- e. De cumplimiento continuado o tracto sucesivo. Su cumplimiento se realiza a través de prestaciones periódicas que se van desarrollando a lo largo del tiempo.

Capacidad

Los mayores de 18 años pueden contraer libremente sociedades civiles.

Con respecto a los habilitados por matrimonio, hay dos posiciones:

- a. Para algunos, no pueden constituir las desde que no se pueden obligar por más de 500 UR (art. 310 inc. 4°);
- b. Para otros, pueden constituir las, ya que el art. 310 no se los prohíbe sólo que si tuvieran que aportar bienes inmuebles requerirían autorización judicial (art. 310 inc 1).

739 *Estudios Jurídicos en Memoria de José Irureta Goyena (h)* Esc. Isabel Pizza de Luna, p. 773

740 *Estudios Jurídicos en Memoria de José Irureta Goyena (h)* Esc. Isabel Pizza de Luna, p. 774

Según la mayoría de la doctrina, los padres, tutores y curadores no pueden constituir sociedades civiles en representación de sus hijos o pupilos, salvo que cuenten con autorización judicial.

Principales cláusulas del contrato de sociedad (arts. 1887-1892)

Plazo de la sociedad (art. 1887)

Conforme al art. 1887, salvo disposición contractual en contrario, la sociedad se entiende contraída desde el momento de la celebración del contrato y por toda la vida de los asociados, salvo el derecho a renunciar que éstos tienen.

Pero si el objeto de la sociedad es un negocio específico, se entenderá contraída por todo el tiempo que dure el negocio.

División de ganancias y pérdidas (art. 1888)

A falta de previsión expresa en el contrato, las ganancias y pérdidas se dividen a prorrata de sus respectivos capitales.

Modificación del contrato (art. 1891)

Salvo estipulación en contrario, para variar el contrato social o la actividad de la sociedad se requiere el voto de la unanimidad de los socios.

Los demás supuestos a decidir se determinarán por mayoría de votos. Los votos se computan en proporción al capital de cada socio.

Cláusulas prohibidas (art. 1892)

Son cláusulas prohibidas:

- a. la prohibición de renunciar a la sociedad;
- b. La de que cualquiera de los socios puede retirar lo que tenga en la sociedad en cualquier momento;
- c. Asegurar al socio capitalista la devolución de su capital o ganancias eventuales;
- d. Estipular a favor del socio industrial una retribución fija por su trabajo, haya o no ganancias, pues en tal caso, se convierte en obrero y no en socio.

Conforme a los arts. 1878 y 1879, resulta prohibida toda convención que estipulare que la totalidad de las ganancias o de las pérdidas pertenecerán a un socio o la que establezca que uno de los socios no habrá de tener participación en las ganancias o en las pérdidas (*cláusulas leoninas*).

Administración de la sociedad (arts. 1893-1904)

Si nada se estableció en el contrato de sociedad, todos los socios tienen derecho a administrar.

En el contrato puede establecerse que administre uno de los socios o que administre un tercero, ajeno a la sociedad.

Si en el contrato se estableció que administra un socio, éste no puede renunciar a la administración sino por causa prevista en el contrato o unánimemente aceptada. Tampoco puede ser removido del cargo sino en los casos previstos o por causa grave.

Debemos pensar que cuando el número de socios es ilimitado que todos administren puede ocasionar perjuicios a la sociedad e inestabilidad jurídica.⁷⁴¹

741 *Estudios Jurídicos en Memoria de José Irureta Goyena (h)* Esc. Isabel Pizza de Luna, p. 782

Obligaciones

Obligaciones de los socios entre sí (arts. 1905-1917)

- a. Cada socio es deudor a la sociedad de lo que ha prometido aportar.
- b. Los socios responden a la sociedad de todos los daños y perjuicios que le causen por su culpa (art. 1912).

Debemos recordar que los socios son condóminos, motivo por el cual al momento de la liquidación y partición teniendo ésta efecto declarativo se retrotrae al momento del aporte.⁷⁴²

Obligaciones de los socios respecto a los terceros (arts. 1918-1922)

La sociedad civil no es una persona jurídica, sino sólo un contrato que liga a los socios entre sí. Por ende, los acreedores de la sociedad podrán cobrar sus créditos contra cualquiera de los socios, quienes tendrán responsabilidad ilimitada por las deudas.

Por lo expuesto queda claro que los socios no limitan su responsabilidad al capital que han aportado sino que responden ilimitadamente con todos sus bienes.

La masa de bienes sociales entre los socios forman un patrimonio ficticio diferente a los bienes propios de cada uno pero esto no sucede frente a terceros, se confunden todas las masas las propias y la social. Por lo tanto cuando la sociedad se ve obligada responden los socios en partes iguales pero entre sí en proporción a su interés social.

Por el art. 1919 para que la sociedad se vea obligada el socio debió haberse comprometido en nombre de ésta con constancia expresa y que surja de forma inequívoca del acto y con poder suficiente.⁷⁴³

Disolución de la sociedad (arts. 1923-1937)

Las causales de disolución son:

- a. vencimiento del plazo;
- b. realización del negocio para el cual se constituyó;
- c. insolvencia de la sociedad o destrucción de los bienes que forman su objeto;
- d. renuncia de un socio (la sociedad sólo se disuelve con respecto al renunciante) (art. 1933-1935);
- e. muerte de un socio, si no se estableció pacto de continuación de la sociedad con sus herederos (1928-1929);
- f. incapacidad o insolvencia superviniente de uno de los socios (art. 1931);
- g. incumplimiento de la obligación de aportar por cualquiera de los socios (art. 1926).

Partición de bienes (art. 1937)

Disuelta la sociedad, luego del pago de las deudas que existan, corresponde proceder a la partición de los bienes de aquella, lo cual se hará a prorrata de los capitales de cada socio.⁷⁴⁴

742 Op. cit., p. 790

743 Op. cit., p. 778

744 .Op. cit., p. 778

Mandato

Concepto

Conforme al art. 2051 es un contrato por el cual una de las partes confiere a otra, que lo acepta, el poder para representarla en la gestión de uno o más negocios por cuenta y riesgo de la primera.

De esto se desprende que el mandato es un contrato y como tal se le aplica la clasificación que contiene el Código Civil en los arts. 1247 y ss. Así como los requisitos esenciales para la validez de los contratos de los arts. 1261 y ss., del mismo cuerpo normativo. A tales efectos cabe entonces destacar que hay una propuesta y una aceptación que conforman el consentimiento para que una de las partes represente a la otra en los negocios que ésta necesita realizar teniendo presente quién se obliga y sobre quien recaerán los efectos del negocio.

Así, se ha expresado: «está constituido por la circunstancia de que el obrar jurídico de una persona no proyecta sus consecuencias (efectos) sobre el patrimonio de ésta, sino que afecta directamente a un tercero extraño al negocio (representado)».

Elementos de la representación

- a. El poder. Puede ser conferido por el interesado en ser representado (*representación voluntaria*) o por la ley, como ocurre con las representaciones legales derivadas de la patria potestad, tutela o curatela (*representación legal*).
- b. Obrar a nombre ajeno. De esta forma la actuación del representante (sujeto de la voluntad o parte en sentido formal) recae sobre el patrimonio del representado (sujeto del interés o parte en sentido material).

Diferencias entre mandato y poder

El mandato es un contrato (negocio jurídico bilateral); en cambio, el poder es un negocio jurídico unilateral: sólo emana de la voluntad del poderdante, no requiere aceptación del apoderado.

El mandato crea obligaciones; el poder, en principio, no las crea.⁷⁴⁵

Caracteres

- a. Unilateral. En principio, el mandato es unilateral, ya que sólo crea obligaciones al mandatario de ejecutar el encargo. Puede ser *bilateral*, si el mandante asume la obligación de remunerarlo por su encargo.

745 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. I edición 4, Montevideo, FCU, p. 11.

- b. Gratuito. El art. 2052 establece que el mandato puede ser gratuito u oneroso. Establece que se presume que el mandato es gratuito cuando no se estableció remuneración. En cambio, se presume oneroso, cuando consiste en trabajos propios de la profesión del mandatario.
- c. Principal. La relación jurídica que nace del contrato de mandato es principal pues su existencia es independiente de cualquier otra relación. Nace por sí y para sí. El art. 1251 indica que: «se llama principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención».
- d. Consensual. La consensualidad es la regla y la solemnidad la excepción, dado que el mandato solo es solemne cuando la ley así lo establece (por ej. en el caso del poder para pleitos).

Capacidad

El código prevé la posibilidad de que exista más de un mandante y más de un mandatario a la vez es decir que cada parte sea plurisubjetiva por lo que los requisitos de capacidad le serán exigibles a todas las personas que constituyan cada parte.

Mandatario

Pueden serlo:

- a. los mayores de edad;
- b. los habilitados por matrimonio, desde que el art. 310 no se los prohíbe;
- c. los menores púberes no habilitados por matrimonio (art. 2062). Esto se entiende en beneficio de los terceros.

Mandante

Se requiere la capacidad establecida para cumplir el acto para el cual se da el poder. Así, un habilitado podrá otorgar poder para vender un bien mueble actuando por sí mismo y sin asistencia.

Clases de mandato

En cuanto a su extensión

Los mandatos pueden ser *generales*, que incluye todos los negocios del mandante (a pesar de que pueden establecerse algunas excepciones) y *especiales*, que comprenden uno o más negocios especialmente determinados del mandante (Art. 2054).⁷⁴⁶

En cuanto a su intensidad

El mandato puede ser *conferido en términos generales*, lo cual sólo comprende los actos de administración o *con poder expreso para actos de disposición*, que incluye las facultades de enajenar, hipotecar o hacer cualquier acto de riguroso dominio (*v. gr.* donación) (Art. 2056).

⁷⁴⁶ Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1 edición 4, Montevideo, FCU, p. 28.

Efectos inmediatos

Obligaciones del mandatario

En el capítulo II del Título VIII los Art. 2064 y 2075 se establecen las obligaciones del mandatario y pueden verse unas como principales y otras de naturaleza más accesorias. Teniendo presente la definición de este contrato podemos establecer que la obligación principal del mandatario es cumplir con el mandato.

En cuanto a la terminología de los sujetos que participan en el mandato, cabe precisar que quien lo otorga es denominado mandante y quien debe cumplir con ese mandato es el mandatario.

Una vez que el mandatario acepta el cumplimiento del mandato (Art. 2064) es que queda obligado al cumplimiento del mismo, como estamos en un negocio jurídico obligacional, es decir, un contrato recordemos que la aceptación forma parte del consentimiento que es el requisito esencial para la validez de los contratos.

En resumen por lo expuesto las obligaciones del mandatario una vez aceptado el mandato son:

- a. Cumplir el encargo (art. 2064).

Si no lo cumple o lo cumple sin diligencia responde por los daños y perjuicios que cause al mandante. En el art. 2065 se establece que no sólo responderá a título de dolo sino que además lo hará por culpa es decir por actuar con omisión o negligencia. Para el cumplimiento del encargo, el mandatario no puede traspasar los límites del mandato (art. 2057). Respondiendo si lo hiciera y ocasionara perjuicios al mandante. Podrá no cumplir el encargo cuando el mismo sea manifestamente dañoso para el mandante (art. 2066).

- b. Rendir cuentas de su gestión (art. 2074)⁷⁴⁷

Facultades del Mandatario. Sustitución del mandato (Art. 2067)

En los artículos referidos a las obligaciones también se confiere una facultad al mandatario que es la de sustituir el mandato siempre y cuando el mandante expresamente no le haya prohibido dicha facultad.

El mandatario puede nombrar un sustituto para el cumplimiento de la gestión encargada, siempre que el mandante no se lo haya prohibido; pero responde de los actos del sustituto cuando:

- a. no se le dio la facultad de sustituir;
- b. se le dio dicha facultad y nombró a una persona notoriamente incapaz o insolvente.

Lo hecho por el sustituto, si hubo prohibición de sustituir, es inoponible al mandante (art. 2067, inciso final).

747 Gamarra, op cit., T. 1, p. 33.

Obligaciones del mandante

En los Art. 2076 al 2085 se establecen las obligaciones del mandante:

- a. Responder por los actos del mandatario en cumplimiento del poder (art. 2076);
- b. Anticipo de gastos para el cumplimiento del mandato (art. 2079):
- c. Reembolso de gastos (art. 2081)
- d. Pago de salario, siempre que el mandato sea oneroso.

Extinción del mandato

Las causales de extinción del mandato están previstas por el art. 2086. Tiene lugar por:

- a. Cumplimiento de la gestión encargada;
- b. Vencimiento del plazo establecido como duración del mandato;
- c. Revocación por el mandante;
- d. Renuncia del mandatario. Conforme al art. 2093, la renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido un tiempo razonable para que el mandante pueda ocuparse de los negocios encomendados;
- e. Muerte del mandante o del mandatario. Si fallece el mandante, el mandatario no seguirá en sus funciones; pero si de suspenderlas puede existir perjuicio para los herederos de aquél, deberá finalizar la gestión principiada (art. 2094). Si fallece el mandatario, sus herederos que fueran hábiles para la administración de los bienes del mandante, deberán cuidar sus bienes y concluir las gestiones iniciadas por el mandatario (art. 2095). El mandato no se extingue por la muerte del mandante si el mandato está destinado a ejecutarse después de su muerte (art. 2096);
- f. Quiebra o insolvencia del mandante o mandatario;
- g. Incapacidad sobreviniente de cualquiera de ellos;
- h. Cesación de funciones del mandante si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas.

Préstamo

Introducción

Conforme al art. 2196 CC hay dos clases de préstamos distinguiendo el precepto en función de la naturaleza de los bienes: si se trata de un bien fungible (Art. 470 CC) se llamará *mutuo* o *préstamo de consumo* y si el objeto es un bien no fungible (Art. 470 CC) se denominará *comodato* o *préstamo de uso*.

Norma legal que determina estructuralmente el análisis del tema distinguiendo ambos supuestos: *mutuo* o *comodato* en función de la regulación propia de cada uno en base al tipo de bien sobre el cual versan.

Mutuo o préstamo de consumo (arts. 2197-2215)

Concepto

El Código Civil en el Art. 2197 establece que «es un contrato por el cual se da dinero u otra cosa de las fungibles, con cargo de volver otro tanto de la misma especie y calidad».

De esta redacción puede extraerse que estamos frente a cosas fungibles, que ya vimos en el estudio de la clasificación de los bienes, debiendo recordar que estas refieren a cuando hay una homogeneidad en la especie como así lo dice Gamarra.

Por otro lado también puede extraerse que se perfecciona con la entrega de la cosa ya que nace cuando se da la cosa motivo por el cual veremos mas adelante estamos frente a un contrato real (Art. 1252 CC).

Doctrinariamente se sostiene en cuanto a su calificación: «el mutuo es un contrato real, porque solo se perfecciona con la entrega de la cosa (*re contrahitur obligatio*)».⁷⁴⁸

Elementos

Del mencionado artículo se desprenden dos elementos:

- a. Entrega de cosa fungible.
- b. Obligación de restituir otro tanto del mismo género.

De lo cual puede inferirse que quien recibe la cosa mutuada como lo establece el art. 2198 se hace dueño de ella y por lo tanto ejerciendo el derecho de propiedad como ya vimos puede usar, gozar y abusar de la cosa y por consiguiente la legitimación para disponer de la misma pero esto como contrapartida hace nacer el segundo elemento (art. 2197 in fine), es decir la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

Al efecto, Gamarra lo ilustra con el siguiente ejemplo: si Juan me presta \$ 1.000 pesos yo me hago dueña de esos mil pesos ese billete numero X con Serie X y tengo la legitimación para disponer de ellos comprando o pagando lo que necesite. Sin embargo,

748 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1, edición 4, FCU, p. 159.

concomitantemente nace la obligación de restituir a Juan esa suma de dinero, le voy a tener que devolver a Juan mil pesos uruguayos no el mismo billete pero si «otro tanto de la misma especie y calidad» (art. 2197).

Como ya dijimos el contrato de mutuo es un contrato real, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa objeto del negocio (art. 1252).

Antes de la entrega o tradición de cosas al beneficiario no existía el mutuo, ya que la entrega de la cosa es constitutiva del negocio, hace nacer o perfeccionarse el contrato.

En el art. 2198 se indica que no solo con la entrega del bien, el mutuario se hace dueño de las cosas sino que además opera el traspaso de los riesgos para sí, «la cual, perece para él, de cualquier manera que se pierda» lo que unido al art. 1551 significa que si me hice dueño de la cosa y ésta se pierde o perece lo hace para mí.

En el ejemplo manejado anteriormente una vez que Juan me presta los \$ 1.000 y yo los tengo en mi poder y se me incendian o los pierdo o alguien me lo sustrae de todas formas le continuaré debiendo y por consiguiente debo restituir \$ 1.000 a Juan.

Sin embargo siguiendo a la doctrina que cita a Messa «son tres los elementos esenciales del mutuo:

- a. entrega de una cantidad de cosas;
- b. para que se disponga de ellas libremente;
- c. con la obligación de restituir otro tanto del mismo género».749

Caracteres

- a. Se trata de un contrato gratuito, en principio, ya que sólo beneficia al mutuario, sufriendo el gravamen el mutuante. Puede transformarse en *oneroso*, en caso de que se pacten intereses. En esta hipótesis el mutuante recibe un *plus* es decir los intereses de la cosa mutuada por tanto recibe un beneficio o provecho (Art. 2205).
- b. Unilateral o bilateral. Tradicionalmente se sostenía que el mutuo siempre era un contrato unilateral, del que únicamente resultaba obligado el mutuario a restituir (y si el mutuo era oneroso, a pagar intereses). Pero esta posición fue revisada y se sostiene que el mutuo gratuito es unilateral, por cuanto el único obligado es el mutuante: a dejar gozar al mutuario de las cosas mutuadas. En realidad, la posición es correcta, pues el cumplimiento de la obligación de restituir no es la principal del contrato, sino la que lo extinguirá.
Por su parte, en el caso del mutuo fructífero, el contrato se transforma en oneroso y bilateral, ya que se imponen obligaciones a las dos partes.
- c. Principal. Por la clasificación que ya estudiamos podemos establecer que estamos frente a un negocio jurídico que subsiste por sí mismo sin necesidad de otro negocio jurídico.
- d. Real. Como establece el art. 1252 hay contratos reales que son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa y este caso sería el del mutuo, ya que el mutuo nace a la vida jurídica por la entrega de cosa mutuada que hace el mutuante al mutuario.

749 Gamarra, Jorge. *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1 p. 159 edición 4, FCU.

Objeto

Conforme al art. 2197 del CC recae sobre «dinero o cosas muebles fungibles».

Por cosas fungibles, a pesar de lo dispuesto por el art. 470 CC, que confunde fungibilidad y consumibilidad, debemos entender aquellas que son homogéneas, intercambiables unas por otras.

La doctrina ha referido que la clasificación de consumible con no consumible es una clasificación que tiene poca trascendencia jurídica, no así la fungible y no fungible. Asimismo de conformidad con la normativa citada puede verse que se confunden ambos conceptos llevando a imprecisiones.

Capacidad y legitimación

Si bien los artículos que específicamente regulan el mutuo nada dicen de la capacidad, no puede desconocerse que estamos frente a un negocio jurídico obligacional es decir un contrato al que como tal se le aplican los requisitos de validez y de eficacia del art. 1261, motivo por el cual puede establecerse que se requiere la capacidad absoluta o relativa, tanto en el mutuante como en el mutuario, Por otro lado cabe destacar que el contrato no se halla dentro de las limitaciones a los habilitados por matrimonio previstas por el art. 310.

Además, se requiere que el mutuante sea propietario de la cosa objeto del negocio ya que al entregarla el otro se hace dueño y solo puede hacerse dueño si quien dispuso de ella tenía la legitimación para disponer siendo principio general del derecho que nadie puede transferir más derechos de los que posee.

Si el mutuo es de cosa ajena, el negocio es válido, pero ineficaz, ya que le es inoponible al verdadero dueño. La ratificación posterior del dueño o la adquisición posterior del bien por parte del mutuante dan eficacia al negocio. Recordemos el principio general estudiado al momento de desarrollar el contrato de compraventa.

Se puede decir entonces que el mutuo excede la simple administración estando frente a un acto de disposición es decir en el terreno de las enajenaciones por tanto implica una transferencia de propiedad de las cosas al mutuario en función de lo cual se debe exigir la calidad de propietario al mutuante.

Obligación de restituir

Del art. 2199 para el dinero (salvo que lo contrario se haya estipulado) y para las demás cosas fungibles surge que la obligación de restituir se halla gobernada por el *principio nominalístico*, que consiste en que se deben devolver la misma cantidad de cosas prestadas y no su valor. Esto significa que carece de trascendencia el hecho de que la moneda o las cosas bajen o suban de precio, ya que se cumple entregando la suma de dinero o cosa prestada.

El art. 2199 prevé la posibilidad de pacto en contrario, tratándose de préstamo de dinero.

La restitución debe hacerse con igual cantidad de cosas, de la misma especie y calidad.

En caso de que exista imposibilidad superviniente de devolver bienes de la misma especie y calidad (por ej. si no se produce más el vino de marca X), el art. 2101 establece que «el mutuario deberá pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse la entrega».

Con respecto al lugar y plazo de entrega, el art. 2202 establece que en primer término se estará a lo que establezcan las partes y regula para el caso de que nada se haya estipulado diferentes opciones:

En lo que refiere al plazo:

- a. luego que la reclame el mutuante;
- b. pasados 10 días de la celebración del contrato;

En lo que refiere al lugar:

- a. en el domicilio del deudor (mutuario).

El art. 2203 recoge la hipótesis de que en caso de que las partes pactaran el momento en forma inexacta, no pudiendo acordar el momento exacto, se recurrirá al Juez para su determinación.

Vicios de la cosa

El art. 2204 establece la responsabilidad del mutuante por los vicios de la cosa, recordando lo regulado en sede del contrato de compraventa. Nos remitimos en este punto al concepto de vicios ocultos oportunamente tratados.⁷⁵⁰

Mutuo fructífero u oneroso

El interés es la compensación que recibe el acreedor por la privación temporaria del goce de la suma de dinero debida. El interés puede ser *convencional* (art. 2206) o *legal* (art. 2207).

Los intereses pueden ser *compensatorios*, que son los fijados por la ley o por las partes durante la vigencia del préstamo o *moratorios*, que son aquellos que rigen una vez que el deudor ha caído en mora de cumplir con su obligación (art. 2208).

Solemnidad

El art. 2205 inc. 3° establece como requisito de solemnidad que los intereses deben constar por escrito.

Conforme al art. 1477 si se deben capital e intereses, los pagos que se hagan se imputan en primer término a los intereses y luego al capital, lo cual beneficia al acreedor, ya que el capital es productivo de intereses y los intereses, salvo convención al respecto (art. 2215).

Resolución por incumplimiento

Desde el momento que el mutuo fructífero es un contrato bilateral, es posible en caso de no pago de los intereses la resolución del contrato por incumplimiento de la parte deudora. Sin embargo se plantean inconvenientes cuando se quiere aplicar la condición resolutoria tácita al contrato de mutuo, se mantiene en que es unilateral pero con obligaciones para el mutuario y esto se ve igual en el fructífero.⁷⁵¹

Normas sobre intereses

El art. 52 de la Constitución Nacional prohíbe la usura, estableciendo que es de orden público la ley que señale el límite máximo de los préstamos. Por ende, los particulares no tienen plena autonomía de la voluntad en cuanto a la fijación de los intereses a determinar en un préstamo de dinero.

750 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 161

751 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 177

La ley n.º 14.095, de 17 de noviembre de 1972, sobre Ilícitos Económicos, estableció sanciones a quienes establecieran intereses que superaran las tasas máximas fijadas por el Banco Central del Uruguay.

El art. 7 de la ley n.º 14.095, inciso final, en la redacción dada por el Decreto-ley n.º 14.887 dispuso en qué casos un interés se considera usurario: cuando supere el 75% de las tasas medias del mercado de operaciones corrientes de crédito bancario del trimestre anterior, realizada en similares condiciones y riesgos del préstamo de que se tratare.

La última norma vigente que da marco teórico a la usura es la ley n.º 18.212, que entra en vigencia en diciembre de 2007 —sin perjuicio de las precisiones que se indicarán— la que determina como ámbito de aplicación el establecido en los arts. 1º y 2º, a saber:

Artículo 1º. (Operaciones comprendidas). Quedarán sujetas a las disposiciones de la presente ley las operaciones de crédito o asimiladas realizadas por personas físicas o jurídicas. Se entiende por operaciones de crédito aquellas por las cuales una de las partes entrega una cantidad de dinero, o se obliga a entregar bienes o servicios y la otra a pagarla en un momento diferente de aquél en el que se celebra la operación.

A los efectos de la presente ley se asimilan a operaciones de crédito, a modo de ejemplo, las siguientes:

- a. El descuento de documentos representativos de dinero.
- b. Las operaciones con letras de cambio y con documentos representativos de obligaciones de crédito pagaderos a la vista, a cierto plazo desde la vista, a cierto plazo desde su fecha o fecha fija.
- c. El financiamiento de la venta de bienes y servicios otorgando crédito mediante el uso de tarjetas, órdenes de compra u otras modalidades.

Artículo 2º. (Operaciones no comprendidas). Se consideran operaciones no comprendidas en las disposiciones de la presente ley:

- a. Las operaciones entre instituciones de intermediación financiera.
- b. Las operaciones que el Banco Central del Uruguay (BCU) concierte con las instituciones de intermediación financiera y demás entidades sujetas a su supervisión.
- c. Las emisiones de títulos de deuda realizadas por la Tesorería General de la Nación y el BCU.
- d. Las emisiones de valores de oferta pública comercializados conforme a lo previsto en la Ley n.º 16.749, de 30 de mayo de 1996.
- e. Las operaciones de crédito realizadas entre empresas no financieras que no se originen en relaciones de consumo de acuerdo a lo definido en la Ley n.º 17.250, de 11 de agosto de 2000, cuando el crédito fuera superior al equivalente a 2.000.000 UI (dos millones de unidades indexadas).

Esta norma indica que las situaciones comprendidas en ella son las que se verifiquen luego de su entrada en vigencia, lo que genera por tanto una ultraactividad al expresar que los casos anteriores se seguirán regulando por la vieja ley de usura. Esto provocará que por un lado se continúe aplicando la norma ya derogada para las situaciones jurídicas acaecidas durante la vigencia de la norma antecedente que podría dar lugar a reclamaciones, mientras que las verificadas durante la nueva ley se regularán por ésta. Aspectos que han sido abordados *in extenso* por prestigiosa doctrina. (Cf. Caffera, G., Rodríguez Russo, J., Fernández Fernández, G. H y Mantero Mauri, en *Intereses y Usura. Análisis de la ley 18.212*)

Comodato o préstamo de uso (arts. 2216-2238)

Concepto

En el art. 2216 CC Se establece que

El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible, mueble o raíz, para que use de ella gratuitamente, y se la devuelva en especie. Este contrato podrá probarse por testigos, cualquiera sea el valor de la cosa prestada.

Por lo expresado en la norma podemos concluir que estamos ante un préstamo que versa sobre cosa no fungible que puede ser mueble o inmueble y que al ser cosa cierta y determinada no fungible deberá el comodatario devolverla, y tiene por finalidad que el comodatario haga uso de la cosa por tiempo determinado.

Elementos

- a. Entrega de una cosa no fungible.⁷⁵²
- b. Con la finalidad de uso. De conformidad con el art. 2217 ese uso deberá no ser contrario a las leyes y las buenas costumbres.
- c. En forma gratuita.
- d. Con la obligación de restituirla.

Caracteres

- a. Unilateral. Sólo se obliga el comodante en beneficio del comodatario. Su obligación consiste en permitir el uso de la cosa por el beneficiario (art. 2233).
- b. Gratuito. El contrato tiene por objeto la utilidad del comodatario, sufriendo el comodante el gravamen. La causa es la *mera liberalidad* del comodante. Se diferencia de la donación, en que ésta produce una transferencia definitiva de derechos al patrimonio del donatario, lo cual no ocurre en el comodato.
La posibilidad de que se establezca un *comodato modal*, no altera la calificación de gratuito del contrato, pues, el modo nunca puede tener una equivalencia con la prestación del comodante. Resulta aplicable analógicamente, al respecto, lo dispuesto por el art. 1632, en sede de donaciones (posibilidad de obligar al comodatario a cumplir el modo o de solicitar la resolución del contrato).
- c. Consensual. El consentimiento para la celebración del contrato no se halla sometido a ninguna exigencia; incluso el art. 2216, inc. 2°, prevé que puede probarse mediante testigos, cualquiera sea el valor de la cosa prestada.
- d. Real, pues para que se configure el contrato debe entregarse la cosa objeto del mismo (art. 2216).
- e. Principal. Nos remitimos a la clasificación general

752 Gamarra, ob. cit., T. 1, p. 181.

Objeto (art. 2216)

Pueden ser objeto del comodato las cosas muebles no fungibles o las inmuebles. Puede tratarse también de cosas muebles fungibles, siempre que se individualicen de tal forma que permitan la devolución de la misma cosa que se prestó.

Capacidad y legitimación

En este punto nos remitimos a lo detallado en el mutuo en cuanto por ser un contrato rigen los requisitos de validez del art. 1261 y las normas relativas a la capacidad exigiéndose por tanto que comodante como comodatario tengan capacidad absoluta o relativa, ya que los habilitados por matrimonio no se hallan limitados al respecto por el art. 310.

Los representantes legales pueden actuar en representación de los incapaces sin necesidad de autorización judicial, ya que el comodato no implica enajenación del bien prestado.

El comodante debe ser dueño de la cosa, ya que si no lo fuera el contrato sería inoponible al verdadero dueño. Si éste la reclamare, el comodatario no podrá peticionar daños y perjuicios, salvo que el comodante supiera que la cosa era ajena y no lo hubiera advertido al comodatario.⁷⁵³

Obligaciones del comodatario

El Código Civil reserva una sección para las obligaciones del comodatario así como para el comodante.

El art. 2220 establece como obligación principal:

- a. Conservar la cosa (art. 2220) y acto seguido desarrolla la segunda obligación que le sigue en importancia;
- b. Usar la cosa con el destino expresamente convenido, y en caso de que no haya previsión al respecto, el artículo prevé darle el uso ordinario de las cosas de su clase. Por lo cual, como sostiene Gamarra, si se ha prestado un caballo de silla, no podrá usárselo como caballo de tiro.

En caso de que haga un uso no convenido la ley habilita al comodante a exigir el pago de los daños y perjuicios y la restitución inmediata de la cosa aunque se hubiera estipulado plazo y aún restara por cumplirse.

Como tercera obligación, el art. 2225 establece que el comodatario deberá realizar.

- c. Restitución de la cosa, ésta debe devolverse al tiempo convenido pero cuando haya faltado dicha convención se entenderá que debe devolverlo una vez finalizado el servicio para el que ha sido prestada.

El incumplimiento de la obligación de restitución puede dar lugar a responsabilidad penal por apropiación indebida (art. 351 del Código Penal).

Cabe precisar que el comodatario deberá restituirlo al comodante o a la persona que tenga derecho a recibirlo en su nombre.

753 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 182.

Restitución anticipada: el comodante puede solicitar la restitución anticipadamente al vencimiento del plazo del comodato en dos supuestos:

- si le sobreviene alguna urgente e imprevista necesidad de la cosa (art. 2234);
- si fallece el comodatario y el contrato se ha hecho sólo en contemplación a su persona (art. 2219).

Asimismo el comodatario es:

- d. Responsable por el deterioro que sufra la cosa por no haberla empleado conforme a lo convenido o su destino natural haciendo que sea imposible emplearla en su uso ordinario. el art. 2221 faculta al comodante exigir el precio anterior abandonando la propiedad al comodatario.

Si bien el acápite del art. 2222 establece que el comodatario tendrá como eximentes de responsabilidad los casos fortuitos y la fuerza mayor, sin embargo en los numerales siguientes se releva de esta eximente en determinadas hipótesis. (Art. 2222 numerales 1, 2, 3)

- Cuando el accidente ha sido precedido de culpa del comodatario
- Si el comodatario la empleó en otro uso o por plazo mayor al asignado y por eso pereció.
- Cuando pudo emplear cosa propia y prefirió la cosa dada en comodato.

Contrato de precario

Conforme al art. 2237, si el comodante se reserva el derecho de pedir la restitución de la cosa en cualquier momento, el contrato se llama precario.

Gastos invertidos en la cosa

Si se trata de gastos ordinarios, consecuencia del uso de la cosa, corresponden al comodatario (art. 2232). En cambio, si se trata de deterioros que no se deriven del uso normal o que se originen en vicios o defectos de la cosa, responde de ellos el comodante

Obligaciones del comodante

Las obligaciones del comodante se desarrollan en otra sección del Código Civil (art. 2233). Dentro de las principales obligaciones se encuentra

- a. Permitir el uso es decir dejar al comodatario o sus herederos el uso de la cosa prestada durante el tiempo convenido o hasta que se realizara el servicio para la que fue prestada.

Por el art. 2235 tiene la obligación de

- b. Abonar expensar extraordinarias; como continúa conservando la propiedad de la cosa, aquellos gastos extraordinarios para la conservación de la misma son de su cuenta.

Y por otra parte el art. 2236 establece la obligación de

- c. Poner en conocimiento de los vicios o defectos ocultos ya que si no lo hace responde al comodatario por los daños que por esa causa sufre.⁷⁵⁴

754 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 206.

Contratos de garantía

Dentro de este capítulo vamos a analizar los contratos de garantía y podemos establecer que constituyen uno de los diversos aspectos de la tutela de (derecho de) crédito.⁷⁵⁵

En este sentido puede afirmarse que cuando existe una relación jurídica, es decir se entabla un vínculo entre dos partes por un lado la parte acreedora y por otra la deudora, quien se encuentra del lado activo de esta ecuación va a buscar una forma de asegurar dicho crédito. Ello no solo tiene una consagración normativa expresa en el art. 2372 del Código Civil cuando establece «Los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables (Artículo 2363), son la garantía común de sus acreedores» sino que cuenta con el apoyo de especializada doctrina.

Veamos entonces de qué forma puede asegurar la satisfacción de su crédito. En este contexto aparecen los contratos de garantía que como ya sabemos por el hecho de ser contratos son negocios jurídicos. Estos contratos que buscan satisfacer el crédito del acreedor, pueden otorgar una garantía real o una personal.

En las garantías reales encontramos la prenda y la hipoteca y dentro de las personales la fianza.

En lo que refiere a las garantías reales cabe distinguir el contrato de garantía que hace nacer el derecho real, del derecho real en sí mismo, a modo de ejemplo no es lo mismo el contrato de prenda que el derecho real de prenda.

Distinción que surge de los arts. 472, 473, 2292 y 2322 del Código Civil, los primeros artículos del Código refieren a los derechos reales mientras que en los artículos finales se refieren al contrato.

En el art. 472 se habla de los derechos reales en la cosa y contra la cosa siendo estos últimos de carácter accesorio por ser garantías, es así que versa «El derecho contra la cosa puede ser constituido meramente por garantía; como sucede respecto de la prenda y la hipoteca. De los derechos reales nacen acciones de la misma clase».

Por otro lado en los arts. 2292 y 2322 el Código refiere a los contratos que dan lugar al nacimiento de los derechos reales recogidos en el art. 472 pero sin olvidar que son negocios jurídicos obligaciones de los cuales emergen derechos y obligaciones y que carecen de efecto real recordando que para que dicho efecto real se verifique debe yuxtaponerse un modo.

Cuando una garantía es personal como es el caso de la fianza, lo que el acreedor logra es reunir más patrimonios del cual resarcirse en caso de incumplimiento pero cuando la garantía es real se grava o se asienta la misma sobre el propio bien, en caso de ser mueble una prenda y para el caso de los inmuebles una hipoteca, recordemos que una vez nacido el derecho real el mismo tiene las características de absolutez e inherencia razón por la cual el acreedor tendrá su derecho sin importar en manos de quien esté y pudiendo hacer valer el mismo *erga omnes*.

755 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 11, Vol. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 37..

Fianza

Concepto

La definición del contrato de fianza esta regido por el Código Civil en el art. 2102: «Fianza es la obligación de pagar o cumplir por un tercero en el caso que este no lo haga».

Analizando el artículo se desprende que estamos frente a un contrato pues para que nazca una obligación se requiere que emane de alguna de las fuentes de la obligaciones, en el caso de la primera por excelencia: el contrato. Por lo que si decimos que «fianza es la obligación de pagar» esta no puede sino haber surgido de un contrato o de otra de las fuentes de las obligaciones reguladas por el art. 1246. Idea que se ve reforzada por el art. 2103 que establece que la fianza puede ser convencional, legal o judicial. Sin lugar a dudas la convencional refiere al contrato mientras que la legal o judicial si bien se sujetarán a las mismas normas que la convencional de conformidad con la disposición citada refiere a la otra fuente de las obligaciones.

En buen romance la fianza es una garantía personal y por lo expuesto en este capítulo ello significa que una tercera persona ajena al negocio principal se obliga conjuntamente con el deudor principal al cumplimiento de la obligación asumida por este.

Cabe preguntarse entonces ¿Con que hará frente el fiador a esta obligación en caso de incumplimiento por parte del deudor? Pues como dice el art. 2372 «los bienes todos del deudor [...], son la garantía común de sus acreedores».

Debemos tener presente que el fiador en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor principal como dice el art. 2102 queda frente al acreedor en el lugar del deudor principal.

O para comprender mejor el concepto, podríamos leer el art. 2372 sustituyendo la palabra «deudor» por la de «fiador» en tanto el acreedor suma otro patrimonio de donde satisfacer su crédito.

Podemos entonces decir que es el contrato en virtud del cual una persona presta al acreedor de una obligación su garantía personal para el caso de que el deudor no cumpla con esa obligación.

De lo expuesto y de conformidad con lo establecido en el art. 2105 del Código Civil la fianza es accesoria pues la ley establece que no puede existir sin que acceda a una obligación civil o natural.

Acceder significa que no puede existir, no tiene causa de ser sino es para poder reforzar, garantizar o asegurar una obligación preexistente que, como se señalara anteriormente por el art. 1246 nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos o ley, lo que significa que la fianza existe para asegurar el cumplimiento de una obligación que ya nació de otra relación jurídica.

La fianza implica necesariamente la existencia de dos relaciones:

- a. la relación principal: que se traba entre el acreedor y deudor principal (art. 2105);
- b. la relación accesoria: que es la relación que se genera entre el acreedor y el fiador. El deudor a quien se afianza su obligación es un tercero con relación al contrato de fianza y aun puede afianzarse su deuda sin noticia y aún contra su voluntad (art. 2110).⁷⁵⁶

756 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. V, edición 4, Montevideo, FCU, p. 10

Sin embargo por lo establecido en el Código Civil el vínculo entre la obligación del deudor principal y la del fiador de ésta guardan una estrecha relación ya que la obligación del fiador no puede exceder la asumida por el deudor principal, aún cuando aquélla puede ser menor a ésta (art. 2108). El pago del fiador extingue su obligación y también la del deudor. Pero como establece el art. 2131 el fiador que paga tiene derecho a ser indemnizado por el deudor. La indemnización comprende no sólo la cantidad pagada por la deuda sino que implica los intereses legales, los gastos ocasionados al fiador y los daños y perjuicios. A esto la doctrina llama *acción de regreso* es la acción que posee el fiador con relación al deudor principal cuando hizo frente a la obligación. Concepto que también se recoge en los arts. 1450 en capítulo de Pago y el art. 1472 numeral 2 en la subrogación cuando se da la hipótesis de que quien paga o cumple con la obligación principal no es el deudor principal sino una tercera persona otorgándole a ésta la posibilidad de ser indemnizada por el pago realizado.

En caso de que el deudor no cumpla, el fiador debe pagar la deuda de aquél. Si éste paga, podrá repetir contra el afianzado por el monto abonado.

No debemos confundir la figura de codeudor con la de fiador.

El codeudor está inmerso en la relación principal y debe su cuota parte de la obligación principal por lo que si paga libera a todos los deudores como establece el art. 1390 y 1398 numeral 6 y podrá repetir contra el otro u otros deudores sólo por lo pagado por aquél, pero no por todo lo pagado, pues él también estaba obligado en su cuota parte. Sin embargo como ya dijimos por lo establecido en los arts. 2102 y sptes. el fiador establece su relación con el acreedor principal para garantizar la deuda del deudor principal que si bien tiene una vinculación estrecha no son la misma.

La finalidad de la fianza es fortalecer la posición del acreedor, a quien se otorgan mayores posibilidades de satisfacer su interés, es decir, de cobrar su crédito, ya que existen dos sujetos obligados, a los cuales en caso de incumplimiento es posible perseguir patrimonialmente (art. 2372).

El pago por parte del fiador produce una triple consecuencia:

- a. extingue la obligación principal;
- b. extingue la obligación del fiador;
- c. genera una acción de regreso a favor del fiador contra el deudor principal.

Caracteres

- a. Unilateral. El acreedor en el contrato de fianza no se obliga a nada: el único obligado es el fiador; sin embargo, la fianza onerosa es bilateral. Por otra parte, al ser un negocio obligacional, no se requiere ninguna legitimación en el fiador.
- b. Gratuito. En general, la fianza es un contrato gratuito, ya que el fiador no percibe ningún beneficio económico con su prestación por parte del acreedor; pero puede transformarse en un contrato *oneroso* en caso de que el fiador le cobre al acreedor por su prestación, lo que surge del art. 2104 al expresar: «La fianza también puede ser gratuita o a título oneroso».

Recordemos que el contrato es gratuito cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, es un acto de mera liberalidad (art. 1249) y es oneroso cuando ambas partes tienen utilidad y gravamen es decir que las obligaciones en algunos casos pueden mirarse como equivalentes.⁷⁵⁷

- c. Accesorio. Supone necesariamente la existencia de una obligación principal, sin la cual no puede subsistir y a la cual tiende a asegurar (art. 2105). Hay una conexión

757 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. V, edición 4, Montevideo, FCU, p. 25...

entre contrato principal y accesorio que no es recíproca, sino unilateral, dado que aquel influye sobre éste, pero no éste sobre aquél. La nota de accesoriedad hace que exista una conexión entre la relación principal y la accesorio que nace llevándola a sufrir los avatares de la principal, sin embargo esta relación no se da en sentido inverso lo accesorio no condiciona a lo principal.

Como consecuencia de ello:

- la extinción de la obligación principal acarrea la extinción de la obligación accesorio (art. 2142);
- si se transmite el crédito principal, la transmisión lleva consigo al contrato accesorio de fianza (art. 1761).

También es consecuencia de la accesoriedad que el fiador —conforme al art. 2108— no se pueda obligar en términos más gravosos que el deudor; sin embargo, nada impide que ambas obligaciones tengan modalidades diferentes; que la obligación del deudor principal sea pura y simple y la del fiador condicional, etcétera.⁷⁵⁸

d. Consensual

El contrato se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, por lo que es consensual; sin perjuicio de que, conforme al art. 2107, sólo puede probarse por escrito o por confesión de parte. La exigencia de que sea por escrito simplemente es un requisito *ad probationem*.

Debemos tener presente que realizar los contratos por escrito cuando estos son de naturaleza consensual sólo es por razones de prueba para poder acreditar su existencia con mayor facilidad pero no por ser la escritura una exigencia de forma pues si así fuera deberían ser solemnes. Los consensuales de conformidad con el art. 1252 son aquellos que se perfeccionan es decir nacen a la vida jurídica bastando el consentimiento de las partes es decir la unión de la propuesta con la aceptación sin que dichas manifestaciones de voluntad deban ser recogidas en una forma específica.⁷⁵⁹

e. Es un contrato de garantía de naturaleza personal

Clasificación de la fianza (art. 2103)

La fianza puede ser convencional, legal o judicial, según resulte del acuerdo de voluntades, de la ley o de una decisión judicial. La clasificación se realiza tomando en consideración *el origen de la obligación de fianza*, no del contrato de fianza.

Sub-fianza

El inc. 2° del art. 2102 establece que se puede afianzar no sólo la obligación del deudor principal, sino también las obligaciones asumidas por otro fiador. El sub-fiador es un fiador del fiador: es un negocio doblemente accesorio, ya que lo es frente a la primera fianza y al negocio principal.

El sub-fiador goza del beneficio de excusión tanto respecto al fiador como al deudor principal (art. 2119), esto es, puede exigir antes de pagar una doble excusión.

758 Gamarra, ob. cit., T. V, p. 27.

759 Gamarra, ob. cit., T. V, p. 27.

Capacidad

Como todo contrato la capacidad es un requisito esencial de validez de conformidad con los arts. 1261 y sptes. del CC.

El Código Civil exige capacidad plena o absoluta para ser fiador, es decir que solo los plenamente capaces pueden ser fiadores por lo tanto mayores de 18 años no interdictados ni declarados incapaces.

Asimismo el Código en el art. 2116 expresamente establece que ni aún los habilitados por matrimonio (art. 310 CC) que son capaces relativos pueden ser fiadores, debemos tener presente que el legislador solo dice «habilitados» pero conforme con la modificación legislativa introducida respecto de la mayoría de edad (18 años) sólo subsisten los habilitados por matrimonio.⁷⁶⁰

No pueden ser fiadores los habilitados por matrimonio (art. 2116), ni los incapaces aun con la representación de sus representantes legales (art. 271 n.º 7 y 412 n.º 8).

Condiciones del fiador (art. 2112)

Capacidad para obligarse

Debe entenderse por tal la capacidad plena. Como ya hemos referido la capacidad plena se adquiere a los 18 años.

Solvencia calificada

Implica que debe tener bienes suficientes para responder de la obligación que afianza; pero no cualquier clase de bienes, sino bienes inmuebles (se recoge el prejuicio *res mobilis, res vilis*). Sólo tienen trascendencia los bienes muebles, si el fiador es comerciante o la obligación a afianzar es módica.

Procede tener presente que el legislador confirió este distinto tratamiento teniendo en consideración que los bienes inmuebles tienen tradicionalmente mayor valor que los bienes muebles aunque actualmente pueden verse bienes muebles con valores muy superiores.

Si el fiador se insolventa, conforme al art. 2113, el deudor debe proporcionar otro que cumpla con lo requerido en el art. 2112. Constituye excepción, el caso en que asumió la calidad de fiador una persona pedida por el acreedor; en este supuesto, los riesgos de la insolventia del fiador recaen sobre el acreedor.

De esto puede concluirse que el patrimonio del fiador puede sufrir cambios, es decir que la fianza no obstaculiza al fiador para hacer actos de disposición sobre sus bienes ya que este puede vender, hipotecar o preñar sus bienes aunque se haya constituido en fiador de un deudor principal, esto lleva a que si por las otras obligaciones contraídas o por los actos de disposición realizados por el fiador no contara en su patrimonio con activo para responder la ley establece la obligación de proporcionar otro fiador.

⁷⁶⁰ Gamarrá, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. V, edición 4, Montevideo, FCU, p. 22.

Residencia

Se exige que el fiador se halle domiciliado en la jurisdicción (departamento) del Juez a quien correspondería entender en caso de incumplimiento del obligado, requisito que tiene como finalidad evitar mayores perjuicios al acreedor.

Objeto

La obligación del fiador coincide normalmente con la obligación del deudor principal. Puede no coincidir en caso de que afiance hasta la concurrencia con determinado monto de la obligación, o sea por un valor menor de aquélla.

Conforme al art. 2108 del CC, no puede obligarse a más que el deudor (*v. gr.* a una suma mayor), ni en términos más gravosos que aquél (*v. gr.* en un plazo menor o por una multa mayor en caso de incumplimiento).

En el artículo citado se establece expresamente que si excediera los términos de la obligación principal deberá reducirse, lo que implica una protección para el fiador.

La obligación a afianzar puede ser civil o natural, pero no puede afianzarse una obligación absolutamente nula (art. 2105). Aspecto que se relaciona con la conexión entre las obligaciones debiendo tenerse presente que la principal marca las pautas de la accesoria, esto es: una obligación principal nula hace nula la accesoria.

Normalmente el fiador se obliga a pagar en caso de que el deudor no lo haga (art. 2102), lo cual supone que debe tratarse de una prestación *fungible*, es decir, que pueda ser cumplida por el propio deudor o por un tercero. Sería imposible este tipo de fianza pura en aquellas obligaciones que son *intuitu personae*.

Pero es posible visualizar otro tipo de fianza, anómala, que es la denominada «fianza de indemnización» prevista por el inc. 2° del art. 2109. En este caso se trata de prestaciones del deudor que son infungibles, o sea, que solo pueden ser ejecutadas por él (*v. gr.* pintar un cuadro).

En este caso, el fiador se obliga para el caso de incumplimiento de la obligación principal a resarcir los daños y perjuicios que se ocasionen. De manera que, no hay coincidencia entre el contenido de la obligación principal y el emergente del contrato de fianza.

Por ello, nada impide que existan diferencias entre las obligaciones asumidas por el deudor y por el fiador: aquél se puede obligar a dar, hacer o no hacer algo, en cambio, éste siempre se obliga a pagar una suma de dinero.

Fianza de obligación futura

Se le confiere al fiador la facultad de retractarse, a diferencia de lo que acontece en el art. 2295 con la prenda de obligación eventual (art. 2106, inc. 2°).⁷⁶¹

Fianza de obligación natural

El acreedor carece de acción para reclamar el cumplimiento de la obligación principal (art. 1441); sin embargo, tiene acción contra el fiador (art. 1446). El fiador no puede excepcionarse alegando la calidad de natural de la obligación afianzada. Y si paga, la ley lo priva de acción de regreso contra el deudor principal (art. 2134, ord. 3°) (art. 2105).⁷⁶²

⁷⁶¹ Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. V, edición 4, Montevideo, FCU, p. 38.

⁷⁶² Gamarra, ob. cit., T. V, p. 59

Modificaciones en la obligación principal

De las modificaciones que sufre el contenido originario de la obligación principal:

- a. se extienden al fiador: aquellas que reducen el monto de la deuda o hacen menos gravosa la condición del fiador (interpretación que surge implícitamente del art. 2108);
- b. no se extienden al fiador: aquellas modificaciones que aumentan o hacen más gravosa su responsabilidad. El fundamento es que el fiador es un tercero respecto al negocio principal que cauciona y solo puede resultar obligado por su consentimiento.

Efectos de la fianza

A partir del nacimiento del contrato de fianza se producen sus efectos y se pueden dar:

- a. Entre fiador y acreedor : arts. 2117 al 2127
- b. Entre el deudor y el fiador: arts. 2128 al 2141

El beneficio de excusión (art. 2117 y ss.)⁷⁶³

Con el beneficio de excusión se trata de que se invada el patrimonio del fiador en la menor medida posible por lo tanto se acciona en primer lugar contra los bienes del deudor principal y luego si quedara pendiente parte de la obligación se puede ir contra los bienes del fiador.

Si el deudor tiene bienes, en primer término, debe dirigirse contra éstos, salvo que el propio fiador haya renunciado a este beneficio (art. 2118 n.º 1).

En caso de que el fiador sea demandado, puede oponer el beneficio de excusión, siempre que designe bienes del deudor en los cuales hacer efectiva la deuda.

Debemos tener presente que para poder ejecutar se deben conocer los bienes, el art. 2123 establece que para poder beneficiarse el fiador con la excusión deberá designar bienes del deudor.

En materia de derecho procesal para poder ingresar a la vía de apremio se requiere conocer bienes específicos y trabar embargo sobre esos bienes, en el Código General del Proceso se establecen las estructuras básicas en materia procesal y es allí donde se establecen los plazos para poner en conocimiento a la Sede de los bienes del deudor así como el procedimiento a seguir.

Beneficio de división (art. 2127)⁷⁶⁴

En caso de que existan pluralidad de fiadores de una misma deuda, la división de la obligación se produce de pleno derecho, esto es, se divide por partes iguales entre los diferentes fiadores.

En caso de que uno de los fiadores sea insolvente, dicha insolvencia no grava a los otros fiadores, o sea, que la misma debe ser soportada por el acreedor.

El beneficio de división no procede cuando los fiadores se han obligado solidariamente (en cuyo caso el acreedor puede demandar a cualquiera de ellos por el total de la deuda) o han renunciado al beneficio.

⁷⁶³ Gamarra, ob. cit., T. V, p. 128.

⁷⁶⁴ Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. V, edición 4, Montevideo, FCU, p. 141.

Relaciones entre el fiador que ha pagado y el deudor (arts. 2131-2132)⁷⁶⁵

En caso de que el fiador pague la obligación por el deudor tiene derecho a ser indemnizado por éste. La indemnización comprende:

- a. la suma pagada;
- b. los intereses legales que dicha deuda genere desde el momento en que se hizo saber el pago al deudor;
- c. los gastos ocasionados al fiador (*v. gr.* gastos judiciales, de comunicaciones al deudor, etcétera);
- d. los daños y perjuicios que le haya causado.

Además, conforme al art. 2132, el fiador queda subrogado en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor principal.

Modos de acabarse la fianza

En los art. 2142 al 2146 el legislador estableció los modos de acabarse la fianza.⁷⁶⁶

El art. 2142 establece que «la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor» por lo que puede inferirse que cumplida la obligación por parte del deudor principal se extingue la obligación del fiador por aquella conexión entre las obligaciones llevando a que la suerte de la accesoria estaba en manos de la principal.

Pero la norma continua diciendo «y por las mismas causas que las demás obligaciones», por lo que cabe remitirse a los modos de extinción de las obligaciones (art. 1447: paga, compensación, confusión, remisión, etcétera).

Doctrinariamente Gamarra establece que la vía principal para extinguir la fianza serian los modos de extinguir las obligaciones, mientras que por vía indirecta por su característica de accesoria que sufre los avatares de la principal.

Prenda

Concepto

Es un contrato por el cual una persona (deudor prendario) entrega una cosa mueble (prenda) a otra persona (acreedor prendario) para la seguridad de un crédito (art. 2292).

IncurSIONAMOS entonces en las garantías reales, por lo que cabe tener presente la diferencia entre el contrato que sirve de base para que nazca el derecho real y el derecho real mismo.

El derecho real de prenda nace del contrato de prenda al que se le debe adicionar un modo (tradición o entrega).

Se denomina prenda a la cosa que se entrega y por ser un contrato real la entrega forma parte de los requisitos esenciales de validez es decir un requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵ Gamarra, ob. cit., T. V, p. 161.

⁷⁶⁶ Gamarra, ob. cit., T. V, p. 187.

⁷⁶⁷ Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 11, Vol. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 31.

Caracteres

- a. Unilateral. El contrato de prenda únicamente impone obligaciones al acreedor prendario, quien se halla obligado a conservar la cosa que se le entrega, a no hacer uso de ella, salvo expresa autorización del deudor y a restituirla cuando se cancele la obligación que garantiza.

Como dice el art. 2304: «El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa».

Podrá hacer uso de la prenda si expresamente el deudor le ha concedido el derecho de hacerlo pero en caso contrario no podrá hacer uso de la misma y deberá cuidarla y conservarla pero sin hacer uso de ella

- b. Accesorio. Es un contrato accesorio en cuanto no puede existir sin una obligación principal a la que asegura. La obligación puede ser civil o natural; pero no puede ser absolutamente nula.

El art. 2293 brinda la característica de accesorio ya que establece que «El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a la que accede»; por lo tanto no existe un contrato de prenda si no existe una relación jurídica principal a la cual acceder para cumplir con la función de garantía.⁷⁶⁸

- c. Real. El art. 1252 CC clasifica a los contratos en consensuales, solemnes y reales. Estos últimos son aquellos que para su perfeccionamiento requieren la entrega de la cosa. Es decir que para nacer a la vida jurídica además de los requisitos del art. 1261 se les suma la entrega de la cosa. Como lo trata Gamarra podemos decir que el perfeccionamiento y el cumplimiento se darían en un mismo momento, en el artículo 1252 se indica: «se llama real cuando la obligación principal que nace de él supone necesariamente la tradición de la cosa». La obligación que nace es de dar y solo dando es que nace el contrato por lo que en un mismo instante nace y se cumple.⁷⁶⁹

Derecho real del acreedor prendario

Una vez celebrado el contrato de prenda e inscripto en el registro como forma de garantizar una obligación que puede verse como principal la misma le confiere el derecho real al acreedor prendario, lo cual se traduce en los siguientes derechos:

Derecho de ejecutar el bien

El acreedor prendario tiene derecho a ejecutar judicialmente el bien a efectos de cobrar la suma que se le adeuda esto está consagrado en el art. 2307 que faculta al acreedor a realizar subasta pública es decir a rematar el bien entregado en concepto de prenda para poder del producido satisfacer su crédito.

Derecho de perseguir la cosa

El acreedor tiene derecho a perseguir la cosa en cualquier mano que se encuentre. Esto implica, que si el acreedor es desposeído de la cosa, sea por el deudor o por un tercero, tiene las acciones judiciales pertinentes para obtener su restitución del bien. Por ser un derecho real tiene todas las características de este tipo de derecho la inmediatez, absolutez

768 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 11, Vol. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 64.

769 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 11, Vol. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 31.

e inherencia; el art. 2302 establece esta facultad del deudor para ser titular de las acciones tendientes a recuperar la tenencia perdida.

Claro que esta potestad se mantiene como dice el artículo «mientras estuviere pendiente de pago la deuda» después carece de legitimación es decir que la acción se mantiene siempre que esté pendiente el pago de la deuda, luego la acción se pierde.

Derecho de preferencia

Al tener una garantía real, su crédito es preferencial. El art. 2380 refiere a esta preferencia indicando que todos aquellos que no son acreedores prendarios o hipotecarios son entonces simples o quirografarios indicando de este modo la preferencia del crédito prendario. Y en el mismo sentido se pronuncia el art. 2297 CC.

Por lo tanto si el deudor fuera ejecutado por otros acreedores el prendario no tiene que esperar las resultancias del concurso para promover la ejecución prendaria contra el bien y cobrar su deuda.

Esta preferencia se mantiene si el acreedor :

- a. tiene la posesión de la cosa;
- b. si la prenda resulta de instrumento público o privado con fecha cierta (art. 2380, inc. 2°).

Objeto

Corresponde tener presente la normativa estudiada en sede de requisitos esenciales de los contratos que obviamente es aplicable a estos casos (arts. 1282 y sgtes. del Código Civil).

En el contrato de prenda el objeto es un bien mueble mientras como estudiaremos más adelante en el contrato de hipoteca recae sobre un bien raíz o inmueble.⁷⁷⁰

Capacidad y Legitimación

En el art. 2294 se establece que puede dar legalmente la prenda quien puede enajenar la cosa que si bien nos lleva a ingresar en el ámbito de la legitimación podemos extraer que para enajenar válida y eficazmente no sólo se requiere tener el derecho de dominio sino que además ha de poseerse la capacidad de ejercicio.

Es decir que quien tenga capacidad para enajenar la tiene para preñar.

Se exige tener capacidad absoluta o por lo menos, ser habilitado por matrimonio.

En lo que refiere a la legitimación como ya vimos por el art. 2294 para poder realizar la prenda se debe tener el derecho a enajenar la cosa sin embargo por lo establecido en el art. 2303, se admite la prenda de cosa ajena pero el verdadero dueño de la cosa por ser titular de su derecho de propiedad siendo este un derecho real mayor por excelencia no pierde la posibilidad de acción para que se le restituya lo propio.⁷⁷¹

Obligaciones del acreedor prendario

Conservación de la cosa (art. 2304)

Debe conservar la cosa como un buen padre de familia, respondiendo por los deterioros que la cosa sufra por sus hechos. Incluso a título de culpa.

⁷⁷⁰ Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 11, Vol. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 81.

⁷⁷¹ Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 11, Vol. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 81.

No puede servirse de la cosa, salvo que el deudor le haya concedido expresamente esa facultad.

Restitución de la cosa cuando se ha cancelado la deuda (art. 2305)

La obligación de devolver se refiere a la misma cosa que se entregó, no una distinta aún cuando sea de mejor calidad; el incumplimiento puede hacer pasible al sujeto del delito de apropiación indebida.

Derechos del deudor prendario

Tiene la posibilidad de impedir la venta del bien cancelando la obligación, sus accesorios y los gastos en que haya incurrido el acreedor (art. 2312).

Comparación entre prenda e hipoteca

Ambos son contratos accesorios y de garantía, que confieren un derecho real al acreedor.⁷⁷²

Se diferencian en que:

- a. la prenda es un contrato real, la hipoteca es solemne.
- b. el objeto de la prenda es un bien mueble; el de la hipoteca, un inmueble, salvo excepciones.
- c. en la prenda común, el bien es desplazado a la tenencia del acreedor prendario; en la hipoteca, el bien queda en poder del deudor.

Supuestos de prenda sin desplazamiento

Concepto

Además de los supuestos de prenda con desplazamiento de la cosa a la tenencia del acreedor prendario, diversas leyes posteriores han regulado *prendas especiales*, en las cuales el bien que asegura la obligación se mantiene en poder del deudor.

Según la evolución legislativa operada resultan ejemplos de prendas sin desplazamiento:

- a. la prenda agraria y útiles de trabajo, que estableciera la ley n.º 5.649, de 21 de marzo de 1918; actualmente derogada por la ley 17.228.

La ley vigente establece que estamos frente a un contrato de garantía que tiene por objeto una cosa mueble que permanece en poder del deudor, se permite constituir una prenda sin desplazamiento sobre cualquier bien que sea concretamente identificable y para garantizar cualquier tipo de obligación.⁷⁷³

- b. La prenda de bosques, prevista por la ley n.º 15.939, de 28 de diciembre de 1987;
- c. la prenda de automotores creada por la ley n.º 12.367, de 8 de enero de 1957;
- d. la prenda industrial estatuida por la ley n.º 8.292, de 24 de setiembre de 1928.

Las consecuencias jurídicas de una prenda sin desplazamiento es que la libre circulación de los bienes y el libre disfrute o goce de la cosa por quien es su titular se ve alterado sacrificando la libre circulación del bien por no existir desplazamiento.⁷⁷⁴

772 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 11, Vol. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 39.

773 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 11, Vol. 1, edición 4, Montevideo, FCU, p. 127.

774 Gamarra, o. cit., T. 11, Vol. 1, p. 133.

Fundamento del instituto

Estas prendas tienen como elemento común el hecho de que el bien mueble que sirve de garantía permanece en poder del deudor, a diferencia de la prenda común donde el bien pasaba a tenerlo el acreedor, lo cual producía la improductividad del mismo.

La prenda y las modificaciones de la ley 17.228

Como se señalara *ut supra* la prenda está dentro de las denominadas garantías reales y esto ha llevado a que la misma se encuentre siempre prisionera de la confusión que puede darse entre el contrato de prenda y el derecho real de prenda.⁷⁷⁵ La ley n.º 17.228 parece no escapar a estas confusiones.

En lo que refiere a la Prenda sin desplazamiento, debemos analizar las modificaciones introducidas por la actual normativa:

Antiguamente la ley establecía el carácter constitutivo de la inscripción sin embargo con esta normativa actual integrándola a la ley 16.871 se debe considerar que prima el criterio declarativo de la inscripción.⁷⁷⁶

Ante esta nueva postura cabría preguntarse cuando nace entonces el derecho real y en tal sentido las posibles respuestas serían, con la tradición de la cosa o que estamos frente a un contrato real.⁷⁷⁷

Otro punto a tratar es relativo a la referencia de la aplicación del DL 14.701 en lo relativo al contrato de prenda sin desplazamiento. No se aprecia a primera vista la aplicabilidad de esta norma debiendo integrarse desde el punto de vista de la transmisión del derecho.⁷⁷⁸

Respecto a la función del negocio la da el art. 6 y es un contrato con función de garantía⁷⁷⁹ y con relación a la legitimación para disponer el que da debe ser propietario.

Por lo inexacto de la normativa cabe preguntarse por la vigencia o no de ciertos institutos.⁷⁸⁰

En lo que dice relación al objeto de la prenda sin desplazamiento cabe señalar lo antes referido en el capítulo de prenda, en el sentido de que la misma recae sobre bienes muebles sin embargo la doctrina entiende que por la nueva ley se amplía a todos los objetos existentes de naturaleza material o inmaterial. Pudiendo establecer que todo aquello que pueda ser objeto de un contrato lo puede ser de la prenda sin desplazamiento.⁷⁸¹

La *Prenda agraria* es tratada por la ley 17.228 estableciendo que el propietario de los bienes solo conserva la tenencia de estos que son objeto de prenda a nombre del acreedor, lo que se mantiene en la misma línea de la ley de 1918.⁷⁸²

775 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 277.

776 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 279.

777 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 280.

778 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 281.

779 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 282.

780 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 283 «nuestra opinión es que...las derogaciones aluden a las leyes de “prenda sin desplazamiento”, lo que debe interpretarse en el sentido de que se derogan las normas contenidas en las leyes n.º 5.649 de 21 de marzo de 1918, de prenda agraria; n.º 8.292 de 24 de setiembre de 1928, de prenda industrial; n.º 12.367 de 8 de enero de 1957, de prenda de vehículos y máquinas que se venden en el comercio, y por la ley forestal 15.939 de 28.12.1987, de prenda de bosques, referentes a la prenda sin desplazamiento».

781 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 288.

782 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 149.

Con ello se priva al deudor de poder disponer de la cosa y la indisponibilidad se refuerza por el art. 12 de la citada norma, llegando incluso a una sanción penal. Esto ha sido motivo de críticas por la doctrina que efectúa observaciones basadas en la falta de técnica al momento de legislar.⁷⁸³

En lo que dice relación a la persecución del acreedor prendario esta nueva norma no se expresa como no lo hacía la ley de 1918 y por lo tanto se han defendido dos posiciones antagónicas: una jurisprudencia que ha entendido que se niega el derecho y otra posición doctrinaria que lo admite. Una tercera postura entiende que la prenda no genera un derecho real sino un simple vínculo de indisponibilidad.⁷⁸⁴

La prenda despliega todos sus efectos desde su inscripción.⁷⁸⁵

En lo que refiere a la posibilidad de enajenar la cosa en ese sentido la nueva normativa sigue a la anterior en el entendido de que el deudor no puede enajenar por estar privado del poder de disposición necesario según el art. 758 para hacer tradición.⁷⁸⁶

El derecho de preferencia esta presente en la prenda sin desplazamiento, el art. 3 de la ley 17.228 hace mención del mismo.⁷⁸⁷

Como se señalara anteriormente, la prenda industrial y la prenda de automotores (reguladas por las hoy derogadas 8.292 y 12.357) quedan abarcados en la normativa general de la Ley 17.228.⁷⁸⁸ Ello por cuanto del art. 31 de la nueva ley al determinar qué bienes son idóneos como objeto del negocio expresa:

Podrá ser objeto de prenda sin desplazamiento todo bien o derecho concretamente identificable. Entre otros, se podrán preñar los semovientes, y en general, cualquier animal de producción o trabajo, cardúmenes y sus productos; los bienes muebles afectados a una explotación rural, comercial o industrial, como instalaciones, máquinas y útiles; los frutos agrícolas, las plantaciones frutícolas y hortícolas; los minerales; los derechos a obtener prestaciones de dar, hacer o no hacer; los derechos de propiedad intelectual y otros bienes incorpóreos, incluso los créditos; los vehículos automotores; los bosques; los establecimientos comerciales e industriales en cuyo caso, salvo pacto en contrario, quedarán comprendidos los bienes concretos que los integran, con excepción de las mercaderías, materias primas y productos elaborados para su venta.

783 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p.155 para Yglesias por las sucesivas leyes de prenda sin desplazamiento (incluyendo la vigente) se realizó «algo así como un pase mágico por el cual, al parecer la posesión no esta en ningún lado»..

784 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 156.

785 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 157.

786 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 160.

787 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 165.

788 Gamarra. op, cit. T. II Vol. I p. 124.

Hipoteca

Concepto

De conformidad con el art. 2322 y ss. el contrato de hipoteca es una convención con las formalidades de la ley que hace nacer lo que ha llamado un derecho de prenda sobre bienes raíces como forma de garantizar una obligación principal.

Es un contrato por el cual una persona (deudor hipotecario) afecta a favor de otra (acreedor hipotecario) un bien (inmueble) al pago de una deuda propia o de un tercero.

Los requisitos para que nazca el derecho real de hipoteca se establecen en el art. 2323 donde no es suficiente con el otorgamiento del contrato, sino que es menester que se realice con la formalidad de la escritura pública y además se efectúe la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria. El art. 17 de la Ley n.° 16.871 establece en su Nral. 1) como actos inscribibles:

Los instrumentos públicos en los que se constituya, reconozca, modifique, transfiera, declare o extinga el dominio, usufructo, uso, habitación, derecho de superficie, servidumbre, cualquier desmembramiento del dominio, hipoteca, censo y demás derechos reales establecidos por la ley sobre inmuebles.

Se trata de una *publicidad constitutiva*, esto es, una publicidad que hace nacer el derecho. Los requisitos que debe contener dicha inscripción están recogidos en el art. 2334 del Código Civil, disposición que debe complementarse desde el punto de vista instrumental con la Ley 16.871 y su decreto reglamentario.⁷⁸⁹

Caracteres

- a. Derecho real. Desde la inscripción hace nacer al acreedor hipotecario un derecho real sobre la cosa objeto de la hipoteca, con todas las características de los derechos reales (inmediatez, absolutez e inherencia).⁷⁹⁰
- b. Gratuito y unilateral. Sólo se beneficia el acreedor hipotecario, sufriendo el deudor el gravamen.
- c. Accesorio. Sirve a una obligación principal sin la cual no puede existir. En este tipo de contratos su razón de existir es garantizar una obligación nacida de otra relación jurídica, lo que determina su naturaleza de accesorio respecto de la obligación emergente del contrato principal mediante la constitución del derecho real de hipoteca.⁷⁹¹
- d. Solemne. Para el perfeccionamiento del contrato de hipoteca es menester la realización de una escritura pública. La solemnidad constituye un requisito esencial para la validez de los contratos (art. 1261) en aquellos casos que la ley así lo disponga, lo que sucede específicamente en el caso de la hipoteca en tanto el art. 2323 expresamente prevé el requisito de solemnidad en cuanto a que la forma del consentimiento deberá ser otorgada mediante escritura pública.
- e. Especialidad (art. 2322). Debe recaer sobre bienes determinados, no puede hipotecarse una generalidad es decir no se hipotecan todos los bienes del deudor sino que aquellos que van a constituir el objeto de la hipoteca deben encontrarse debidamente

789 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 11, Vol. 11, edición 4, Montevideo, FCU, p. 133.

790 Gamarra, op. cit. T. II Vol. I p. 133.

791 Gamarra, op. cit. T. II Vol. I p. 17.

especificados a través de sus elementos de identificación (número de padrón, localidad catastral, departamento).

Objeto

La hipoteca puede recaer sobre los bienes que expresamente indica el art. 2331, a saber: bienes raíces; naves; aeronaves; diques flotantes.

Conforme al art. 2335, la hipoteca se extiende no sólo a la cosa hipotecada, sino también a todos sus accesorios y mejoras. Asimismo, se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de la cosa hipotecada en caso de siniestro.

Sin embargo el Código Civil indica en los arts. 2332 y 2333 los bienes que no pueden ser objeto de hipoteca por tanto no pueden hipotecarse los bienes futuros ni más bienes que el doble del importe conocido.

De la enumeración precedente se desprende que excepcionalmente algunos muebles son hipotecables como lo son las naves por (art. 2331 y DL 14.305 arts. 43 al 51 actual Código Aeronáutico de 1974).

Por lo expresado el rasgo que diferencia prenda e hipoteca no radica en puridad en la naturaleza del bien sino en su identificabilidad que permite la inscripción en el registro⁷⁹²

Capacidad

Aquellos que tengan capacidad plena es decir los mayores de edad (mayores de 18 años) pueden hipotecar libremente sus bienes (art. 2327 del Código Civil).

En cambio los llamados capaces limitados, es decir, los habilitados por matrimonio, pueden hipotecar sus bienes, pero de conformidad con el art. 310 del Código Civil deberán contar con autorización judicial.

Así los padres, tutores y curadores pueden hipotecar los bienes de sus representados siempre que tengan la debida autorización judicial (art. 271 no. 2 y 395 del CC).

El apoderado puede hipotecar bienes de su poderdante si cuenta con poder expreso para ello (art. 2056).

Si la hipoteca constituye un derecho real menor en la cosa y es por tanto un negocio dispositivo con efecto real se requiere la legitimación para disponer así como la posesión⁷⁹³.

Rango de las hipotecas

Un bien puede ser hipotecado en garantía de diversas obligaciones a favor de distintos acreedores. En tal caso, respecto de ese bien la preferencia de los acreedores se determinará por la fecha de inscripción en el Registro correspondiente: «quien primero inscribe, primero cobra».

Existe un principio general en nuestro derecho que es recogido por la ley de registros que establece *prior in tempore potior in jure* es decir quien es primero en el tiempo tiene mejor derecho y tener mejor derecho implica poder hacer valer el derecho frente a otros, debiendo éstos respetarlo.

792 Gamarra, Jorge, *Tratado Derecho Civil Uruguayo*, T. 11, Vol. 11, edición 4, Montevideo, FCU, p. 29.

793 Gamarra, ob. cit., T. II Vol. II p. 51. y Sánchez Fontás, ob. cit., p. 68.

Efectos de la hipoteca⁷⁹⁴

- a. El deudor hipotecario mantiene en su poder el bien hipotecado.
- b. El dueño de los bienes hipotecados puede enajenarlos, arrendarlos o darlos en anticresis (arts. 2328 y 2340).
- c. El acreedor tiene derecho a ejecutar el bien para cobrarse lo que se le adeuda.
- d. El acreedor tiene derecho de perseguir la cosa hipotecada «sea quien fuese el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido» (art. 2340). Si un tercero ha adquirido o se ha apoderado del bien, el acreedor tiene derecho a ejecutar el bien, sin importar su actual titular dominial.
- e. El acreedor hipotecario tiene derecho de preferencia para el cobro de la deuda.- En caso de que se ejecute el bien hipotecado, el acreedor hipotecario cobrará antes que los demás acreedores que pueda tener el obligado.

Extinción de la hipoteca (art. 2347)⁷⁹⁵

- a. Extinción de la obligación principal por pago, confusión, remisión, prescripción, etcétera.
- b. Por destrucción del bien hipotecado (art. 2339). Si el bien se halla asegurado, el acreedor tendrá derecho a reclamar la indemnización.
- c. Por resolución del derecho del constituyente (art. 2347/2).
- d. Por expropiación del bien por parte del Estado.

794 Gamarra, ob. cit., T. II Vol. II p. 113

795 Gamarra, ob. cit., T. II Vol. II p. 135.

Preguntas referidas a «Contratos»

1. Concepto y elementos del contrato de compra venta.
2. ¿Cuales son las obligaciones del vendedor?
3. ¿Cuales son las obligaciones del comprador?
4. ¿Que pactos accesorios conoce del contrato de compraventa?
5. ¿Que es el saneamiento por evicción?
6. Concepto y elementos constitutivos del contrato de permuta.
7. ¿Que diferencias existen entre el contrato de permuta y el de Compraventa?
8. ¿Que es el arrendamiento y que tipos conoce?
9. ¿Cuales son las obligaciones del arrendador? Y cuales las del arrendatario?
10. ¿Que es el arrendamiento de obra o de servicio?
11. Concepto de Sociedad y características particulares de este contrato.
12. ¿Cuales son las cláusulas principales de ese contrato?
13. ¿Que obligaciones tienen los socios?
14. ¿Que es el mandato?
15. ¿Cuales son las principales obligaciones que emergen del mismo?
16. ¿Cuales son la obligaciones del mandatario?
17. ¿Cuales son las obligaciones del mandante?
18. ¿Que modos existen de extinguir el mandato?
19. ¿Que es la fianza?
20. Explique y ejemplifica el beneficio de excusión
21. ¿Que es la acción de regreso?
22. Modos de acabarse la fianza.
23. ¿Que tipos de préstamo conoce?
24. ¿Que es el mutuo?
25. ¿Que es el comodato?
26. Obligaciones de cada una de las partes en el mutuo
27. Obligaciones de cada una de las partes en el comodato
28. Contrato de prenda. Definición y caracteres
29. ¿Que es la prenda sin desplazamiento?
30. ¿Cuáles son las obligaciones del acreedor prendario?
31. Modos de extinguirse la prenda
32. Contrato de hipoteca. Definición y caracteres.
33. ¿Que bienes pueden hipotecarse?
34. ¿Se puede vender un bien hipotecado?
35. Modos de extinguir la hipoteca.
36. Obligaciones de las partes en el contrato de hipoteca

Bibliografía de la parte V

Arlas y Tarigo, «Nuevo Régimen legal de los arrendamientos y desalojos urbanos, FCU 1974,

Gamarra, Jorge, Tratado Derecho Civil Uruguayo. T. 1 edición 4 FCU

—— Tratado de Derecho Civil Uruguayo T. II Vol. II 4°. Edición Actualizada FCU

—— *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. III, vol 1, 1ª Ed., FCU

—— Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. III, vol. 2,

—— Tratado de Derecho Civil Uruguayo T. V Edición 4 FCU

—— Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. VIII.

Peirano Facio, Jorge, Contratos, T. I. Ediciones Del Foro 1996

Pizza de Luna, Isabel en Estudios Jurídicos en Memoria de José Irureta Goyena (h) Esc.

Sanchez Fontans, José Capacidad y legitimación en D° Contractual FD 1953

Vescovi, Enrique. Del procedimiento en Arrendamientos y Desalojos Urbanos y Rurales, Edición 3 Año 1980.
Ediciones Idea.

Esta publicación cuenta con el apoyo de la Comisión Sectorial de Enseñanza (CSE) de la Universidad de la República (Udelar). Forma parte de la serie «Manuales de aprendizaje» de la CSE, que tiene como objetivo mejorar las condiciones de aprendizaje de los estudiantes y, al mismo tiempo, propiciar la autoformación docente mediante la reflexión sobre sus prácticas y sobre el estado del arte en su disciplina. Secundariamente, esta publicación pretende colaborar en la constitución de tradiciones disciplinares y culturas educativas nacionales.

ISBN: 978-9974-0-0774-1



9 789974 007741