DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

JULIO CÉSAR RIVERA
GRACIELA MEDINA
Directores

Derecho Civil
Parte General

JULIO CÉSAR RIVERA
LUIS DANIEL CROVI
Autores

INCLUYE VERSIÓN *eBook*

ABELEDOPERROT

franjas

FORMAS DE **ACCESO**

ACCESO DESDE SU IPAD O TABLETA ANDROID

Descargue la aplicación Thomson Reuters PROVIEW™ en su iPad o tableta Android:

- Entre en **iTunes Store y busque ProView** para acceder a la aplicación de **iPad en iTunes Store**.
- Entre en **Google Play y busque ProView** para acceder a la aplicación de **Android en Google Play**.

ACCEDA A SU BIBLIOTECA

- **Abra la aplicación** de Thomson Reuters PROVIEW™ en su iPad o tableta Android.
- **Inicie la sesión** introduciendo su usuario y **contraseña OnePass**.
- El libro electrónico que ha adquirido está **disponible en su biblioteca**.
- **Descargue el contenido del libro** haciendo clic **en el icono del libro electrónico** (este paso sólo es necesario hacerlo la primera vez que accede al contenido y es preciso que el iPad o la tableta Android esté conectado a Internet).
- Una vez descargado, el libro electrónico ya está disponible para su consulta.

ACCESO DESDE SU ORDENADOR

Descargue la aplicación de escritorio de Thomson Reuters PROVIEW™ para PC (Windows o Mac):

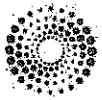
- Entre en **http://thomsonreuters.com/site/proview/proview-for-window-mac/** para descargar la aplicación para su ordenador Windows o Mac.

THOMSON REUTERS PROVIEW™ DESDE SU NAVEGADOR

Si lo prefiere, puede acceder a Thomson Reuters PROVIEW™ desde su navegador:

- Entre en la página web **https://proview.thomsonreuters.com** e introduzca su usuario y contraseña OnePass.

SI TIENE DUDAS O PROBLEMAS CON EL PROCESO DE ACTIVACIÓN DEL eBOOK, PUEDE LLAMAR AL TELÉFONO **0810 222 5253**



THOMSON REUTERS

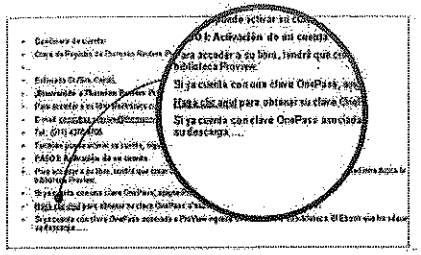
DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Derecho Civil. Parte General

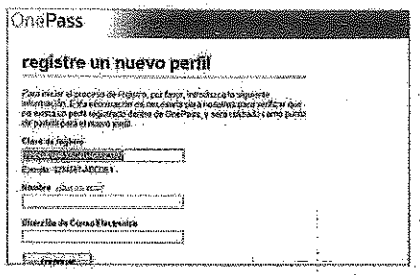
FEDYE
FONDO EDITORIAL DE DERECHO Y ECONOMÍA

SI ES LA **PRIMERA VEZ** QUE USA UN eBOOK DE THOMSON REUTERS

1. Recibirá un correo electrónico con la información necesaria para el acceso a su eBook. Allí deberá hacer clic en el *link* y obtener su clave **OnePass.**



2. Ingrese el **NOMBRE** (este nombre puede ser cualquier palabra, no tiene ningún tipo de limitación) y dirección de correo electrónico.



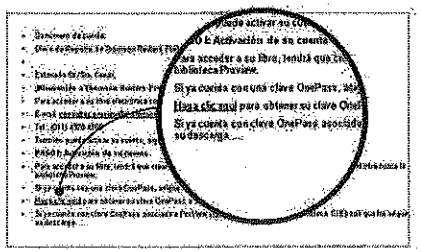
3. A continuación, complete los campos requeridos y cree su perfil. **Importante:** El **USUARIO** y **CONTRASEÑA** elegido en este proceso le permitirán ingresar a **ProView** para poder visualizar su eBook.



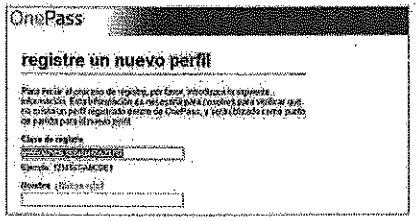
4. Finalmente, aparece un mensaje de registro que confirma el acceso a su libro electrónico. Para descargar la aplicación **ProView** y poder consultar su eBook siga las instrucciones que aparecen en la siguiente página.

SI **NO ES LA PRIMERA VEZ** QUE USA UN eBOOK DE THOMSON REUTERS

1. Recibirá un correo electrónico con la información necesaria para el acceso a su eBook. Allí deberá hacer clic en el *link* y asociar su eBook a su cuenta.



2. Ingrese el **NOMBRE** (este nombre puede ser cualquier palabra, no tiene ningún tipo de limitación) y dirección de correo electrónico. **Importante:** utilice la misma dirección de correo electrónico registrada en **OnePass.**



3. Finalmente su eBook está listo para descargarse en la aplicación **ProView.**

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

JULIO CÉSAR RIVERA
GRACIELA MEDINA
Directores

Derecho Civil. Parte General

REIMPRESIÓN

JULIO CÉSAR RIVERA
LUIS DANIEL CROVI
Autores

Rivera, Julio César
Derecho civil, parte general / Julio César Rivera; Luis D. Crovi - 1a ed. 1a reimpresión- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.
976 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-950-20-2733-3

1. Derecho Civil. I. Crovi, Luis D. II. Título

CDD 346

1a edición 2016
1a edición, 1a reimpresión 2016

© Crovi, Luis Daniel
© Rivera, Julio César
© de esta edición, AbeledoPerrot S.A., 2016
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

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

Printed in Argentina

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

Tirada: 1000 ejemplares

ISBN 978-950-20-2733-3

SAP 41947721

ÍNDICE GENERAL

Advertencia preliminar LXXV

CAPÍTULO I

CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y FUNCIÓN ACTUAL DEL DERECHO CIVIL

I. Derecho civil 1
1. Distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público 1
2. Las ramas del Derecho Público 2
a) Derecho Constitucional 2
b) Derecho administrativo 3
c) Derecho financiero 4
d) Derecho penal 4
e) Derecho internacional público 4
f) El derecho ambiental 5
3. Constitución Nacional y Derecho Civil 6
a) Del Código Civil como constitución a la Constitución como fuente de derechos civiles 6
b) La constitucionalización del derecho privado en el CCyC 7
c) Alcance normativo de la constitucionalización 8
d) Efectos de la constitucionalización en su dimensión normativa 8
e) Alcance dikelógico de la constitucionalización 9
f) Conclusiones 13
4. La constitucionalización del derecho civil tal como está reflejada en el CCyC 14
a) Inviolabilidad de la persona 14

b) Autonomía 14
c) El principio de igualdad 15
d) Conclusiones 15
5. El derecho civil 16
a) Noción preliminar 16
b) El Derecho civil y su aprehensión histórica 17
II. Origen y evolución del derecho civil 17
6. El derecho romano. Etapas y recepción 17
7. La compilación justiniana 19
8. El tránsito del Derecho Romano al Derecho Común 20
9. La recepción 21
a) Concepto y origen 21
b) La recepción en Alemania 21
c) La recepción en España 22
d) Las Partidas 22
e) El Derecho Romano en Francia 22
10. Los factores que condujeron a la unificación del Derecho 23
III. La formación de los derechos nacionales 24
11. La identificación del Derecho Civil con el Derecho Privado 24
12. Antecedentes. La formación de los Estados Nacionales. La escuela del Derecho Natural 25
13. La codificación del Derecho Civil 26
14. La influencia del Código de Napoleón 26
IV. La evolución del derecho civil a partir de la codificación decimonónica 27
15. Los principios básicos de la codificación 27
16. Los desprendimientos de algunas ramas 27
17. Las transformaciones de los principios fundamentales 28
a) La eficacia absoluta de la palabra empeñada; la propiedad absoluta 28
b) La protección de la parte débil 29
c) Los límites al derecho de propiedad 30
d) El factor objetivo en la responsabilidad civil 30
e) El derecho de las personas humanas 30
f) Los avances científicos 31
g) La masificación social y la vida urbana 31

h) La creciente internacionalización del derecho 32
i) La multiculturalidad 32
j) Los denominados derechos de incidencia colectiva 33
k) La evolución del derecho de familia 34
18. El derecho comercial: origen y evolución 35
19. El derecho privado actual en el CCyC 36
20. El derecho comercial en el CCyC 39
a) La unificación 39
b) Subsistencia de la autonomía del derecho comercial 39
c) Unificación parcial 39
d) Un derecho sin sujeto y un derecho sin objeto; observaciones de la doctrina 40
e) Civilización del derecho comercial o comercialización del derecho civil 40
V. El derecho privado y la economía 41
21. Relaciones entre Derecho y Economía. Etapas 41
22. La ponderación de los fenómenos económicos en la doctrina jurídica 42
23. La sistematización de la interacción de lo económico y lo jurídico. El Análisis Económico del Derecho 43
a) Qué es el Análisis Económico del Derecho (AED) 43
b) Los principios básicos del AED 43
24. La eficiencia, la justicia y otros valores jurídicos 44
25. Conclusión 45
26. El AED y la CSN 45
VI. El derecho privado en la actualidad. Función del derecho civil 46
27. Ramas del Derecho Privado 46
28. Función actual del Derecho Civil 47
29. Definición 47

CAPÍTULO II

FUENTES DEL DERECHO CIVIL

I. Fuentes del derecho. Introducción 49
1. Concepto 49
2. Clasificación 50

3. Cuáles son las fuentes del Derecho.El título preliminar del CCyC 50
4. Juicio crítico sobre el art. 1 del CCyC 51
a) Distinción entre Derecho y ley 51
b) Enumeración del art. 1. Importancia de la ley 51
c) La supresión de la jurisprudencia de la enumeración del art. 1 52
d) Una incógnita: "la finalidad de la norma" 52
e) Rol de los usos, prácticas y costumbres 53
f) Los denominados principios generales del Derecho 53
5. La jerarquía de las fuentes 53
II. La ley 54
6. Concepto 54
7. Caracteres. Enumeración 54
8. La obligatoriedad 54
9. La generalidad 55
10. Justicia 55
11. Autenticidad 56
12. Clasificaciones de la ley 56
a) Ley en sentido material y en sentido formal 56
b) Leyes imperativas y supletorias 57
c) Leyes internacionalmente imperativas 57
d) Ley preceptiva y prohibitiva 58
e) Ley complementaria e interpretativa 58
13. Ley de orden público 58
a) Noción 58
b) El orden público económico, el orden público social y otras caracterizaciones 59
c) Orden público interno y orden público internacional 59
d) Ley de orden público y ley imperativa 60
e) Quién determina que una ley es de orden público 60
f) El orden público en el Derecho civil argentino 60
g) Orden público y ley extranjera 61
14. Otras clasificaciones 61
a) Por la esfera territorial de aplicación 61
b) Por la materia que abarcan 61

III. La formación de la ley 62
15. Sanción 62
16. Promulgación 62
17. Veto 62
18. Publicación 62
a) Vinculación con la obligatoriedad 62
b) Sistema del Código Civil 63
c) Ley que establece fecha de vigencia pero no ha sido publicada 63
d) Ley no publicada 63
e) Leyes secretas 63
f) Publicación oficial 64
g) Entrada en vigencia de la ley sometida a reglamentación 64
IV. La jerarquía de las normas 64
19. Supremacía de la Constitución 64
20. Ejercicio del contralor de constitucionalidad 65
21. Declaración de inconstitucionalidad 65
22. La jerarquía del resto de la legislación 65
a) Atribuciones de las provincias 65
b) Ubicación de la legislación provincial con relación a la legislación federal 66
c) Atribuciones de los municipios y otros órganos 66
d) Atribuciones del Poder Ejecutivo nacional 66
23. Los tratados 66
a) Importancia actual en el derecho privado 66
b) Incorporación de los tratados al derecho interno 67
c) Jerarquía de los tratados 68
d) Los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional 68
e) Los tratados internacionales sobre derechos humanos no enumerados en el art. 75, inc. 22 CN 68
f) Los tratados de integración 69
g) Operatividad de los tratados 69
h) La cuestión de las sentencias de la Corte Americana de Derechos Humanos 70
V. Derogación de la ley 71
24. Derogación expresa y tácita 71

25. Desuetudo 72
VI. Actos contrarios a la ley 72
26. Principio general 72
27. El acto en fraude a la ley 73
a) Noción 73
b) Distinción con los actos contra la ley 73
c) Casos concretos 73
d) Regulación del fraude a la ley en el CCyC 74
VII. La costumbre. Los usos y prácticas 74
28. Concepto de costumbre 74
29. Elementos de la costumbre. Restricción preliminar 74
a) El elemento objetivo. Condiciones que debe reunir 74
b) El elemento subjetivo. Distintos criterios para su caracterización 75
30. Usos convencionales o del tráfico. Distinción con la costumbre e importancia 76
31. La costumbre, los usos y prácticas como fuente del derecho. El art. 1 del CCyC 76
a) Función 76
b) Casos en qué operan 77
c) Costumbre *contra legem* 77
32. Prueba de la costumbre 78
VIII. Los principios y valores 78
33. Concepto 78
34. De dónde emanan los principios 78
a) Orientación iusnaturalista 78
b) Orientación positivista 79
c) Criterios que combinan ambos conceptos 79
35. Los principios y valores en el CCyC 79
36. Los valores jurídicos 80
37. Enumeración de los principios generales 80
38. Límites de la aplicación del principio general 82
IX. Jurisprudencia 83
39. Noción 83
40. Importancia actual 83
41. La jurisprudencia como fuente del Derecho 84

a) La cuestión en el Derecho nacional 84
b) El rol de la jurisprudencia en nuestro país 85
42. Elementos de la jurisprudencia 86
43. Métodos de unificación de la jurisprudencia 87
a) El recurso extraordinario 87
b) Los fallos plenarios 88
c) El recurso de casación 89
X. Doctrina 89
44. Concepto 89
45. Antecedentes 89
a) Nacimiento y desarrollo 89
b) Su importancia 90
46. Valor de la doctrina como fuente 90
XI. Otras posibles fuentes 91
47. La autonomía de la voluntad 91
48. La equidad 91
49. Las reglas corporativas 92
50. Las reglas tradicionales de la experiencia 93
51. El derecho comparado 93
a) Noción 93
b) Utilidad 93
c) El derecho comparado como fuente de derecho. El argumento de derecho extranjero en las sentencias judiciales .. 94

CAPÍTULO III

APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

I. Aplicación de la ley 97
1. Concepto 97
2. La subsunción como método de la aplicación de la ley 98
3. Vinculación con la interpretación 99
4. Aplicación del derecho en el Derecho Argentino 99
5. Prueba del derecho 100
a) Regla general 100
b) El derecho consuetudinario 100
c) Derecho extranjero 100

6. Negativa a aplicar una norma 100
II. Interpretación de la ley 101
7. Concepto 101
8. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos 102
9. Normas a las que se aplica 102
a) *Quid* de la ley clara 102
b) La costumbre 103
III. Clases de interpretación 103
10. Según quien la formule: legislativa, judicial, doctrinaria 103
11. Según su alcance 103
IV. La actividad interpretativa 104
12. Descripción 104
a) Determinación del sentido de los elementos que aparecen en el supuesto de hecho de la norma 104
b) Atribución de carga de valor a conceptos indeterminados 105
c) Esclarecimiento de las consecuencias que las normas ligan al supuesto de hecho 105
d) Adopción de la decisión cuando ella es dejada al arbitrio del intérprete 105
V. Los métodos interpretativos. Exposición de las tendencias doctrinarias 106
13. Valor relativo de esta exposición 106
a) La escuela de la exégesis 106
b) Escuela de la libre investigación científica 107
c) El Derecho libre 107
d) Jurisprudencia de conceptos 108
e) La jurisprudencia de intereses 108
f) Jurisprudencia de valoraciones 109
g) La teoría pura del Derecho 109
h) El trialismo 110
i) La interpretación de la ley según el Análisis Económico del Derecho 110
j) El realismo norteamericano 111
k) La tendencia al sincretismo 111
VI. Elementos de la interpretación 112
14. Los cuatro elementos definidos por Savigny 112

15. Utilización de estos elementos 113
16. Evolución 113
17. Elemento gramatical, semántico o literal 113
a) Valor de los epígrafes 114
b) Definiciones 114
18. Elemento histórico 114
a) Valor del Código Civil de Vélez Sarsfield y de la doctrina y jurisprudencia anteriores al CCyC 115
b) Valor de los trabajos preparatorios 115
c) El valor de los Fundamentos que acompañan al Anteproyecto de CCyC 116
19. El elemento lógico 117
20. Elemento sistemático 118
21. Elemento sociológico 118
22. El elemento teleológico 118
23. Elemento comparativo 119
VII. Reglas legales en materia de interpretación de la ley 119
24. Introducción. El art. 2 del CCyC 119
25. Examen de las reglas de interpretación del art. 2 119
a) Interpretación gramatical 119
b) Interpretación teleológica 120
c) Las leyes análogas 120
(i) Concepto 121
(ii) Fundamentos 121
(iii) Requisitos de procedencia 121
d) Los Tratados de Derechos Humanos 121
e) Los principios y valores jurídicos 122
f) La referencia al "ordenamiento jurídico" 122
26. Las omisiones 123
VIII. Interpretación integradora 123
27. Obligación de fallar en materia civil 123
28. Lagunas legislativas y la plenitud del ordenamiento 124
29. Modo de llenar las lagunas de la ley 124
30. Obligación del juez de expedir una decisión "razonablemente fundada" 124

CAPÍTULO IV

EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO

I. Planteo del problema. Introducción 127
1. Cuestiones que suscita la sanción de las nuevas leyes 127
2. Valores que están en juego 128
3. Principio de irretroactividad de la ley 128
4. Excepciones a la irretroactividad 129
5. Cuándo una ley es retroactiva 129
a) Doctrina de los derechos adquiridos 129
b) Doctrina de los hechos cumplidos 130
c) Doctrina de Roubier 131
d) Síntesis: cuándo una ley sería retroactiva 132
II. La cuestión en el Código Civil y Comercial de la Nación 133
6. El art. 7 del CCyC 133
7. Enumeración de las reglas que contiene el art. 7 134
a) Concepto de situación y relación jurídica 134
b) Efecto inmediato 135
c) Consecuencias a las que se aplican las nuevas leyes 135
d) Situaciones jurídicas ya constituidas o ya extinguidas 136
e) Situaciones jurídicas en curso de constitución 136
f) Excepciones 136
8. Los juicios en trámite 137
9. Irretroactividad 138
10. Límite a la retroactividad legal 139
11. Subsistencia de la ley antigua 140
12. Excepción: las reglas más favorables al consumidor 140
13. La aplicación del nuevo CCyC 140
14. Algunas cuestiones problemáticas que plantea la aplicación del nuevo CCyC 141
15. Jurisprudencia de aplicación del nuevo CCyC 142
III. Efectos de la ley con relación al territorio 143
16. Exposición de la problemática 143

CAPÍTULO V

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARGENTINO

I. La codificación como modo de expresión del derecho civil 147
1. Introducción 147
2. Codificación. Concepto 147
a) Unicidad 148
b) Homogeneidad 148
c) Exclusividad 148
d) Sistematización 148
e) Ventajas de la codificación 148
3. La codificación en el Derecho Civil 149
a) Antecedentes 149
b) Código Napoleón 149
4. La codificación en América Latina 150
a) Razones 150
b) Antecedentes 150
c) La obra de Freitas 150
d) El Código Civil Argentino 150
5. El proceso de descodificación 151
II. La codificación en la Argentina 151
6. La legislación civil a partir de 1810. El denominado Derecho Patrio 151
a) Vigencia del Derecho hispánico 151
b) La emancipación nacional: el Derecho Patrio 152
7. La organización nacional 152
a) El Código de Comercio del Estado de Buenos Aires 152
b) El Código Civil 153
c) Vélez Sarsfield 153
d) La sanción del Código Civil 153
e) Fuentes 154
f) Los grandes principios del Código Civil 154
g) Valoración 154
8. Las reformas al Código Civil 155
9. Proyectos de reforma integral 156
a) Planteamiento del problema 156

III. El Código Civil y Comercial de 2015 156
10. Presentación del Proyecto 156
11. Justificación de la recodificación del derecho privado en la Argentina 157
12. Reforma parcial o nuevo código 158
13. Un código o dos códigos: la unificación (parcial) 159
14. El método: La "parte general" 159
15. Significación del nuevo Código 160
IV. El derecho civil no codificado. El *common law* 161
16. Introducción 161
17. Valor del precedente judicial en el *Common Law* 162
a) Rol del Poder Judicial 162
b) La regla del precedente 162
18. Evolución 163

CAPÍTULO VI

LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS

I. La relación jurídica 167
1. La esfera subjetiva del Derecho 167
2. La situación jurídica 168
a) Concepto 168
b) Distinciones 168
c) Otras nociones 168
3. La relación jurídica 169
a) Concepto 169
4. Elementos de la relación jurídica 170
a) Sujetos 170
b) Las relaciones entre personas y cosas 170
c) Otras relaciones de sujeto pasivo determinable 170
d) Objeto 171
e) Causa 171
f) Protección 171
5. Contenido y duración de la relación jurídica 172
6. Relaciones y situaciones jurídicas en el CCyC 172
II. Derecho subjetivo 173

7. Concepto 173
8. El derecho subjetivo como poder atribuido a una voluntad para la satisfacción de un interés 173
9. Teorías negatorias 174
III. Derecho, deber y carga. Interés legítimo. Derechos de incidencia colectiva. Facultades 175
10. El deber 175
11. La carga 175
12. Derechos que no se corresponden con derechos subjetivos 175
13. El interés legítimo 176
a) Noción 176
b) Resumen: garantía de legalidad 176
c) Reconocimiento actual 176
14. Los derechos de incidencia colectiva 177
a) Noción 177
b) Antecedentes 177
c) La definición de derechos de interés colectivo a partir de la reforma constitucional 178
d) Las personas legitimadas para ejercer su tutela 179
e) Problemas que plantean 179
f) Un avance relevante: la sentencia de la CSN en el caso Halabi 180
(i) El caso 180
(ii) Requisitos de procedencia de la acción 182
(iii) Cuestiones accesorias 183
(iv) Conclusión 184
15. Los derechos de incidencia colectiva en el CCyC 184
a) La mutilación del art. 14 184
b) La supresión de los artículos referidos al daño a los derechos de incidencia colectiva 185
c) Relación entre los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva 185
16. Derecho subjetivo y facultades 186
IV. Clasificaciones 186
17. Derechos absolutos y relativos 186
18. Derechos patrimoniales y no patrimoniales 187
19. Derechos transmisibles e intransmisibles 187

20. Derechos principales y accesorios 187
21. Derechos reales, derechos de crédito y derechos intelectuales 187
V. Tipos de derechos subjetivos 188
22. Derechos de la personalidad 188
23. Derechos personales y familiares 188
24. Derechos de cooperación 189
VI. Derecho y acción 189
25. Relaciones entre ambas 189
VII. El ejercicio de los derechos 189
26. Principio general 189
27. Excepciones 190
VIII. Límites al ejercicio de los derechos subjetivos. El principio de la buena fe 190
28. El principio de buena fe 190
a) Noción 190
b) Buena fe objetiva y subjetiva 191
29. Funciones del principio de la buena fe lealtad 191
30. El principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos 192
31. El principio de la buena fe en el derecho positivo argentino .. 192
a) En el Código Civil de 1869 192
b) El CCyC 193
32. La doctrina de los actos propios 194
a) Concepto 194
b) Requisitos 194
c) La doctrina de los actos propios en el CCyC 195
d) Aplicaciones judiciales 195
33. La apariencia 195
a) Planteo del problema 195
b) La denominada teoría de la apariencia 196
c) Fundamento 196
d) Principio general o aplicación a los casos previstos legalmente 196
e) Condiciones de aplicación 197
f) Efectos 198
g) Supuestos en el derecho positivo argentino 198

h) La jurisprudencia nacional 198
34. Corolarios del principio de buena fe 199
IX. Límites al ejercicio de los derechos subjetivos. El abuso del derecho 199
35. Antecedentes 199
36. Criterios para determinar cuándo se actúa abusivamente 199
a) Criterio subjetivo 199
b) Criterio objetivo 200
c) Criterio mixto 200
37. Derechos absolutos 200
X. El abuso del derecho en el derecho argentino 201
38. La solución en el Código Civil de 1869 201
39. El art. 10 del CCyC 201
a) Adopción del criterio objetivo 202
b) Situación jurídica abusiva 202
40. Modo de invocar el abuso del derecho 203
a) A pedido de parte 203
b) De oficio por los jueces 203
41. Efectos de la conducta abusiva 203
42. El abuso de la posición dominante 204
a) Noción 204
b) El abuso de la posición dominante en la legislación especial 204
c) El abuso de posición dominante en el CCyC 205

CAPÍTULO VII

LA PERSONA HUMANA

I. La visión jurídica sobre la persona 207
1. Introducción 207
2. Evolución de las ideas 207
a) El Derecho Romano 207
b) Iusnaturalismo 208
c) La persona como concepto técnico jurídico 208
d) Las desviaciones del siglo XX 209
3. Criterios actuales 209

a) Capacidad y personalidad 210
b) Los atributos de la personalidad 210
c) Los derechos de la personalidad 210
d) Comienzo y fin de la persona 211
e) Voluntad y negocio jurídico 211
4. Las personas jurídicas 211
5. Los animales 211
6. El concepto de persona 212
a) Todo hombre es persona 212
b) La definición legal 213
c) Clasificación de las personas 213
7. El comienzo de la existencia de la persona 213
a) El derecho romano 214
b) El criterio de Savigny 214
c) Criterio de los códigos decimonónicos 214
d) Criterio de Freitas 215
e) Criterio del Código Civil derogado 215
f) El Pacto de San José de Costa Rica 215
g) La Constitución Nacional 216
h) La Convención sobre los Derechos del Niño 216
i) La sentencia de la CIDH en el caso Artavia Murillo 216
j) El Código Civil y Comercial de la Nación 218
8. Las técnicas de reproducción humana asistida 218
a) La inseminación artificial 219
b) Fecundación extracorpórea o in vitro 219
c) Problemas que plantean 220
d) La Ley de Fertilización Asistida 220
e) El proyecto de ley con sanción de la Cámara de Diputados 221
f) Filiación por voluntad procreacional 222
9. Duración del embarazo, época de la concepción 222
10. Nacimiento con vida 223
11. Genética y Derecho 224
a) El interés superior del niño 224
b) La naturaleza jurídica de los gametos y su comercialización 225

c) El problema de los embriones supernumerarios 227
d) Maternidad por sustitución 228
e) La clonación 231

CAPÍTULO VIII

LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS HUMANAS

I. Atributos de la persona humana 235
1. Concepto y enumeración 235
2. Caracteres 235
3. Los atributos en relación a las personas jurídicas 236
II. La capacidad 237
4. El concepto de capacidad y la capacidad progresiva 237
a) Conceptos introductorios 237
b) Capacidad progresiva 238
5. La recepción de la capacidad progresiva en nuestra legislación 239
a) En el Código de 1869 239
b) El derecho constitucional y supranacional 240
c) Legislación especial 241
6. La capacidad y el discernimiento 242
7. Capacidad de derecho 243
8. Capacidad de ejercicio 244
a) Principio General 245
b) Fundamento 245
c) Sanción 245
9. Sistema de protección y apoyos 246
a) La representación 246
b) La asistencia con apoyos 247
10. Control judicial 248
11. Nociones básicas sobre tutela y curatela 248
12. Cesación del sistema representación y asistencia 250
13 Conflicto de intereses y designación de tutores especiales 250
14. Extensión de la representación y la asistencia 251
15. Actuación del Ministerio Público 252
a) Qué es el Ministerio Público 252
b) Actuación del Ministerio Público Pupilar 253

c) Actuación extrajudicial del Ministerio Público 253
16. Otras medidas de protección 254
a) El abogado del niño 254

CAPÍTULO IX

LOS MENORES DE EDAD

I. Menores de edad 257
1. Los menores de edad y los adolescentes 257
a) Introducción 257
b) Categorías 258
2. El estándar "edad y grado de madurez suficiente" 258
3. El ejercicio de los derechos sobre el cuerpo del menor 259
a) Tratamientos médicos en menores de 13 a 16 años 260
(i) Texto legal 260
(ii) Criterio de distinción 260
(iii) Qué es un tratamiento 260
(iv) Qué es invasivo 261
(v) Efectos del tratamiento 261
(vi) Consentimiento. Conflicto 261
b) Tratamientos médicos en los mayores de 16 años 262
4. Participación del menor en las decisiones relativas a su persona 263
a) Regla general 263
b) Otros supuestos 263
5. Capacidad contractual 264
6. Los alimentos 265
7. Edad nupcial 266
a) Regla general 266
b) Dispensa de edad 266
II. La cesación de la minoridad 266
8. La mayoría de edad 266
9. La emancipación por matrimonio 267
a) Regla general 267
b) Caracteres de la emancipación 267
c) Emancipación y responsabilidad parental 267

d) Capacidad de los emancipados. Limitaciones 268
i) Actos prohibidos 268
ii) Actos que requieren autorización judicial 269
III. Capacidad laboral 269
10. Introducción 269
11. Prohibición del trabajo infantil, legislación especial 269
12. Menor que ha obtenido título habilitante 270
a) Edad mínima 270
IV. Capacidad procesal 271
13. El derecho del menor a ser oído 271
a) Fuentes normativas 271
b) Efectos 272
c) A partir de cuándo se pueden ejercer las facultades legalmente conferidas 272
d) Ante quién 273
e) El derecho a ser oído en el CCyC 273
14. El abogado del niño 274
a) Regla general 274
b) Quien lo designa 274
c) Qué menores pueden actuar con abogado "del niño" 274
d) Actuación del abogado del niño 275
15. Capacidad procesal del menor que trabaja 275
V. Imputabilidad de los menores 275

CAPÍTULO X

PERSONAS INCAPACES Y CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

I. Introducción 279
1. La finalidad de la legislación en esta materia 279
a) En la codificación 279
b) En la actualidad 280
2. Evolución de la legislación 280
a) Criterios que presiden la evolución 280
(i) Personas con discapacidad 281
(ii) Reconocimiento de su dignidad 281
(iii) Preservación de la autonomía personal 281

b) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 281
c) Ley de Salud Mental 282
(i) Principios fundamentales de la ley 26.657 283
d) El principio general de capacidad 283
II. Las restricciones a la capacidad en el CCyC 284
3. Personas con capacidad restringida e incapaces 284
4. Principios básicos para la restricción de la capacidad 284
5. Personas a las que se les puede restringir la capacidad 287
6. El sistema de apoyos 288
7. Las personas incapaces 289
a) Presupuesto para ser declarado incapaz 289
b) Crítica a la incorporación de esta categoría 289
c) Personas alcanzadas 290
III. El juicio de restricción de la capacidad o de declaración de incapacidad 290
8. Personas legitimadas 290
9. Juez competente 291
10. Intervención del interesado en el proceso 292
11. Medidas cautelares 292
12. La entrevista personal con el juez 293
13. Contenido de la sentencia 293
14. Alcances de la sentencia 295
a) Extensión de la restricción a la capacidad 295
b) Las funciones de los apoyos o designar curadores 295
c) Condiciones de validez de los actos 296
15. Inscripción de la sentencia 296
16. Revisión periódica de la sentencia 297
a) La obligación de revisión de la Ley de Salud Mental 297
b) La revisión en Código Civil y Comercial 297
17. Cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad 297
IV. Los sistemas de apoyo 298
18. El origen del término 298
19. El concepto de apoyo 299
20. Funciones 299
21. Propuesta por el mismo interesado 299

22. Apoyos extrajudiciales 299
23. Conflictos de intereses 300
V. La internación 300
24. Principio general 300
25. Requisitos 300
26. El traslado a un establecimiento asistencial 302
27. La Ley de Salud Mental 302
VI. Actos realizados por la persona incapaz o con capacidad restringida 303
28. Actos posteriores a la inscripción de la sentencia 303
29. Actos anteriores a la inscripción 304
30. Personas fallecidas 305

CAPÍTULO XI

LA INHABILITACIÓN Y LA ANCIANIDAD

I. Inhabilitados 309
1. Antecedentes y noción 309
2. Situación jurídica del inhabilitado 310
3. Pródigo. Concepto 310
4. Personas que pueden ser inhabilitadas por prodigalidad 311
5. Personas protegidas 312
a) El cónyuge y el conviviente 312
b) Los hijos menores de edad 312
c) Personas con discapacidad 312
d) Los ascendientes 313
6. Legitimados para iniciar la acción 313
7. Efectos de la declaración 313
a) La restricción a la capacidad 313
b) Los apoyos 315
8. El cese de la inhabilitación 315
a) Procedimiento para el restablecimiento 315
b) Aspectos que se evalúan 315
II. La ancianidad 316
9. El anciano 316
10. Terminología 317

11. La importancia actual del tema 317
12. Tratamiento de la ancianidad en el Derecho Positivo 319
a) En el derecho constitucional 319
b) En la legislación infraconstitucional 320
13. Antecedentes internacionales 320
14. El derecho comparado 321
15. La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos de las Personas Mayores 321
16. La ancianidad en el Código Civil y Comercial 322

CAPÍTULO XII

LOS DEMÁS ATRIBUTOS DE LA PERSONA

I. Atributos de la persona. Remisión 325
II. El nombre 325
1. Definición 325
2. Evolución histórica y legislativa 326
a) Derecho antiguo 326
b) Derecho Romano 326
c) Derecho español 327
d) Evolución legislativa en nuestro país 327
3. Naturaleza jurídica 327
4. Caracteres 328
5. Reglas concernientes al prenombre 329
a) Elección del prenombre 329
b) Límites a la imposición de prenombres 330
c) Nombres aborígenes 331
6. Reglas relativas al apellido 331
a) Apellido del hijo matrimonial 332
b) Apellido del hijo extramatrimonial 333
c) Apellido del menor de edad sin filiación determinada 333
d) Persona con edad y grado de madurez suficiente que carece de apellido 334
e) Apellido del cónyuge 334
f) Divorcio o anulación del matrimonio 334
7. Adopción 335

a) Apellido en la adopción plena 336
b) Apellido en la adopción simple 336
c) Apellido en la adopción por integración 337
8. Cambio de nombre 337
a) Principio general 337
b) Supuestos contemplados 337
(i) Justos motivos 338
(ii) Seudónimo 338
(iii) Raigambre cultural, étnica o religiosa 338
(iv) Afectación a la personalidad 338
(v) Justos motivos que no requieren intervención judicial . 339
9. Proceso judicial para cambiar el nombre o el apellido 339
10. Acciones de protección del nombre 340
a) Acción de reclamación o reconocimiento del nombre 341
b) Acción de impugnación, contestación o usurpación del nombre 341
c) Acción de defensa del buen nombre o de supresión del nombre 341
11. El seudónimo 342
III. El domicilio 343
12. Concepto 343
13. Residencia y habitación 344
14. Efectos jurídicos que producen 344
a) El domicilio 344
b) La residencia 345
c) La habitación 345
15. Clases de domicilio 346
El domicilio especial, reconoce las siguientes sub-especies: 346
16. El domicilio real 347
17. El domicilio legal 347
18. El domicilio especial 349
a) Determinación de la competencia judicial 349
b) Notificaciones judiciales 349
c) Caracteres del domicilio especial 350
19. El domicilio ignorado 351
20. Cambio de domicilio 351

IV. El Estado 352
21. Del concepto en el Derecho Romano al derecho moderno 352
22. Concepto 353
23. Caracteres 354
24. Efectos 355
25. Título y posesión de estado 355
a) El título de estado 356
b) La posesión de estado 357
26. Las acciones de estado 358
27. La prueba del estado 358
a) Los registros civiles 359
b) Las partidas 359
c) Personas intervinientes 360
d) Prueba del nacimiento y la muerte ocurridos en la República 360
e) La rectificación de las partidas 361
f) Nacimiento o muerte ocurridos en el extranjero 361
g) Falta de registro a nulidad del asiento 362
h) Caso específico de desaparición o destrucción del cadáver 362
i) Determinación de la edad 363

CAPÍTULO XIII

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

I. Nociones introductorias 365
1. Concepto 365
2. Naturaleza jurídica 365
3. Contenido 365
4. Origen y evolución 366
5. Caracteres 367
6. Clasificación 368
7. Fundamento único. Principio básico establecido por el CCyC. 369
8. Clasificación de los derechos personalísimos 370
a) Los derechos sobre la personalidad física 370
b) Los derechos de la personalidad espiritual 370

II. El derecho a la vida 371
9. Su consagración constitucional y supranacional 371
a) La Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos 371
b) La cuestión en el Código Civil 372
10. El valor de la vida humana 372
11. El aborto 373
12. Adelantamiento del parto del feto anencefálico 374
13. La píldora del día después 374
14. La eutanasia. El derecho a una muerte digna 375
a) Planteo del tema 375
b) La eutanasia 376
c) Distintos tipos de eutanasia 376
d) Legislación argentina 377
e) La eutanasia voluntaria pasiva: el derecho a una vida y a una muerte dignas 377
f) La cuestión en el derecho nacional 378
g) Directivas anticipadas 379
III. El derecho a la integridad física 380
15. Introducción 380
a) Regla básica 380
b) Cuestiones que plantea 380
16. Tratamientos médicos 381
a) Requisitos de licitud 381
b) Consentimiento del paciente 381
c) Fuente legal de la exigencia del consentimiento 382
d) Definición legal de consentimiento informado 382
e) Forma 382
f) Excepciones al consentimiento informado 383
g) Quién presta el consentimiento 383
h) Consentimiento en caso de menores 383
i) Rechazo del tratamiento. Obligación de los médicos de respetar la voluntad del sujeto 384
j) Revocación del consentimiento 384
17. Tratamientos quirúrgicos prohibidos 385
a) Principio general 385
b) Operaciones de cambio de sexo 385

c) Prácticas esterilizantes 385
18. Exámenes médicos y vacunaciones: la cuestión de su obligatoriedad 385
a) Principios y excepciones 385
b) Exámenes médicos como prueba en juicio 386
19. Tratamientos con fines experimentales 387
a) Principios generales 387
20. La autolesión. Deportes peligrosos 388
21. Actos de disposición sobre partes renovables del cuerpo humano 388
a) Planteo del tema 388
b) La Ley de Sangre 389
IV. Los trasplantes de órganos 389
22. Su importancia actual. La regulación en el derecho argentino 389
a) Introducción 389
b) Legislación argentina 390
23. Recaudos legales 390
24. Personas legitimadas para dar y recibir órganos 390
a) Principio general 390
b) Fundamento 391
c) El consentimiento no se puede suplir por el representante legal 391
d) Consentimiento informado 392
e) Revocación del consentimiento 392
25. Implantación de órganos cadavéricos 392
a) Acto de disposición sobre el propio futuro cadáver 392
b) La obligación de expresar la voluntad de donar 393
V. El cadáver 393
26. Concepto 393
27. Naturaleza jurídica 393
28. Legitimación para disponer del cadáver 394
VI. La libertad como derecho personalísimo 394
29. Significado de la palabra libertad 394
30. La libertad como atributo de la persona 395
31. La libertad civil. El art. 19 de la Constitución Nacional 395
32. La libertad en la legislación civil 396

VII. La igualdad 397
33. Noción 397
34. Las fuentes 398
a) Fuente constitucional 398
b) Fuentes internacionales 398
c) Fuente legal. La ley antidiscriminatoria 399
35. La igualdad y la no discriminación: sus efectos en el Derecho Civil 399
36. Reconocimiento jurisprudencial de la existencia de "legislación sospechada" 400
37. El Código Civil y Comercial 401
38. La situación jurídica de la mujer; género y derecho 402
a) Planteo de la cuestión 402
b) Ley de Violencia contra la Mujer 403
c) Ley de Identidad de Género 403
(i) Noción de género 403
(ii) Derechos 403
(iii) Requisitos 403
(iv) Menores 404
(v) Inscripción 404
(vi) Efectos 405
(vii) Arrepentimiento 405
VIII. El derecho a la intimidad 405
39. Concepto 405
a) Noción de intimidad 405
b) Definición del derecho a la intimidad 405
c) Terminología 406
40. Caracteres 406
41. Extensión y límites 407
a) Extensión: ámbitos tutelados 407
b) Límites 407
42. La protección en el Derecho Constitucional Argentino. Art. 19 408
43. La protección en el Derecho Civil. Generalidades 408
a) Textos legales 408
b) Inconveniencia del método seguido por el CCyC 409
44. Exégesis del art. 1770 409

a) Antijuridicidad: la conducta reprochada 409
b) La arbitrariedad 410
c) Formas que puede asumir el entrometimiento 410
d) Efectos 410
45. La exclusión de la antijuridicidad de la conducta: intimidad y libertad de prensa 411
a) Todas las personas gozan de derecho a la intimidad 411
b) La libertad de prensa no es un derecho absoluto 411
46. El factor de atribución de la responsabilidad: la real malicia . 412
47. Legitimados para reclamar la prevención o reparación del daño 412
a) Principio general 412
b) Los personajes 412
c) Las personas fallecidas 413
d) Personas jurídicas 413
e) Niñas, niños y adolescentes 413
IX. El derecho a la imagen 414
48. Concepto 414
a) Noción 414
b) Autonomía 414
49. El derecho a la imagen en el CCyC 415
a) Exégisis 415
b) Algunas precisiones sobre el consentimiento 416
c) Acontecimientos de interés público o desarrollados en público 416
X. El derecho al honor 417
50. Concepto de honor 417
51. La protección al honor en el CCyC 417
52. El derecho al honor y la difusión de noticias 418
a) Planteo de la cuestión 418
b) Jurisprudencia 418
c) El factor de atribución. La doctrina de la real malicia 419
53. El honor de las personas jurídicas 420
XI. El derecho a la identidad personal 421
54. Concepto 421
55. Ámbito de vigencia. Evolución 422

56. El derecho a la identidad en el Derecho Argentino 422
57. El derecho a la identidad en el Derecho Argentino y en los Tratados Internacionales 422
a) La Convención de los Derechos del Niño 422
b) La ley 26.061 423
58. El derecho a la identidad en el CCyC 423
59. El derecho a la identidad y el derecho a no conocer. Conflictos 423
XII. El derecho de réplica, rectificación o respuesta 424
60. Concepto 424
61. Requisitos de procedencia y modo de ejercicio 425

CAPÍTULO XIV

EXTINCIÓN DE LA PERSONA HUMANA

I. Introducción. Efectos 427
II. La muerte 428
1. Muerte biológica y su diferencia con la muerte civil 428
2. Concepto médico 429
3. La determinación de la muerte en la Ley de Trasplantes 429
4. La comprobación de la muerte 430
5. Conmoriencia 432
III. La ausencia 433
6. Concepto 433
7. Elementos y finalidad de declaración de ausencia 434
8. Personas legitimadas para instar el procedimiento 435
9. Juez competente 435
10. Procedimiento 435
11. Sentencia y designación del curador 436
12. Funciones del curador 436
13. Conclusión de la curatela 437
IV. Presunción de fallecimiento 437
14. Introducción. Diferencias con la muerte 437
15. Procedimiento de la declaración del fallecimiento presunto ... 438
16. Caso ordinario 438
17. Caso extraordinario genérico 439

18. Caso extraordinario específico 440
19. Personas legitimadas. Juez competente 440
20. Extremos que deben probarse 441
21. Representación del ausente. Curador de los bienes 442
22. Publicidad legal 442
23. Sentencia. Día presuntivo del fallecimiento 443
24. Día presuntivo del fallecimiento 443
25. Efectos de la sentencia 444
26. Entrega de los bienes. Inventario 444
27. Prenotación 445
28. Reaparición del ausente 446
a) Reaparición durante el período de prenotación 446
b) Presentación en el período de dominio pleno 447
29. Efectos personales de la reaparición 447

CAPÍTULO XV

LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. Introducción 449
1. La necesidad de construir un sujeto de derecho distinto del hombre 449
2. Terminología y definición legal 449
3. Doctrinas sobre la personalidad jurídica de los entes 450
a) Teoría de la ficción 450
b) Teorías realistas 450
c) Teorías negatorias 451
d) Teorías jurídicas 451
e) Criterios actuales 451
II. Conceptos fundamentales 452
4. Capacidad de las personas jurídicas 452
a) Principio de especialidad 452
b) Capacidad de las personas jurídicas para ser titular de derechos extrapatrimoniales 453
5. El comienzo de la existencia 454
6. La personalidad diferenciada 455
7. Régimen legal aplicable 456

8. La inoponibilidad de la personalidad jurídica 457
a) Formulación de la idea 457
b) Formulación legislativa 458
c) Los supuestos que habilitan la inoponibilidad de la personalidad 459
d) A quiénes se imputa la actuación de la persona jurídica 459
e) La protección a terceros de buena fe y la responsabilidad personal de quienes abusaron del ente 460
III. La clasificación de las personas jurídicas 460
9. El actual criterio de distinción 460
10. Las personas jurídicas públicas 461
11. Las personas jurídicas privadas 463
a) Las sociedades 464
b) Las asociaciones civiles 464
c) Las simples asociaciones 464
d) Las fundaciones 464
e) Las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas 464
f) Las mutuales 465
g) Las cooperativas 465
h) Los consorcios de propiedad horizontal 466
i) Criterio residual 467
12. Los que no son personas jurídicas 467
13. Contratos asociativos 468
IV. Los atributos de la personalidad 468
14. El nombre 468
a) Exigencia del nombre. Cómo se forma 468
b) Límites a la libertad de elección 469
c) Nombre de personas físicas designando personas jurídicas 469
d) Mutabilidad 469
e) Nombre comercial 469
15. El domicilio 470
a) Domicilio y sede social 470
b) Notificaciones judiciales 470
c) Sucursales 471
16. Patrimonio 471

17. Nacionalidad 472
V. Efectos de la personalidad 472
18. Duración 472
19. Objeto 473
VI. Normas de funcionamiento 473
20. Las reuniones no presenciales 473
21. El interés contrario 474
22. Obstáculos para tomar decisiones. Medidas urgentes 475
VII. La responsabilidad de la persona jurídica 476
23. Método legislativo. Principio general de responsabilidad de la persona jurídica 476
24. Responsabilidad contractual 476
25. Responsabilidad extracontractual 476
a) Personas que comprometen la responsabilidad de la persona jurídica 477
b) Presupuestos 477
c) Relación entre las funciones y el daño causado 477
VIII. Responsabilidad de los administradores 478
26. Principio general 478
27. Extensión. Factor de atribución 479
IX. Transformación, fusión y escisión 480
28. Previsión legal 480
29. Consentimiento de los miembros 481
30. Supuestos particulares 481
X. Disolución 481
31. Noción 481
32. Supuestos legales 482
XI. Revocación de la autorización para funcionar 484
33. Noción 484
34. Causas 484
XII. La prórroga y la reconducción 484
35. Prórroga 484
36. Reconducción 485
37. Liquidación 485

CAPÍTULO XVI

ASOCIACIONES CIVILES Y FUNDACIONES

I. Introducción 489
1. La importancia del tercer sector y las organizaciones no gubernamentales 489
II. Las asociaciones civiles 491
2. La libertad de asociación 491
3. Concepto 491
4. Distintas clases de asociaciones 492
5. El objeto 493
a) Regla general 493
b) Qué es el interés general y el bien común. Criterio de apreciación 493
c) El lucro 494
d) Lucro para terceros 495
6. Constitución 495
a) Forma 495
b) Autorización estatal 495
c) Inscripción 496
d) Control permanente 496
e) Requisitos del acto constitutivo 496
7. Los órganos de gobierno 498
a) Derechos de los miembros a participar en los órganos de gobierno 499
b) El órgano deliberativo: La asamblea 499
c) El órgano ejecutivo. La comisión directiva 500
d) El órgano de fiscalización. Sindicatura o comisión revisora de cuentas 501
e) El órgano disciplinario. Tribunal de disciplina o tribunal de honor 502
8. Derechos y deberes de los miembros 502
9. El poder disciplinario 503
10. Responsabilidad de los miembros y de los directivos 505
a) Irresponsabilidad de los miembros 505
b) Responsabilidad de los administradores 506
11. Disolución y liquidación 506

12. Régimen legal supletorio 507
III. Las simples asociaciones 507
13. Concepto 507
14. Acto constitutivo y ley aplicable 508
15. Prescindencia del órgano de fiscalización 509
16. Responsabilidad de los miembros y administradores 509
17. Simples asociaciones de hecho 510
IV. Las fundaciones 511
18. Concepto preliminar 511
19. Breve revisión histórica 511
20. Definición legal 513
21. Caracteres 513
22. El acto fundacional 515
a) Constitución por actos entre vivos 515
b) Constitución *mortis causa* 516
23. El contenido del estatuto 516
a) La identificación de los fundadores 516
b) Nombre y domicilio de la fundación 517
c) Determinación del objetivo 517
d) Patrimonio inicial 517
e) Plazo de duración 518
f) Organización del Consejo de Administración 518
g) Cláusulas atinentes al funcionamiento de la entidad 518
h) Procedimiento y régimen para la reforma del estatuto 518
i) Fecha de cierre del ejercicio anual 519
j) Régimen de disolución, liquidación y destino de los bienes 519
k) Plan trienal de actividades 519
24. Los órganos de gobierno 520
a) El Consejo de Administración 520
b) El Comité Ejecutivo 521
c) Otros posibles órganos de la fundación 521
d) Su funcionamiento y régimen de reuniones 522
25. Los beneficiarios 522
26. El cambio de objeto y la imposibilidad de cumplimiento 523

CAPÍTULO XVII

EL OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

I. Conceptos generales 525
1. El objeto de la relaciones jurídicas 525
2. Metodología del CCyC 525
3. Concepto legal de bienes y cosas 525
a) En el Código de 1869 525
b) En el CCyC 526
II. Clases de cosas. Inmuebles y muebles 527
4. Cosas inmuebles 527
a) Cosas inmuebles por naturaleza. Definición legal 527
b) Inmuebles por accesión. Definición legal 527
c) Cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario 528
d) Importancia de la distinción 529
5. Cosas muebles 530
a) Muebles por su naturaleza 530
b) Semovientes y locomóviles 530
c) Registrables y no registrables 530
6. Régimen de adquisición y transmisión del dominio y demás derechos reales 531
a) El sistema de título y modo 531
b) Sistemas especiales 532
7. Otras diferencias de régimen entre muebles e inmuebles 533
a) Ley aplicable 533
b) Forma de los actos jurídicos 534
c) Garantías reales 534
d) Adquisición por prescripción 534
III. Otras clasificaciones de las cosas 535
8. Fungibles y no fungibles 535
9. Cosas consumibles y no consumibles 535
10. Cosas divisibles e indivisibles 536
a) Concepto 536
b) Limitaciones a la divisibilidad 536
c) Importancia 536

11. Cosas principales y accesorias 536
a) Concepto 536
b) Importancia 537
12. Frutos y productos 537
a) Concepto 537
b) Distintas clases de frutos 538
c) Régimen 538
13. Bienes dentro y fuera del comercio 539
a) Definiciones legales 539
b) Limitaciones convencionales a la división del condominio 539
c) Derechos inenajenables 539
d) Importancia de la clasificación 540
IV. El dinero 540
14. Introducción 540
15. Concepto de dinero 541
16. Concepto de moneda 541
17. Relaciones entre el dinero y la moneda 541
18. Curso legal y curso forzoso 541
a) Curso legal 542
b) Curso forzoso 542
19. Los valores de la moneda 542
a) Valor intrínseco 542
b) Valor nominal 542
c) Valor de cambio 543
20. Nominalismo y valorismo 543
a) Nominalismo 543
b) Valorismo 543
c) Distinción entre obligaciones de dinero y de valor 544
d) El valorismo en la jurisprudencia argentina 544
e) Crítica del valorismo 544
21. Nominalismo y obligaciones de valor en el CCyC 545
22. Retorno al nominalismo: La ley 23.928 546
a) Principio general 546
23. Contratación en moneda extranjera 547
a) Antes del CCyC 547
b) Contratación en moneda extranjera en el CCyC 547

V. Los títulos valores 548
24. Concepto 548
25. Metodología del CCyC 549
26. Caracteres fundamentales 549
a) Incorporación 549
b) Literalidad 550
c) Autonomía 550
d) Abstracción 550
e) Legitimación 550
VI. Clasificación de los bienes en relación a las personas 551
27. Criterios clasificatorios 551
28. Dominio público 551
a) Concepto 551
b) Naturaleza 551
c) Atribución del dominio público 551
d) Caracteres 552
e) Enumeración 552
29. Dominio privado del Estado. Concepto y caracteres 552
30. Bienes de los particulares 553
31. Aguas de los particulares 553

CAPÍTULO XVIII

EL PATRIMONIO

I. Patrimonio. Conceptos generales 555
1. Ausencia de definición legal 555
2. Integración del patrimonio 555
3. Bienes y cosas 556
4. Derechos sobre el cuerpo humano 556
5. Derechos de las comunidades indígenas 556
6. Funciones de la noción de patrimonio 557
a) Función de garantía; regla general 557
b) Texto legal 558
II. Caracteres del patrimonio. LA cuestión de la unidad y necesidad . 558
7. El patrimonio como atributo de la personalidad 558
8. Objeciones 559

III. Los patrimonios especiales 559
9. Concepto e importancia actual 559
a) Caracteres 560
b) Casos o supuestos de patrimonios especiales en el derecho vigente 560
IV. Los derechos patrimoniales 561
10. Introducción 561
11. Los derechos reales 561
a) Definición legal 561
b) Definición en la doctrina 562
c) Elementos 562
d) Los principios sobre los cuales se funda la regulación de los derechos reales 562
(i) El principio del número cerrado 562
(ii) El principio de convalidación 563
(iii) Efecto absoluto de los derechos reales 563
(iv) La regulación imperativa 564
(v) La publicidad de los derechos reales 564
12. Los derechos personales o creditorios 564
a) Concepto 564
b) Elementos 565
c) Libertad de creación 565
d) Efecto relativo 565
13. Diferencias de régimen entre los derechos reales y personales 566
a) Rol de la voluntad individual 566
b) Determinación del sujeto pasivo 566
c) Ventajas propias de los derechos reales 566
d) Nacimiento y extinción por prescripción 567
14. Los derechos intelectuales 567
a) Concepto 567
b) Especies 567
c) Naturaleza. Diferencias con los derechos reales 568
d) El derecho moral del autor 568
e) Legislación argentina 569
V. El patrimonio como prenda común de los acreedores 569
16. Recepción legislativa 570

17. Consecuencias 570
18. Distintas clases de créditos 571
a) El principio de igualdad de los acreedores 571
b) Créditos quirografarios 571
c) Créditos privilegiados 571
d) Créditos con garantía real 572
19. Efectos de la regla de la prenda común 572
a) Medidas precautorias 573
b) Medidas ejecutivas 573
c) Acciones integrativas 574
d) Ejecución colectiva 574
20. Acciones integrativas 574
a) Acción directa 574
b) Acción subrogatoria 575
c) Acción de simulación 576
d) Acción revocatoria 576
21. La ejecución colectiva. Antecedentes históricos 576
21. Bienes excluidos de la agresión de los acreedores 577
a) Principio general 577
b) Enumeración legal de los bienes excluidos de la agresión de los acreedores 578
c) Carácter de la enumeración 578
d) Regla del Código Procesal 579
22. Bienes afectados a un servicio público 579
22. Vivienda protegida 580
a) Introducción 580
b) Finalidad de la protección 580
c) Vivienda que se puede afectar 580
d) Legitimados 581
e) Beneficiarios 581
f) Efectos 582
g) Otros efectos 582
h) Subrogación real 583
i) Desafectación 583

CAPÍTULO XIX

LOS HECHOS JURÍDICOS

I. Hechos jurídicos 585
1. Concepto 585
a) Hechos y hechos jurídicos 585
b) Metodología del CCyC 585
2. Definición legal 586
a) Texto 586
b) Fuente 586
3. Análisis de la definición: acontecimientos 586
4. Análisis de la definición: relaciones y situaciones jurídicas 586
5. Autonomía de los efectos respecto de la voluntad de las personas 587
II. Clasificación de los hechos jurídicos 587
6. Según el agente: naturales y humanos 587
a) Criterio de distinción 587
b) Hechos de la naturaleza de los que "participa" el hombre 588
c) Criterio de la doctrina 588
7. Actos voluntarios e involuntarios 588
8. Actos lícitos e ilícitos 589
9. Simples actos lícitos 589
10. Otras clasificaciones de los hechos jurídicos 590
a) Hechos simples y complejos 590
b) Simultáneos y sucesivos 590
c) Constitutivos, extintivos e impeditivos 591
d) Importancia 591
III. Actos voluntarios 591
11. Concepto legal 591
12. Actos involuntarios 592
13. Los elementos del acto voluntario 592
IV. Elementos internos 592
14. El discernimiento 592
15. Causas que obstan al discernimiento. Introducción 593
a) La minoridad 593

b) La privación de la razón 593
(i) Sujetos comprendidos 593
(ii) Actos lícitos 594
(iii) Actos ilícitos 594
16. Intención 594
a) Concepto 594
b) Vicios que afectan la intención 594
c) Prueba de la intención 595
17. La libertad 595
a) Concepto 595
b) Vicio que afecta la libertad 595
c) Restricciones a la libertad. Principio general 595
V. Elemento externo de los actos voluntarios 596
17. La manifestación de voluntad 596
a) Concepto 596
b) Recaudos de la manifestación de la voluntad 596
18. Importancia de la manifestación de voluntad 597
19. Cómo se manifiesta la voluntad 597
20. Declaración tácita 598
a) Texto legal 598
b) Ámbito de las declaraciones tácitas 598
c) Condiciones negativas 598
21. El silencio como manifestación de voluntad 599
a) Texto legal 599
b) Regla general 599
c) Concepto de silencio 599
d) Excepciones legales 599
e) Otros casos de manifestación por el silencio 601
22. Declaraciones recepticias y no recepticias 601
a) Concepto 601
b) Momento en que se perfeccionan 601
VI. Relevancia de los elementos internos y externos 602
23. Planteamiento de la cuestión 602
a) La exposición tradicional 602
b) La exposición actual 603
c) Importancia del tema 603

24. Teoría de la voluntad 604
a) Exposición 604
b) Consecuencias 604
c) Crítica 604
25. Teoría de la declaración 605
a) Exposición 605
b) Consecuencias y crítica 606
26. Teorías intermedias 606
27. Sistema del CCyC 607
VII. Actos ilícitos y actos involuntarios 607

CAPÍTULO XX

LOS ACTOS JURÍDICOS

I. Introducción 609
1. Noción 609
2. Doctrina General del acto o negocio jurídico 609
a) Origen 609
b) Importancia 610
3. Terminología 610
4. Caracteres 610
a) Acto voluntario 610
b) Acto ilícito 611
c) Acto con una finalidad jurídica 611
5. Distinción con los simples actos lícitos 611
a) Noción de simple acto lícito: remisión 611
b) La finalidad como criterio distintivo 612
c) Importancia de la distinción 612
6. Acto jurídico y autonomía de la voluntad 612
7. Elementos del negocio jurídico. Enumeración 613
II. Elementos del negocio jurídico: La voluntad 613
8. Introducción 613
9. Concepto de parte 614
10. Otorgante 614
11. Representante 614
a) Noción introductoria 614

b) Clases de representación 615
c) Representación y asistencia 615
d) Representación de los incapaces. Remisión 615
e) Extensión y límites de la representación 616
f) Representación voluntaria 616
(i) Actos comprendidos 616
(ii) Forma 618
(iii) Capacidad 618
(iv) Pluralidad de representantes y de representados 618
(v) Vicios 619
(vi) Ratificación 619
(vii) Acto consigo mismo 620
(viii) Representación aparente 620
(ix) Sustitución 621
(x) Extinción de la representación 621
(xi) Poderes irrevocables 622
(xii) Poder que no se extingue por la incapacidad 622
11. El requisito de capacidad del sujeto 623
a) Presupuesto del negocio jurídico 623
b) Regla legal 623
12. El requisito de determinación del sujeto 623
III. El objeto del negocio jurídico 624
13. Concepto 624
a) Introducción 624
b) El objeto del acto jurídico: distinción con otros conceptos 624
14. Principios de libertad de elección del objeto 624
15. Qué puede ser objeto 625
a) Hechos y bienes 625
b) La persona 625
c) El cuerpo humano 625
16. Requisitos del objeto: Art. 259 CCyC 626
a) El texto legal 626
b) *Aplicación de los requisitos negativos a las cosas y los hechos* 627
17. Requisitos comunes a los hechos y bienes 627
a) Posibilidad 627

b) Determinabilidad 627
18. Los bienes prohibidos 628
a) Bienes que están especialmente prohibidos 628
19. Los hechos imposibles 629
20. Los hechos prohibidos 629
21. Los hechos contrarios a la moral y buenas costumbres 629
a) Doctrina que identifica moral y buenas costumbres con los preceptos de la religión católica 629
b) Doctrina sociológica 630
c) Adecuación con el art. 19 CN 630
d) Aplicaciones 630
22. Hechos lesivos para terceros 631
23. Hechos que afectan la dignidad personal 631
24. Efectos del negocio jurídico de objeto prohibido 632
a) Regla general 632
b) Convalidación 632
IV. La causa 632
25. Acepciones de la palabra causa 632
26. Planteo del problema de la causa como elemento del negocio jurídico 633
a) Noción de causa de la que tratamos 633
b) Causa y autonomía de la voluntad 633
27. Doctrinas sobre la causa 634
a) La doctrina clásica 634
b) El anticausalismo 635
c) Neocausalismo 636
d) Avances posteriores 637
e) Dualismo 637
(i) Causa final objetiva 637
(ii) Causa final subjetiva 638
f) Funciones 638
28. La causa en el derecho argentino 638
a) Definición 638
b) Los motivos 639
c) Presunción de causa 639
d) Superposición con otras disposiciones 639

29. Aplicaciones prácticas 639
a) Institutos en los que subyace la idea de causa final 639
(i) Causa subjetiva en la etapa genética del contrato 639
(ii) Causa objetiva en la etapa genética 640
(iii) Causa objetiva en la etapa funcional del negocio 640
b) Defectos de la causa (falta de causa, falsa causa, ilicitud y frustración) 640
(i) Exposición de la cuestión 640
(ii) Falta de causa 641
(iii) Falsa causa 642
(iv) Causa ilícita 642
(v) Aplicaciones judiciales de la causa ilícita 642
(vi) Frustración de la causa 643
(vii) Efectos 644
30. Los actos abstractos 644
a) Concepto 644
b) Consecuencias de la abstracción 645
c) Importancia de la categoría 645

CAPÍTULO XXI

EL NEGOCIO JURÍDICO (CONTINUACIÓN)

I. Efectos de los negocios jurídicos 647
1. Distinción entre efectos objetivos y subjetivos 647
2. Efectos objetivos 647
3. Efectos subjetivos 647
4. Principio general 648
a) Con relación a las partes 648
b) Con relación a los sucesores de las partes 648
c) Qué se transmite: derechos intransmisibles 648
d) El alcance de la transmisión: el principio *nemo plus iuris* 649
e) Excepciones al principio *nemo plus iuris* 649
5. Los terceros 650
a) Terceros interesados y no interesados 650
b) Regla sobre efectos 651
c) Excepciones 651

d) Repercusiones respecto de los terceros interesados 651
e) Derechos de los terceros interesados 652
f) Oponibilidad e inoponibilidad de los negocios 652
II. Interpretación de los negocios jurídicos 653
6. Concepto 653
7. Objeto de la interpretación 653
8. Interpretación e integración 654
9. Interpretación de los negocios bilaterales: Principios generales 654
a) Carácter recepticio de las declaraciones 654
b) Cuándo es necesaria la interpretación 655
c) *Quid* del contrato "claro" 655
d) Necesidad de practicarla conforme a un módulo normativo y objetivo 655
10. Reglas y medios (o fuentes) de interpretación de los negocios bilaterales 656
11. Reglas fundamentales 656
a) La buena fe 656
b) Derivaciones de la buena fe 656
c) El fin económico del negocio 657
d) El negocio jurídico como un todo 657
12. Fuentes de la interpretación 658
a) La conducta de las partes 658
b) Las circunstancias del negocio 658
13. Otras reglas 658
a) Principio de conservación 658
b) Protección de la confianza: doctrina de los actos propios 659
c) El favor *debitoris* 659
14. Interpretación de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas 659
15. Interpretación de los contratos de consumo 660
16. Interpretación de los actos unilaterales 660
a) Testamento 660
b) Otros actos jurídicos unilaterales 661
III. Clasificación de los negocios jurídicos 661
17. Supresión de las clasificaciones del Código 661
18. Clasificación de los contratos 662

19. Algunas clasificaciones de los negocios jurídicos 662
a) Unilaterales y bilaterales 662
b) Negocios entre vivos y *mortis causae* 663
c) Negocios patrimoniales y no patrimoniales 663
d) Negocios de disposición, de obligación, de administración y de conservación 664
(i) Negocios de administración y de disposición 664
(ii) Negocios de conservación 665
(iii) Negocios de administración ordinaria y extraordinaria 665
e) Negocios onerosos y gratuitos 666
f) Negocios simples y complejos o modales 666
g) Negocios formales y no formales. Remisión 667
h) Negocios indirectos 667
(i) Caracterización 667
(ii) *Quid* de la autonomía conceptual de los negocios indirectos 667
(iii) Negocios fiduciarios 668
20. Negocio jurídico familiar 669

CAPÍTULO XXII

LA FORMA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

I. Conceptos y clasificaciones 671
1. Forma esencial. Concepto 671
2. La forma como elemento del negocio jurídico 671
3. Historia y evolución del formalismo en el derecho. Ventajas e inconvenientes 672
a) Sistemas antiguos: evolución 672
b) El neoformalismo 672
c) Ventajas e inconvenientes del formalismo 673
4. Principio de libertad de formas 673
5. Forma y prueba 674
a) Concepto y función de la prueba 674
b) Breve diferenciación entre "medios" y "modos" de prueba 674
c) Duda sobre la forma exigida 675
d) Casos de forma solemne y probatoria 675

6. Forma esencial y forma impuesta 676
a) Concepto 676
b) Forma legal y forma convencional 677
7. Clasificación de los actos jurídicos en relación a sus formas 677
8. Actos formales y no formales 677
a) Concepto 677
b) Ejemplificación 678
c) *Quid* del art. 1019 678
9. Negocios jurídicos solemnes y formales no solemnes 678
a) Concepto de negocios formales solemnes 679
b) Concepto de negocios formales no solemnes 679
c) Fundamento de la exigencia de solemnidades 679
d) Ejemplificación 680
10. Negocios de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa y formales no solemnes 680
11. Efectos del incumplimiento de las formalidades 680
12. La conversión del negocio jurídico: art. 285 681
a) Concepto 681
b) Obligación que emana de la conversión 681
II. Documento e instrumento 682
13. Nociones introductorias 682
a) Conceptos y relación 682
b) Elemento material (soporte) 682
14. Clasificación de los instrumentos 682
a) Instrumentos particulares y públicos en el Código de Vélez 682
b) El régimen del CCyC 683
c) Ejemplos de cada categoría 684
15. Autonomía del instrumento frente al negocio jurídico 684

CAPÍTULO XXIII

INSTRUMENTOS PÚBLICOS

I. Introducción 687
1. Concepto 687
a) Noción introductoria 687

b) *Quid* de la intervención del oficial público 687
c) Finalidad 688
2. Fe pública y autenticidad 688
a) Noción de fe pública 688
b) Importancia 688
c) Clases 689
3. Enumeración legal 689
a) Su carácter 689
b) Análisis del texto legal 689
(i) Las escrituras públicas y sus copias o testimonios 690
(ii) Los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes 690
(iii) Los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión 690
4. Otros instrumentos públicos 690
a) Son también instrumentos públicos 690
b) Actuaciones administrativas 691
c) Documentos extranjeros 691
II. Requisitos de validez 692
5. Actuación del un oficial público 692
a) Regla general 692
b) Quiénes son 692
c) Designación 693
d) Requisitos comunes 693
e) Requisitos particulares para cada cargo 693
6. Acto otorgado por no tiene derecho a la función (funcionario de hecho) 694
7. Funcionario incompetente en razón del territorio 694
8. Otras hipótesis 694
9. Acto autorizado por no puede ejercer la función con relación a determinadas personas 695
10. Funcionario competente 695
a) Competencia en razón de sus atribuciones. Competencia en razón de la materia 696
b) Competencia en razón del territorio 696

c) Prórroga de la competencia 697
d) Libre circulación de documentos notariales 697
11. Requisitos legales. Enumeración 697
12. La firma de todos los interesados y del oficial público 698
a) Texto legal 698
b) Excepciones 698
c) Firma de los interesados 698
13. Los testigos 699
a) Tipos de testigos 699
b) Supuestos en que se exige la presencia del testigo instrumental 700
14. Habilidad del testigo 700
a) Inc. a). "Las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos" 701
b) Inc. b). "Los que no saben firmar" 701
c) Inc. c). "Los dependientes del oficial público" 701
d) Inc. d). "El cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público, dentro del cuarto grado y segundo de afinidad" 701
e) Párrafo final del art. 295. Error común sobre la idoneidad 702
f) Otros supuestos 702
15. Otras formalidades 702
III. Fuerza probatoria 702
16. Presunción de autenticidad 702
17. Principio general en materia probatoria 703
18. Hechos cumplidos por el oficial público o en su presencia 703
19. Manifestaciones de las partes. Cláusulas dispositivas 704
20. Meras enunciaciones 705
IV. Impugnabilidad del contenido 705
21. La denominada redargución de falsedad 705
22. Distintos tipos de falsedad 705
a) Falsedad material 706
b) Falsedad ideológica 706
23. Vía procesal 706
24. Distinciones que corresponde hacer entre los diversos contenidos del instrumento público 707

25. Prohibición de declarar contra la validez del acto 707
26. Nulidad del instrumento público 707
27. Conversión del instrumento público viciado 708
V. Las escrituras públicas 709
28. Concepto 709
29. Escribano o funcionario autorizado 710
a) Escribano 710
b) Otros funcionarios 710
30. El protocolo 710
a) Concepto 710
b) Reglas sobre el Protocolo 711
31. La escritura matriz 712
32. Requisitos. Análisis 712
a) Deben efectuarse en el protocolo 713
b) Deben estar ordenadas en forma cronológica 713
c) Intervención personal del Escribano 713
d) Calificación del acto por el escribano 713
e) Nombre de las partes 715
f) Capacidad de los otorgantes 715
g) Estado civil 715
h) Domicilio 716
i) Debe consignar el objeto del acto instrumentado 716
j) Concluido el acto debe leerse la escritura a las partes 716
k) Utilización de abreviaturas y números 717
l) Deben salvarse los errores de escritura 717
m) Firma por los otorgantes, escribanos y testigos 717
n) Identidad de los otorgantes 718
33. Idioma 718
a) Regla general 718
b) Escritura redactada en idioma extranjero 718
c) Otorgantes que no conocen el idioma nacional 719
34. Otorgamiento por personas con discapacidad auditiva 720
VI. Las partes de la escritura 720
35. El encabezamiento 720
36. La identificación de las partes 720
37. La exposición 721

a) Contenido ... 721
b) El "le corresponde" ... 721
38. La declaración de voluntad o estipulación ... 721
39. El pie o cierre ... 722
a) Contenido ... 722
b) La firma ... 722
c) Firma por otro ... 722
40. Los testigos facultativos ... 723
41. Principio de unidad del acto ... 723
42. Procuraciones y documentos habilitantes ... 724
a) Noción ... 724
b) Tratamiento de la procuración y documentos habilitantes en la escritura ... 724
43. Protocolización. Concepto ... 725
a) Protocolización a pedido de parte ... 725
b) Supuestos en que la ley exige protocolizar ... 726
44. Copias y segundas copias ... 726
a) Primer testimonio ... 726
b) Copia simple ... 727
c) Forma ... 727
d) Segunda copia ... 727
e) Valor de las primeras o segundas copias ... 728
f) Destrucción de la escritura matriz ... 728
45. Nulidad de la escritura por vicio de forma ... 729
46. Responsabilidad del notario por la nulidad ... 730
47. Las actas notariales ... 730
a) Requisitos de las actas notariales ... 731
b) Valor probatorio ... 731
VII. La organización del notariado ... 732
48. El carácter de funcionario público. La estructura local ... 732
a) Distintos sistemas ... 732
b) ¿Es el escribano un funcionario público? ... 732
49. Requisitos para desempeñarse como escribano público ... 733
a) Recaudos generales ... 733
b) Inhabilidades e incompatibilidades ... 733
50. Clases de escribanos ... 734

a) Escribanos de registro ... 734
b) Escribanos adscriptos ... 734
c) Escribanos interinos, subrogantes y autorizados ... 734
d) Escribanos especiales ... 735
51. Funciones y deberes ... 735
a) Atribuciones de los escribanos en general ... 735
b) Atribuciones de los escribanos de registro y adscriptos ... 735
c) Deberes ... 736
d) Responsabilidad ... 737
52. Organización y control de la matrícula ... 737
a) Tribunal de Superintendencia ... 737
b) Colegio de Escribanos ... 737

CAPÍTULO XXIV

INSTRUMENTOS PRIVADOS

I. Introducción ... 739
1. Concepto de Instrumento. Diferencia con documento ... 739
2. Clasificación de los instrumentos ... 740
3. Concepto de instrumento privado y distinción del instrumento público ... 740
a) Terminología ... 740
b) Criterio de distinción ... 740
4. El principio de libertad de formas e instrumento privado ... 741
a) Concepto ... 741
b) Aplicación práctica ... 741
c) Supuestos especiales ... 742
II. El soporte del instrumento ... 742
5. Noción ... 742
6. Distintos tipos de soportes en la actualidad ... 743
a) Clasificación ... 743
7. Presupuesto de la escritura. Su actualidad ... 744
8. El tiempo hábil para la instrumentación bajo forma privada ... 745
III. Requisitos de validez del instrumento privado ... 745
9. Enumeración ... 745
10. La firma. Concepto ... 745

a) Exigencia legal 745
b) Noción 746
c) Reconocimiento de la firma obligatoriedad y efectos 746
11. Caracteres 747
a) Ser ológrafa 747
b) Manifestaciones de individualidad 748
c) Exclusiva 748
d) Habitual 748
e) Expresión de voluntad 748
f) La cuestión del lugar en que debe firmarse 749
g) Deformación voluntaria de la propia firma 749
12. Funciones 749
13. La firma digital 749
a) Noción 749
14. La Ley de Firma Digital, documento digital y firma electrónica 750
a) Ley 25.506 750
b) Firma digital. Definición legal. Documento digital. Firma electrónica 751
c) Función de la firma digital 751
d) Función del documento digital 752
e) Hipótesis excluidas de firma digital 752
f) Eficacia del documento digital que contiene un acto excluido 752
g) Requisitos de eficacia de la firma digital 752
h) Originales 753
i) Conservación de documentos 753
j) Reglamentación 753
k) El correo electrónico, e-mail o "mail" 753
15. La impresión digital 754
a) Regulación en el CCyC 755
16. La firma a ruego 756
a) Concepto y ámbito de aplicación 756
b) Supuestos en que no es admitida 756
17. Conclusión sobre el punto 756
18. Validez de los instrumento sin firma 756
a) Planteo 756

b) Sobre la imputación de autoría 757
c) Sobre la demostración de voluntad 757
d) La regulación en el CCyC 757
19. El doble ejemplar. Concepto 758
a) Fundamento legal y caracteres de la exigencia del doble ejemplar en el régimen del Código Civil precedente 758
b) Proyectos de reforma 759
c) El CCyC 759
20. Instrumentos particulares no firmados 759
IV. Requisito de oponibilidad 760
21. La fecha cierta 760
a) Concepto 760
22. Utilidad y efectos 760
23. Modos de adquirir fecha cierta 760
a) Entre las partes y sucesores universales 760
b) Fecha cierta respecto de terceros en el CCyC 761
V. Instrumentos privados firmados en blanco 761
24. Fuerza probatoria 761
a) Concepto de firma en blanco 761
b) Documento suscripto por un ciego 762
25. Naturaleza jurídica del otorgamiento de firma en blanco 762
26. Hasta cuándo puede llenarse el instrumento 762
27. Valor probatorio del instrumento firmado en blanco 762
28. Impugnación por haberse llenado con abuso de confianza. Prueba 763
29. Inoponibilidad de la impugnación frente a terceros de buena fe 763
30. Sustracción del instrumento firmado en blanco de la persona que lo ha recibido 764
a) La norma y los supuestos que contempla 764
b) Prueba y hechos a probar 764
c) Efecto de la impugnación frente a terceros de buena fe 765
VI. Correspondencia 765
31. Concepto 765
32. Inexigibilidad de la firma 766
33. Su propiedad 766
a) Propiedad de la carta misiva 766

b) Fuente 789
17. Examen de las acciones dolosas 789
18. Omisión dolosa 790
19. Finalidad del dolo 791
20. Clasificaciones del dolo 791
a) Dolo directo e indirecto 791
b) Dolo esencial y dolo incidental 792
21. Dolo esencial. Condiciones que debe reunir 792
a) Texto legal 792
b) Dolo grave 792
c) Dolo determinante 792
d) Que cause un daño importante 793
e) Que no sea recíproco 793
22. Dolo proveniente de un tercero 793
23. Efectos del dolo principal 793
24. Dolo incidental 794
a) Concepto 794
b) Recaudos que debe reunir el dolo incidental 794
25. Prueba del dolo 794
VI. Violencia 795
26. Formas de coerción comprendidas 795
27. Requisitos que debe reunir las amenazas 795
a) Amenazas 795
b) Mal inminente y grave 796
c) Apreciación de la gravedad de la amenaza 796
d) En la persona o bienes 797
f) Ser determinante del consentimiento 797
28. Efectos del vicio violencia 797
29. Violencia ejercida por un tercero 798
30. Temor reverencial 798
VII. Prescripción de las acciones de nulidad por vicios de los actos voluntarios 798
31. Texto legal 798

CAPÍTULO XXVI

LESIÓN

I. Conceptos introductorios 801
1. Concepto preliminar. Antecedentes 801
2. Distintas especies 802
a) Lesión objetiva 802
b) Lesión objetivo-subjetiva 802
3. Naturaleza jurídica 803
4. Diferencias con otras figuras 803
a) Teoría de la imprevisión 803
b) Enriquecimiento sin causa 803
c) Estado de necesidad 803
II. La lesión en el Derecho Civil argentino 804
5. El Código Civil de 1869 804
6. Texto legal 805
7. Fuente 805
8. Actos a los que se aplica 805
III. El art. 332 del Código Civil. Elementos del acto lesivo 806
9. Introducción 806
10. El elemento objetivo 806
a) Concepto 806
b) Momentos en que debe existir y subsistir 807
11. El elemento subjetivo de la víctima 807
a) Necesidad 808
b) Debilidad síquica 808
c) Inexperiencia 809
d) Otros estados subjetivos no contemplados en la norma. Proyecto de 1998 809
12. Elemento subjetivo del lesionante 810
IV. El art. 332 del CCyC. Prueba de la lesión 810
13. Prueba del elemento objetivo 810
14. La presunción del aprovechamiento y la prueba del elemento subjetivo de la víctima. Distintos criterios 810
V. El art. 332 del Código Civil. Sanción del acto lesivo 811
15. Acciones que se conceden a la víctima 811

16. Opción del demandado por lesión 811
17. Titulares de las acciones 812
18. Renunciabilidad de la acción 812
19. Confirmación del acto lesivo 812
20. Prescripción de la acción 813

CAPÍTULO XXVII

LA SIMULACIÓN

I. Ubicación. Elementos. Definición 815
1. Concepto de simulación 815
a) Noción vulgar 815
b) Caracterización legal 815
c) Elementos del negocio simulado 815
d) Definición 816
II. Clasificaciones de los negocios simulados 816
2. Simulación lícita e ilícita 816
a) Texto legal 816
b) Importancia 817
3. Simulación absoluta y relativa 817
4. Simulación por interposición de personas 818
III. Acción de simulación entre las partes del negocio 818
5. Planteo de la cuestión 818
6. Requisitos de admisión de la acción 818
7. Prueba de la acción de simulación entre partes 819
a) Planteo 819
b) Concepto de contradocumento 819
c) Requisitos que debe reunir 819
d) Exigencia del contradocumento 820
8. Prueba de la acción deducida por sucesores universales 820
9. Carga de la prueba 821
10. Valoración de la prueba 821
11. Prueba de la *causa simulandi* 821
IV. Acción de simulación ejercida por terceros 822
12. Legitimación activa 822
13. Legitimación pasiva 822

14. Ejercicio conjunto de las acciones (revocatoria y simulación) 822
15. Prueba de la acción de simulación ejercida por terceros 822
16. Presunciones de hecho 823
a) Presunciones relativas a las personas 823
b) Presunciones relativas al objeto del negocio 824
c) Presunciones relativas a la ejecución del negocio 824
d) Presunciones relativas a la actitud de las partes 824
e) Otras presunciones 825
17. Valoración de la prueba 825
V. Efectos de la declaración de simulación 825
18. Regla general: nulidad del acto 825
19. Efectos frente a terceros 826
a) Respecto de los demás acreedores de las partes del acto simulado 826
b) Respecto de los acreedores del adquirente simulado 826
c) Respecto de subadquirentes 826
VI. Prescripción de la acción de simulación 827
20. Prescripción de la acción ejercida entre las partes del negocio simulado 827
21. Prescripción de la acción ejercida por un tercero 827

CAPÍTULO XXVIII

EL FRAUDE

I. Introducción 829
1. Acepciones de la palabra fraude 829
2. El acto en fraude a los acreedores. Concepto preliminar 830
3. Reacción frente al acto en fraude a los acreedores. Fundamento 830
4. Actos a través de los cuales se defrauda a los acreedores 831
a) Deben ser negocios jurídicos 831
b) Deben ser negocios válidos 831
c) Deben ser negocios positivos o de actuación 831
d) Deben ser negocios de enajenación o que impidan el mejoramiento del patrimonio 831
e) Deben referirse a derechos o intereses patrimoniales 832

f) Puede tratarse de derechos perfectos o no 833
g) Deben causar un perjuicio 833
5. Impugnación y sanción 833
II. La acción revocatoria o pauliana 834
6. Requisitos de procedencia 834
a) Texto legal 834
7. Crédito de fecha anterior al acto impugnado 834
a) Regla general 834
b) Excepción 834
8. Perjuicio para el acreedor 835
a) Qué se entiende por insolvencia 835
b) *Quid* de los actos onerosos 835
9. Perjuicio proveniente de la infracción a la igualdad de los acreedores 836
10. Conocimiento de los efectos del acto 837
11. Legitimados activos 837
a) Texto legal 837
b) Acreedores condicionales y a plazo 838
12. Legitimados pasivos 838
a) Principio general 838
b) Subadquirentes 838
13. Efectos de la acción 839
14. Extinción de la acción 839
15. Responsabilidad del tercero 840
a) Principio general 840
b) Imposibilidad 840
16. Acreedor del adquirente 841
III. El acto en fraude a los acreedores en la quiebra 841
17. Síntesis del régimen concursal 841

CAPÍTULO XXIX

INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

I. De la ineficacia de los actos jurídicos en general 845
1. Introducción 845
2. Eficacia de los negocios jurídicos. Concepto 845

3. Aspecto estático de la eficacia 846
4. Aspecto dinámico de la eficacia 846
5. Validez y eficacia 847
II. Ineficacia del negocio jurídico 847
6. Concepto 847
a) Noción vulgar 847
b) Noción jurídica 847
c) Tipos 847
III. Resolución. Rescisión. Revocación 848
7. Resolución 848
a) Concepto 848
b) Efectos 848
8. Revocación 849
a) Concepto 849
b) Actos a los que se aplica 849
c) Caracteres 849
d) Efectos 849
9. Rescisión 850
a) Concepto 850
b) Clases de rescisión 850
c) Caracteres 850
d) Efectos 851
IV. Ineficacia pendiente 851
10. Concepto 851
11. Supuestos comprendidos 851
a) Actos modales 851
b) Compraventa sujeta a condición suspensiva 852
c) Contratos sobre bienes futuros 852
V. Imposibilidad sobrevenida 852
12. Concepto 852
VI. Inoponibilidad del acto jurídico 852
13. Concepto 852
14. Fundamento 853
15. Regulación. Principales casos 853
16. Comparación de la inoponibilidad con la nulidad 854
a) Tipo de ineficacia 854

b) Relación con la validez 854
c) Causa de la ineficacia 854
d) Momento en el que se constituye el defecto 854
e) Fuente 855
f) Modo de ser invocadas 855
g) Prescripción 855
h) Renunciabilidad 855
i) Legitimados activos 855
j) Saneamiento 856
k) Efectos 856
VII. La denominada inexistencia del acto jurídico 856
17. Concepto 856
VIII. Teoría de la nulidad de los actos jurídicos 857
18. Concepto 857
19. Caracteres 857
a) La nulidad es una sanción (o da paso a una sanción) 857
b) De carácter legal 858
c) Aplica sólo a los actos jurídicos 858
d) Aniquilación de los efectos propios del acto 858
e) Por defectos originarios, orgánicos y esenciales 859
f) A través de un proceso de impugnación y declaración 859
20. La nulidad invocada por vía de acción o de excepción 860
a) La nulidad invocada por vía de acción 860
b) La nulidad invocada por vía de excepción 860
c) Sujeto facultado para invocar la nulidad. Remisión 860
IX. Clasificaciones de las nulidades en el CCyC 860
21. Enunciación de la diversas clasificaciones. Criterios de distinción 860
X. Nulidades absolutas y nulidades relativas 861
22. Criterio de distinción: sentido y gravedad del defecto 861
a) La nulidad absoluta 861
b) La nulidad relativa 862
23. Caracteres y significación de esta clasificación 862
a) De la nulidad absoluta 862
b) De la nulidad relativa 863
24. Declaración de oficio 863

25. Sujetos facultados para invocar la nulidad 863
a) Nulidad absoluta 863
b) Nulidad relativa 864
26. Invocación por el Ministerio Público 865
27. Confirmación del acto 865
28. Prescripción de la acción 865
XI. Nulidades totales y nulidades parciales 865
29. Criterio de distinción. Extensión de la sanción 865
30. Alcance de la nulidad parcial 866
31. La nulidad parcial en los contratos 866
32. La integración del contrato por el juez 867
33. Nulidad parcial en los testamentos 868
XII. Efectos de la nulidad de los actos jurídicos 868
34. Planteo 868
35. Principio general 868
a) Texto legal 868
b) Alcance 869
c) Efecto primordial 869
d) Excepciones 869
36. Efectos de la nulidad entre las partes del acto inválido. Planteo 870
a) Negocio jurídico no ejecutado 870
b) Negocio jurídico ejecutado 870
c) Nulidad del acto otorgado por un incapaz 871
37. La obligación de reparar el daño 871
38. Efectos de la sentencia de nulidad en relación a los terceros 872
a) Planteo 872
b) Principio general 872
c) Requisitos para que opere la protección del art. 392 873
d) Buena fe 874
e) Qué es el estudio de títulos 874
f) Prueba de la buena fe 875
g) No concurrencia de alguno de los recaudos 875
39. *Quid* de las transmisiones de *non domino* 875
XIII. Conversión y confirmación del negocio inválido 876
40. Nociones introductorias 876

a) Ratificación 876
b) Conversión 876
c) Prescripción liberatoria 877
41. La conversión del negocio jurídico ineficaz 877
a) Texto legal 877
b) Naturaleza 877
c) Requisitos 878
42. Confirmación de los negocios jurídicos inválidos 878
a) Concepto 878
b) Negocios susceptibles de confirmación 878
c) Naturaleza de confirmación 878
d) Recaudos de la confirmación 879
e) Especies de confirmación 879
f) Prueba de la confirmación 880
g) Efectos de la confirmación entre las partes 880
h) Efectos de la confirmación respecto de terceros 880
XIV. Prescripción de la acción de nulidad 881
43. Introducción 881
44. Prescripción de la acción de nulidad relativa 881
a) Regla general 881
b) Desde cuándo se computa el plazo de prescripción 881
c) Prescripción de la excepción de nulidad relativa 882
d) Imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta 882

Bibliografía general 885

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Esta obra tiene su origen en Instituciones de Derecho Civil - Parte General de autoría del Dr. Julio César Rivera, que recibiera en su momento el Premio Academia Nacional de Derecho. Esa obra evolucionó a lo largo de seis ediciones revisadas íntegramente por el autor.

En este Manual el contenido se ha adecuado al nuevo Código Civil y Comercial, lo que a su vez ha requerido la reformulación de todos los capítulos, algunos de ellos de forma prácticamente total.

Los autores reconocen la colaboración del Prof. Diego Fissore en los capítulos XXII, XXIII y XXIV.

CAPÍTULO I

CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y FUNCIÓN ACTUAL DEL DERECHO CIVIL

I. DERECHO CIVIL

1. Distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público

Una obra clásica, la de Ennecerus, comienza con la afirmación indiscutida de que "el Derecho civil es derecho privado"; por lo tanto, antes de ingresar a definir el Derecho civil, parece preciso efectuar algunas consideraciones acerca de las nociones de derecho privado y de derecho público que constituyen los dos grandes sectores en los cuales se divide el derecho positivo, entendido éste como el conjunto de normas jurídicas que rigen en un Estado en un momento determinado.

Es preciso señalar que la división entre derecho público y privado no es esencial, lo que se advierte con sólo tener en cuenta que es una distinción que el sistema jurídico anglosajón no conoce. Entre nosotros, por herencia de la tradición jurídica del continente europeo, ha subsistido la dicotomía derecho público y derecho privado, y se han formulado —tanto en la doctrina europea como en la nacional— numerosos criterios tendientes a precisar los límites y contenidos de ambas categorías.

Sin embargo debemos hacer dos acotaciones: la primera, que la interacción entre las ramas del derecho público y privado es cada vez más intensa. Así, hoy en día la relación entre la Constitución y los tratados con el derecho civil es evidente; por ello se habla de la constitucionalización del derecho civil y de la existencia de un derecho supranacional que puede ser invocado directamente por los ciudadanos sin necesidad de la intermediación de una norma inferior. La segunda,

que los autores coinciden en señalar que ninguna de las explicaciones vertidas ha sido totalmente satisfactoria, por lo que hay que conformarse con razones meramente aproximativas.

Así se han desarrollado tesis que distinguen según la fuente creadora (el Estado o los particulares, estos últimos por vía de la autonomía de la voluntad); según el interés protegido, entendiendo que el derecho público estaría destinado a la protección del interés general, y el derecho privado a la tutela de los intereses de los particulares. Una tercera tesis ubica la distinción en la naturaleza del sujeto que integra la relación jurídica. Cuando ese sujeto es el Estado u otra persona jurídica pública (el municipio, la provincia, etc.) la relación jurídica es parte del derecho público; cuando intervienen los particulares, la relación jurídica quedaría subsumida en reglas del derecho privado. Sin embargo, bien se advierte que en numerosas oportunidades el Estado actúa como sujeto de relaciones jurídico-privadas; tal, cuando arrienda un inmueble para que funcione en él una escuela.

Por ello, el criterio que ha obtenido mayor preponderancia en la doctrina ha sido el de diferenciar el derecho público y el derecho privado según que la relación jurídica de que se trate presente caracteres de subordinación o de coordinación entre los sujetos. Así suele leerse que es derecho público aquel sector del Derecho en el cual una de las partes tiene relación de superioridad respecto de la otra, por participar el Estado con su *imperium* en lugar de hacerlo como titular de un derecho subjetivo privado. En cambio, en el derecho privado, las relaciones jurídicas quedan siempre establecidas sobre la base de la coordinación o igualdad de los sujetos.

2. Las ramas del Derecho Público

a) Derecho Constitucional

La rama troncal del derecho público es el Derecho constitucional, puesto que la Constitución es el fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Comprende la organización de los poderes del Estado y los derechos y deberes fundamentales del individuo frente al Estado y en relación con los otros individuos.

El Derecho constitucional impregna todo el derecho positivo por lo que su influencia se extiende también al derecho privado. En nuestra Constitución aparecen reconocidos los derechos y garantías individuales que en el ámbito civil merecen tutela particular; así, el

derecho a la intimidad (art. 19), del cual son manifestaciones la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia y papeles privados (art. 18). También la igualdad, principio básico del sistema jurídico, reconocido en la Constitución (art. 16), se transfiere al Derecho civil, que lo recoge en la igualdad sucesoria, en la equivalencia de capacidad jurídica entre el hombre y la mujer, y en la inexistencia de distinciones —en punto a la capacidad— entre los ciudadanos y no ciudadanos, nacionales y extranjeros. Finalmente, el rango constitucional acordado al derecho de propiedad se extiende al ámbito del Derecho civil que lo tutela como derecho inviolable de los habitantes de la Nación.

Con la reforma de 1994, se han incorporado a la Constitución Nacional otras previsiones que tocan materias de derecho privado; así:

- la protección del consumidor (art. 42 CN);
- el denominado *habeas data* que, con la finalidad de tutelar la intimidad y otros derechos de la personalidad, autoriza a toda persona a ejercer la acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos (art. 43, tercer párrafo CN);
- la acción de reparación del daño ambiental (art. 41, primer párrafo CN);
- otras numerosas materias de derecho privado aparecen en los tratados a los cuales la Constitución reformada reconoce jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN).

b) Derecho administrativo

El derecho administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder: la administrativa; por ello se lo define como el régimen jurídico de la función administrativa y trata del circuito jurídico del obrar administrativo (Dromi).

Antiguamente se entendía que las relaciones entre el derecho administrativo y el civil eran escasas, y que los aspectos no regulados por leyes administrativas eran materia del derecho privado general.

Sin embargo, hoy se advierte que numerosas instituciones pueden estar reguladas por ambos derechos, así como que ciertas instituciones propias del Derecho civil pueden verse modificadas cuando se establece una relación jurídica propia del derecho administrativo.

c) Derecho financiero

El Derecho financiero es la disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático de las normas que regulan los recursos económicos que el Estado y los demás entes públicos pueden emplear para el cumplimiento de sus fines, así como el procedimiento jurídico de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos y pagos que se destinan al cumplimiento de los servicios públicos. El derecho tributario es la rama especialmente destinada a la regulación de los impuestos y tasas que perciben tanto el Estado Nacional como las provincias y los municipios.

d) Derecho penal

El Derecho penal también forma parte del derecho público, por cuanto en su faz subjetiva es el reflejo de la facultad que el Estado tiene de describir las figuras delictivas y determinar y ejecutar las penas que corresponden a los hechos que en ellas se encuadran.

e) Derecho internacional público

El Derecho internacional público es otra rama del derecho público, y es definido como el conjunto de normas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y también las de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, poseen personalidad jurídica internacional.

Las normas internacionales (tratados celebrados por el Estado nacional con otros Estados; convenciones internacionales a las que adhiere el Estado nacional), se incorporan al derecho positivo interno por vía de la ratificación que de él hace el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 22 CN), y a partir de ese momento constituyen ley suprema de la Nación (art. 31 CN).

Más adelante tratamos la jerarquía que tienen los tratados en el ámbito del derecho interno, pero queremos destacar ahora que la doctrina nacional reconoce la influencia que ellos tienen en el derecho

local, inclusive en el Derecho civil. Ello se advierte en particular en el ámbito de los denominados derechos de la personalidad dónde por consecuencia de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y otras convenciones, se admite la existencia de un Derecho supranacional directamente operativo en el ámbito interno, el que además ahora tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN).

El derecho internacional público tiene relevancia significativa en otras áreas, como el derecho penal humanitario y el derecho de las inversiones internacionales.

La creciente supranacionalización del derecho en distintos campos, importa una cesión parcial de soberanía por parte de los Estados que adhieren a convenciones, tratados y forman parte de organizaciones con atribuciones jurisdiccionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: CIADI).

f) El derecho ambiental

Una de las novedades más significativas que se han producido en los últimos decenios es la aparición de una nueva rama del Derecho que es el derecho ambiental. El hombre ha tomado conciencia de la importancia de los recursos naturales, de la posibilidad de su agotamiento o degradación y de su derecho a vivir en un ambiente sano.

El ordenamiento jurídico ha reaccionado reconociendo la prioridad y urgencia de la preservación del ambiente y de ciertos derechos que pertenecen a todos en general (llamados frecuentemente, intereses difusos o derechos de incidencia colectiva) relacionados con el ambiente.

La protección del ambiente se da en principio en el ámbito del derecho público; la ley argentina de residuos peligrosos y la denominada Ley General del Ambiente son normas de derecho administrativo y penal. Pero obviamente hay consecuencias de derecho privado, pues las personas afectadas por las actividades degradantes del ambiente tienen derecho a la reparación del daño sufrido.

Es tal la importancia que ha adquirido esta rama que numerosos tratados y convenciones internacionales se refieren al medio ambiente

y la Constitución Nacional ha incorporado expresamente una norma al respecto, al ser reformada en 1994. Se trata del art. 41.

El CCyC ha asumido esta realidad y contiene numerosas disposiciones que se refieren a los derechos de incidencia colectiva, entre ellos el derecho a la tutela del ambiente (v. arts. 14 y 240).

3. Constitución Nacional y Derecho Civil

a) Del Código Civil como constitución a la Constitución como fuente de derechos civiles

Es muy conocida la frase de un jurista francés, Carbonnier, quien calificó al Código Napoleón como la constitución civil de los franceses. La frase en realidad había sido acuñada por Juan Bautista Alberdi en una famosa carta que escribiera a Vélez Sarsfield en la que hace una seria crítica del proyecto de Código Civil. Pero Alberdi no cayó en el error de considerar al código como una suerte de segunda constitución en la que se incluirían los derechos civiles, sino que encuentra los derechos civiles enraizados en la Constitución, de modo que "el Código Civil argentino debía ser el cuerpo metódico de leyes que organizan *los derechos civiles* concedidos a todos los habitantes de la Nación por los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 (de la Constitución)".

Sin embargo y a pesar de la advertencia de Alberdi, a nuestro Código Civil se atribuyó un rol de "constitución civil" y se convirtió para muchos en el centro del sistema jurídico. La enseñanza fue organizada en función de los cursos de derecho civil; las sentencias y la doctrina estuvieron orientadas a la búsqueda de la "intención del legislador", lo que se hacía a través de las notas puestas por el mismo Vélez Sarsfield al Código, y de sus fuentes. Las decisiones judiciales se sostenían exclusivamente en las normas del Código, cuando no en la jurisprudencia y doctrina francesas que aplicaban y explicaban el Código Napoleón al que se consideraba fuente primordial del Código, siendo una rareza una sentencia de un tribunal civil que citara una norma constitucional.

Una prueba significativa de ese "centralismo" del Código Civil lo da la muy conocida Nota de Elevación de la Ley de Reformas 17.711; en ella el profesor Borda decía que —a riesgo de ser considerado herético— estaba "tentado de decir que el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional", porque "ella está más

alejada de la vida cotidiana del hombre" que el Código Civil, el cual, en cambio, "lo rodea constantemente, es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad".

Pero este panorama ha cambiado mucho en los últimos decenios.

Por un lado, los juristas han advertido que la Constitución es una fuente de normas que pueden tener una eficacia directa y no solamente programática; en la Argentina ha sido muy valioso el rol de la Corte Suprema para que esto se entendiera, pues hace casi 50 años en dos extraordinarias sentencias dictadas en los casos Siri y Kot nuestro más alto tribunal estableció que los particulares pueden reclamar la efectividad de derechos reconocidos en la Constitución sin necesidad de una norma inferior que reglamente su ejercicio.

Por otro, se ha puesto a la luz que muchas materias del derecho privado están en la Constitución Nacional, algunas desde su sanción y otras a partir de la reforma de 1994.

También tiene incidencia el hecho de la supranacionalización de ciertas materias que son o tienen reflejo en el derecho privado. Así, los generalmente denominados *derechos humanos* comprenden cuestiones tales como el derecho de asociación, la privacidad, el honor, la integridad física, la igualdad entre el hombre y la mujer, los derechos de los niños, etc., que tienen infinitas repercusiones en el derecho civil. En nuestro país, además, el derecho supranacional de los derechos humanos ha adquirido jerarquía constitucional en tanto la reforma de 1994 incorporó el inc. 22 del art. 75 que asigna tal jerarquía a toda una serie de convenciones internacionales.

De allí que la doctrina ponga de manifiesto el proceso de constitucionalización del derecho civil.

b) La constitucionalización del derecho privado en el CCyC

Más adelante se explicará que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial finalmente sancionado en 2014 y en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015, vino acompañado de unos Fundamentos elaborados por los miembros de la Comisión redactora. Ellos tienen relevancia para entender las razones de algunas de las decisiones tomadas en el nuevo Código.

Con relación a la constitucionalización del derecho privado, la Comisión ha sido muy explícita. Dicen los Fundamentos al respecto: *La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.*

c) Alcance normativo de la constitucionalización

La constitucionalización del derecho privado puede verse en dos dimensiones, la normativa y la dikelógica (o axiológica).

En la primera dimensión el efecto que se sigue es que el derecho privado ha de atender a la misma Constitución como es obvio, pero en la Argentina en particular debe incluirse al derecho internacional de fuente convencional que comprende a los tratados y convenciones de jerarquía constitucional así como a los demás tratados y convenciones tanto de derechos humanos como en otras materias, habida cuenta la jerarquía que la Constitución les atribuye.

d) Efectos de la constitucionalización en su dimensión normativa

La constitucionalización del derecho privado en los términos indicados nos pone frente al problema de la determinación de la eficacia que tienen las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución.

Así, se suele decir que esas normas tienen:

— Eficacia directa, lo que significa que el sujeto que demanda la tutela jurisdiccional de una garantía o derecho constitucionalmente establecido, puede hacerlo invocando la norma constitucional si no hubiere norma legal que desarrolle la garantía o derecho de que se trate.

— Eficacia derogatoria, de modo que las normas civiles constitucionales derogan cualquier disposición legal contraria a la norma superior.

— Eficacia invalidatoria, la disposición de jerarquía legal que se oponga a una norma constitucional es inválida, y por ello puede ser declarada inconstitucional por los jueces.

— Eficacia interpretativa: quien interpreta la ley para aplicarla, debe hacerlo de manera que ella resulte conforme a la norma constitucional; en otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que ella se refiere.

e) Alcance dikelógico de la constitucionalización

La segunda es la dimensión dikelógica (axiológica o valorativa). En este sentido la constitucionalización implica que —como señalaba Alberdi— el derecho privado debe recoger los valores de la Constitución, esto es, ser recipiendario de los principios democráticos y de los valores propios del liberalismo político al que adscribe la Constitución como lo ha reconocido la Corte Suprema en la sentencia dictada en la causa *Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual*, en la que en lo concerniente al ideario liberal y democrático de la Constitución —remitiéndose al precedente Portillo y aún superándolo— dijo: "*[L]a restauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca a la unidad nacional en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del derecho a ser diferente, pero no puede confundirse nunca con la 'igualación' que es un ideal totalitario. El art. 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona —y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores— y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental*" (tercer párrafo del considerando 19; énfasis añadido).

Como explica Carlos Santiago Nino, el liberalismo político de la Constitución es una idea que puede definirse por exclusión y por determinación de sus principios fundamental. En este sentido implica la exclusión de toda doctrina totalitaria, entre las cuales se identifican el perfeccionismo y el colectivismo. En este sentido el liberalismo es lo contrario del totalitarismo.

De lo cual van a resultar algunos principios fundamentales que estructuran la sociedad liberal, y que —como mínimo— son:

(i) Toda autoridad o convención social es susceptible de ser sometida a crítica

La CSN ha dicho que"...la regla estructural de un estilo de vida democrático reside en la capacidad de una sociedad para resolver sus conflictos mediante el debate público de las ideas".

(ii) La neutralidad moral del Estado frente a las perspectivas morales de cada uno

El Estado no debe pretender imponer un modelo de vida virtuosa; por lo que los jueces no pueden sustituir las elecciones éticas de una persona por las propias, aunque éstas les "parezcan mejores". En la sentencia Arriola la CSN es contundente en esta materia, al decir que "*...el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar las preferencias personales de un individuo (Dworkin...);* a lo que Lorenzetti agrega: "*...el Estado no puede establecer una moral; en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad...*"; y Fayt también se expresa diciendo "*Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho...*", concluyendo Zaffaroni al exponer "*...la sociedad no tiene la misión de hacer reinar la moralidad en las acciones privadas...*".

(iii) La autonomía personal

El reconocimiento más explícito del principio de autonomía aparece muy claro en la sentencia dictada por la CSN en el caso Bahamondez en el que el voto de los jueces Fayt y Barra dijo que "*...el art. 19 de la Constitución Nacional... concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto le es propio...*", expresión que se reitera en el voto de Fayt en Arriola, sentencia en la cual el voto del Dr. Lorenzetti resume magistralmente la idea al decir "*Que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones sobre el estilo de vida que desea*".

La autonomía rechaza los paternalismos (y naturalmente los perfeccionismos). Así lo señala el voto del la Dra. Argibay en Arriola diciendo con cita de Carlos Nino: "*Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental, la que es repelida por el principio sentado por el art. 19 de la Constitución Nacional*".

La autonomía personal también ha sido correctamente destacada por el juez Lorenzetti en su voto en la causa Mujeres por la Vida. Dijo allí que el art. 19 de la Constitución Nacional asegura no sólo la libertad de los actos privados sino también la libre elección de estilos de vida, sin que el Estado o los particulares puedan interferir en esa elección.

(iv) La inviolabilidad de la persona

La persona humana es inviolable; así lo dice claramente el CCyC en el art. 51, tomando la expresión del Proyecto de 1998 que a su vez lo adoptó del art. 19 del Código Civil de Bas-Canada.

La jueza de la CSN Dra. Argibay dijo en un sonado caso: "*...es difícil concebir algo más 'privado' que el propio cuerpo... el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada, en la que rige el principio de autonomía personal...*".

(v) La tolerancia

La cultura política de una sociedad democrática siempre se da dentro del marco de la pluralidad; en toda sociedad existe una diversidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales opuestas entre sí e irreconciliables. Algunas de estas doctrinas son perfectamente razonables, y el liberalismo político ve en esta diversidad de doctrinas razonables el inevitable resultado, a largo plazo, de las capacidades de la razón humana y su actividad dentro del trasfondo de instituciones libres y duraderas. Por lo que la tolerancia es la condición para que convivan, en un pluralismo razonable, las doctrinas irreconciliables en lo religioso, filosófico y moral.

Con relación a esto la CSN se manifestó así: "La trascendencia del pluralismo, la tolerancia y la comprensión, llevan a concluir que todo derecho de asociarse es constitucionalmente útil, en la medida en que acrecienta el respeto por las ideas ajenas, aún aquellas con las que frontalmente se discrepa, y hasta se odia, favoreciendo la participación de los ciudadanos en el proceso democrático y logrando una mayor cohesión social que nace, precisamente, de compartir la noción fundacional del respeto a la diversidad y de la interacción de personas y grupos con variadas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, económicas, políticas, étnicas, religiosas, etc." (fallo Allit, consid. 12 con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

(vi) La dignidad personal

Toda persona tiene una dignidad. Un civilista alemán, Karl Larenz, abrevando en la filosofía kantiana, expuso la idea del personalismo ético que atribuye al hombre, precisamente porque es persona, un sentido ético, un valor en sí mismo —no simplemente como medio para los fines de otros—, y en este sentido, una "dignidad".

De ello se sigue, afirma el autor citado, que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho de ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, la salud) y en un ámbito propio (intimidad, honor) y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo. La relación de respeto mutuo que cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de éste es la "relación jurídica fundamental", la cual, según esta concepción, es la base de toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en particular.

Esto alcanza ahora a nuestro CCyC cuyo art. 51 dice que "*La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*", continuando en el art. 52 donde se establece que "*La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...*".

(vii) Los aspectos de constitucionalismo social incorporados con la reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 no prescindió de ninguno de los aspectos esenciales del liberalismo político que inspiraron a la

Constitución de 1853 y que venimos de describir a partir de las enseñanzas del gran jurista que fue Carlos Nino y de la misma jurisprudencia de la Corte.

La reforma de 1994 ha reconocido nuevos derechos (arts. 36 a 43) y es especialmente sensible en la tutela de las personas vulnerables —como los consumidores (art. 42)— y por ello habilita expresamente las acciones afirmativas que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23).

f) Conclusiones

Esta nueva realidad en la cual los derechos civiles aparecen enraizados en la Constitución y en el derecho supranacional produce ciertos efectos de los cuales nos parece necesario destacar por lo menos dos:

(i) La pérdida del centralismo del Código

La doctrina afirma que: "[P]or un lado, el Código ha perdido todo valor constitucional, ya que las libertades políticas y civiles, el derecho de propiedad, la iniciativa económica privada, se tutelan en la Constitución, es decir, en normas jerárquicamente superiores (...). A esta tutela nada puede añadir el Código Civil despojado de la función de garantía que asumió en el siglo XIX, y expropiado día a día por las leyes especiales".

En este sentido puede decirse que el Código de hoy tiene una clara subordinación a la Constitución, al derecho internacional de derechos humanos incorporado a la Constitución, al resto del derecho internacional que se integra al derecho interno sea en el ámbito de derechos humanos como en el ámbito del derecho patrimonial; así como coexiste con una serie de microsistemas legislativos.

De modo que como hemos dicho muchas veces, el Código de hoy no pretende tener un valor constitucional, no pretende ser perenne ni completo, pero sigue siendo el tejido conectivo de todo el derecho privado, el que hace inteligible al sistema.

(ii) Un nuevo perfil del código

Por lo demás, como predicaba Alberdi y ha recogido la jurisprudencia de la Corte Suprema en los últimos años, el Código debe ser la expresión de los valores liberales de la Constitución, su sujeto es la persona, su ámbito de regulación es el ejercicio de la libertad (Lorenzetti) y sus presupuestos la inviolabilidad de la persona, el reconocimiento de su dignidad, la autonomía personal y la tolerancia.

El nuevo CCyC que nos rige, se preocupa no sólo de los derechos individuales, sino también de los denominados derechos de incidencia colectiva, e incorpora nuevos paradigmas que hunden sus raíces en la Constitución reformada en 1994: no discriminación, igualdad real, sociedad multicultural.

4. La constitucionalización del derecho civil tal como está reflejada en el CCyC

Ya hemos dicho que los Fundamentos exponen de manera clara que el CCyC reconoce el proceso de constitucionalización, la influencia de los tratados de derechos humanos, y por ello asume nuevos paradigmas como la igualdad real, la multiculturalidad, sin despreciar la seguridad jurídica.

De este modo podemos señalar como hitos de este proceso:

a) Inviolabilidad de la persona

El art. 51 —antes citado— consagra expresamente la inviolabilidad de la persona humana y el reconocimiento de su dignidad.

b) Autonomía

El principio de autonomía tiene una relevancia significativa en numerosas cuestiones que se relacionan con decisiones que el hombre toma acerca de sí mismo.

El CCyC lo asume como una regla general que se manifiesta en el tema de los actos de disposición sobre el propio cuerpo, tratamientos médicos, investigaciones científicas, directivas anticipadas (arts. 56 y ss.). Pero también es el fundamento de las nuevas reglas en materia de personas con capacidad restringida (arts. 32 y concs.), inhabilitados (art. 48) y en la capacidad de los menores.

c) El principio de igualdad

Entendida la igualdad en el sentido que pretende hacerlo el CCyC, esto es de la igualdad real, implica la necesaria tutela y promoción del mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la comunidad; lo que en el ámbito del derecho privado importa:

— la generación de instituciones de protección y representación de las personas débiles, tales como los niños, mujeres, discapacitados, ancianos, aunque con el mayor respeto posible a su autodeterminación;

— en el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales, una cierta intervención del Estado a favor de las personas con menor poder de negociación lo que se traduce en la limitación del papel de la autonomía de la voluntad y en algunos límites impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos.

Ello en el CCyC también se evidencia, pues se incluyen normas sobre protección del consumidor y en general sobre contratos con contenidos predispuestos, se amplía enormemente el ámbito de eficacia de la "vivienda protegida", se extiende la capacidad de los menores, etc.

d) Conclusiones

El reconocimiento de los principios de inviolabilidad de la persona, dignidad personal, autonomía, tolerancia, igualdad, libre crítica, es el presupuesto de la convivencia en un pluralismo razonable; ellos son exigencias de la sociedad democrática.

Se trata de que cada persona cuente con la más amplia posibilidad de sostener y defender sus propias ideas, de persuadir y criticar a los demás, de conocer y adherir a formas de vida distintas; ésta es la forma en que se garantiza un igual respeto a todos: permitiendo que todos se expresen, critiquen a los demás y se eduquen mutuamente en la diversidad.

Sobre tales principios se está construyendo el derecho en el momento actual y su fuente está en la Constitución Nacional. El CCyC está en esa orientación y desde este punto de vista constituye un innegable avance de nuestra legislación de derecho privado.

En los capítulos pertinentes trataremos de manera más detallada de cada uno de estos aspectos.

Lo que queremos destacar aquí es que la relación entre la Constitución y el derecho privado no se limita a que éste no contradiga el texto constitucional en una interpretación minimalista.

Esa relación exige un derecho privado que milite efectivamente por la concreción del ideario democrático y liberal de la Constitución. Y bajo este prisma serán tratados los temas sensibles que desarrollamos en esta obra.

5. El derecho civil

a) Noción preliminar

El derecho privado es básicamente el Derecho civil en cuanto éste es el derecho común que tiende a regular todas las relaciones jurídicas que el hombre tiene o puede establecer con otros sujetos de derecho sin consideración a sus calidades personales o profesionales.

De las muchas definiciones que se han dado del Derecho civil, una que se ha hecho tradicional es la de Clemente de Diego, quien lo identifica como *el conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida, en que el hombre se manifiesta como tal, es decir, como sujeto de derecho y de patrimonio, y miembro de la familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia, dentro del concierto social.*

Cierto es que el derecho privado conoce hoy día otras ramas, como por ej., el derecho mercantil o comercial, el derecho agrario, el derecho de trabajo, etc. (sin perjuicio de las precisiones que daremos más adelante).

Pero lo que no puede desconocerse es que el Derecho civil constituye el cimiento común de todo el derecho privado. Las otras ramas pueden predicar cierta especialidad, pero justamente por ser derechos especiales reconocen en el derecho común o Derecho civil un ordenamiento completo e integrador de esas mismas ramas especiales; o como se dice en la doctrina más actual, actúa como el tejido conectivo de todo el derecho privado.

b) El Derecho civil y su aprehensión histórica

Un autor italiano criticaba a sus colegas para los cuales parecía que el derecho había nacido en 1942, año de la sanción del Código Civil. Pues bien; ello no era así en Italia ni lo es en la Argentina donde el derecho civil no nace con el CCyC de 2015. Por el contrario, para comprender acabadamente el concepto actual del Derecho civil como derecho común, así como las relaciones que lo vinculan con las ramas o derechos especiales es preciso atender a su origen y evolución, tema al que dedicaremos los números que siguen.

Optamos así por una explicación histórica del concepto del Derecho civil como conjunto de normas, como rama del derecho positivo.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO CIVIL

Este tema lo hemos desarrollado con amplitud en nuestra obra "Instituciones de Derecho Civil – Parte General" a la que se puede acudir para ampliar la información. En esta oportunidad, nos limitamos a conceptos elementales sobre el punto.

6. El derecho romano. Etapas y recepción

El derecho civil actual encuentra sus raíces más profundas en el Derecho Romano, la elaboración jurídica más importante que puede haber brindado un pueblo en toda la historia de la Humanidad. Desde la Ley de las XII Tablas, cuyo origen se remonta (según la tradición) a los años 451 a 449 a.C. hasta la elaboración del *Corpus Iuris Civile* por mandato del emperador Justiniano (529 a 533 d.C.), transcurrieron diez siglos en los cuales se desarrolló una intensa labor, que resulta tan fecunda que puede decirse, sin temor a exageración alguna, que el derecho patrimonial de los códigos actuales sigue siendo un mero desarrollo de las construcciones legislativas, consuetudinarias, pretorianas y jurisprudenciales del Derecho Romano. Y su influencia aparece por doquier, aun en otros campos, por lo que la comprensión de este fenómeno es indispensable para el conocimiento del Derecho civil actual, no ya con la simple finalidad de la indagación histórica sino para reconocer las fuentes de nuestro Derecho vigente.

El derecho romano, o derecho del ciudadano romano, pasó por varias etapas. La primera expresión legal —superadora del mero derecho consuetudinario— fueron las leyes de las XII Tablas; si bien no han llegado completas a nuestros días se sostiene que ellas contenían fórmulas procesales para casos previstos y enumeraban los derechos de los ciudadanos romanos que la comunidad estaba dispuesta a proteger. Regularon los derechos del acreedor sobre el deudor, incluida la comparecencia frente al magistrado, el matrimonio, la sucesión, la posesión y la propiedad, los delitos, etc. Fueron un texto fundamental, tanto que su contenido era de hecho aprender de memoria a los niños; atravesaron las edades de Roma y aun sobrevivieron a la misma República, y fueron tan respetadas que no eran derogadas sino por medio de subterfugios.

Durante la República se dictaron sucesivas leyes que morigeraron algunos principios de las XII Tablas; entre otras, la ley Canuleia (año 309 de Roma) abrogó la disposición que prohibía el matrimonio entre patricios y plebeyos; y la ley *Paetelia Papiria* (año 428 de Roma) atenuó los alcances del vínculo obligacional prohibiendo que los deudores pudieran entregarse en servidumbre a su acreedor en pago de la deuda.

Sin embargo, más que por las leyes, el Derecho Romano encontró cauce para su desarrollo en la actividad de un magistrado: el pretor; y en la tarea de los juristas que interpretaron el derecho vigente. Los pretores, además de resolver los casos concretos, muchas veces a través de la libre interpretación de los textos vigentes, comenzaron a formular por escrito, al tiempo de comenzar el desempeño de su cargo, una enumeración de los derechos y reclamaciones que hallarían protección bajo su magistratura. Esto se conoce como *el edicto*. Ya en la época imperial, se entiende que bajo el imperio de Adriano (alrededor del 130 d.C.) se dio una formulación definitiva al edicto, a la que se denominó *edicto perpetuo*. De esta forma, el derecho honorario, o pretoriano, llegó a ser un derecho establecido, convirtiéndose en un verdadero código de derecho privado que contraponía al antiguo derecho estricto un derecho nuevo y más libre.

En cuanto a los juristas intervenían tanto en los negocios jurídicos cuanto en los procesos; también respondieron consultas (*respondere*); de allí la expresión *iuris consultum* de la que emanó la *iuris prudentia*. También se desarrolló la literatura jurídica, habiendo algunas obras llegado hasta nosotros; Ulpiano, Paulo, Gayo, etc. son nombres de los juristas más reconocidos.

En el Imperio la actividad creativa del pretor y de los juristas halló fuertes limitaciones pues el poder legislativo al Senado, cuyas opiniones adquirieron el valor de las verdaderas leyes; eran las llamadas *senatus consulta*, porque eran vertidas a partir de consultas puestas por el emperador. Las constituciones imperiales terminaron siendo la única fuente del derecho, se redujo la importancia de las opiniones de los juristas y hasta se eliminó el *ius respondendi*.

7. La compilación justiniana

La tarea de compilar el derecho probablemente se originó en la pretensión de concretar la vigencia monopólica del derecho imperial. Las primeras compilaciones fueron el Código Gregoriano (años 291/292) completado por el Código Hermogeniano. La compilación Teodosiana (438) tuvo vigencia oficial y una gran influencia tanto en Oriente como en Occidente.

Pero sin duda la codificación por excelencia es la que se hace en el Imperio de Oriente bajo la inspiración del emperador Justiniano quien decide concentrar el Derecho en una recopilación definitiva en la cual estuviese contenido todo el Derecho, de tal modo que éste tomara una definitiva unidad. A tal punto consideró Justiniano que su obra significaba la unidad definitiva del Derecho que formuló expresamente la prohibición de que ella fuera comentada.

La obra de Justiniano, a la que se conoce en su conjunto con el nombre de *Corpus Iuris*, se divide básicamente en cuatro partes.

La primera se conoce como *Instituciones* o *Institutas* que constituyen un tratado elemental de Derecho que a la vez que obra de enseñanza fue un código y tuvo fuerza de ley desde el día 30 de diciembre del año 533.

El *Digesto* o *Pandectas* es la parte más valiosa y extensa. Contiene extractos de los escritos de los treinta y nueve juristas, de los cuales treinta y cuatro pertenecen a la era de la jurisprudencia clásica, entre los que se encuentran Ulpiano, Papiniano, Gayo, Modestino, Juliano, etc.

Los fragmentos de los jurisconsultos están dispuestos en un orden que no siempre es rigurosamente sistemático. Cada fragmento tiene una inscripción que contiene el nombre del jurisconsulto y la indicación de la obra o del libro del que se ha sacado aquel texto.

La obra, debida en gran parte a la laboriosidad y sabiduría de Triboniano, se completó en sólo tres años, siendo publicada el 16 de diciembre del año 533 y entró en vigor el 30 de diciembre de ese mismo año, es decir, al mismo tiempo que las *Instituciones* o *Institutas*.

La tercera parte del *Corpus Iuris* es el *Código* que contiene constituciones imperiales desde Adriano hasta Justiniano e importantes rescriptos de tiempos anteriores a Constantino, y desde éste en adelante; más algunas *Leges Edictales*. La primera publicación es del año 529, pero la que llegó hasta nosotros es la publicación del 11 de noviembre del 534, que entró en vigor el 29 de diciembre de ese año y que contiene algunas adiciones.

La última parte de la obra son las *Novelas*, leyes especiales dictadas por Justiniano después de la terminación de su propio Código, es decir, entre los años 536 y 565.

En conclusión, la legislación justiniana recopiló con una extensión razonable las dispersas y difícilmente abarcables fuentes romanas, omitiendo algunas distinciones anticuadas y llevando a su término procesos de evolución jurídica que estaban en curso; le ha dado la forma fija en la cual se ha conservado a través de los siglos la sustancia espiritual del Derecho Romano, que pudo así alcanzar a fines de la Edad Media un nuevo imperio universal. Se ha dicho por algún autor que la obra de Justiniano es un monumento que condensa la herencia y la transmite a la conciencia jurídica y al pensamiento europeo.

8. El tránsito del Derecho Romano al Derecho Común

Pese a la disgregación del Imperio como consecuencia de las invasiones bárbaras, el Derecho Romano continuó ejerciendo una influencia notable, y ello se advierte en diversos fenómenos.

En primer lugar se encuentran las que se conocen con el nombre genérico de leyes "romano-bárbaras", compilaciones ordenadas por reyes germánicos establecidos en Occidente, tales como *Breviario de Alarico* o *Lex romana visigotorum* (Toulouse, 506) y la *Lex Romana Burgundiorum* y el edicto de Teodorico.

Finalmente, en el territorio español, tuvo gran importancia el *LiberIudiciorum* sancionado por el rey Recesvinto en 654, que siguió rigiendo aún después de las invasiones musulmanas.

9. La recepción

a) Concepto y origen

Bajo el nombre de "recepción" se conoce un fenómeno ocurrido a finales del siglo XI y comienzos del XII, por el cual el Derecho Romano vino a constituirse en sinónimo del derecho común de todos los pueblos de la Europa Occidental. En particular, de los que hoy constituyen los Estados de Alemania, España, Italia y Francia; y tuvo en esos pueblos naturalmente, causas y significaciones diversas.

Téngase en cuenta que la compilación justiniana es del siglo VI, pero nace en el Imperio Romano de Oriente, y es prácticamente desconocida en Occidente.

Su redescubrimiento se produce fundamentalmente por obra de los estudiosos de la Universidad de Bolonia, que constituyen la escuela de los glosadores, a la que nos hemos de referir más adelante.

La imponencia de la obra de Justiniano, justificó su divulgación, y los estudiantes de todas las comarcas que concurrían a Bolonia la llevaron a sus propios países, donde constituyó materia de estudio y aún de aplicación práctica para la resolución de los casos judiciales. A este fenómeno se le llama recepción.

b) La recepción en Alemania

La más profunda influencia al Derecho Romano, la más sentida recepción del mismo, se produjo en lo que hoy es Alemania donde se lo recibió casi en su totalidad y vino a suplantar la mayor parte del Derecho germánico.

Esto tiene, en realidad, una explicación de carácter político, cual fue que toda la Edad Media vio en el emperador alemán al sucesor de los emperadores romanos, al señor del mundo cristiano occidental. Por ende, era razonable que en ese Imperio subsistiera el Derecho Romano y el Código Justiniano fuera considerado, como las leyes de los emperadores alemanes, derecho imperial.

La recepción del Derecho Romano en Alemania hizo que éste llegara a estar vigente en la forma del Código Justiniano, el que resultó obligatorio en su totalidad en el Imperio. Así pues los autores germanos suelen decir que la recepción tuvo lugar *in complexu*.

c) La recepción en España

La evolución del derecho en la península ibérica es compleja y va de la mano de las sucesivas conquistas.

La recepción propiamente dicha se inicia en la Baja Edad Media (a partir del 1150), especialmente por obra del rey Alfonso X el Sabio, a cuya obra principal dedicamos el parágrafo que sigue.

d) Las Partidas

Las Partidas se deben a la inspiración del rey Alfonso X el Sabio, quien manda publicar, además de este libro, el Fuero Real y el Espéculo. No es precisa la fecha en que se redactaron y publicaron las Partidas, aunque se suele señalar como fecha de iniciación y conclusión de los trabajos los años 1256 y 1263. Las Partidas adoptaron el sistema romano de división en libros, títulos y leyes; cada uno de los siete libros o partidas está precedido de un prólogo con explicaciones doctrinales de su contenido y de la división de la materia tratada.

Las Partidas siguieron fundamentalmente al Derecho Romano y pese a que no tuvieron fuerza obligatoria hasta muchos años después de su publicación, ejercieron una notable influencia en la cultura jurídica hispánica posterior.

Es preciso señalar que las Partidas tuvieron fuerza de ley en Indias y de allí la gran importancia que tienen en la elaboración de Derecho hispanoamericano. En lo que hoy es nuestro país también tuvieron vigencia y constituyeron por lo tanto un cuerpo legal sobre el cual se fundaba el ejercicio práctico de la magistratura y la abogacía. De allí que Vélez Sarsfield tuviese un gran conocimiento de ese texto, y constituyen fuente primordial de muchísimas disposiciones de nuestro Código Civil de 1869, aunque a veces no aparezca la cita o la transcripción del texto de las Partidas en las notas del codificador. Un autor dice que las tres maravillas de la Edad Media fueron la Catedral de Colonia, la Divina Comedia y las Siete Partidas (Puig Peña).

e) El Derecho Romano en Francia

En Francia la persistencia del Derecho Romano se debe, en primer lugar, a que las provincias del sur habían sido conquistadas y latinizadas más temprano y más profundamente que en el resto de la Galia. Y los bárbaros que ocuparon en seguida esta región fueron los

visigodos y los burgundios que, según recuerdan Ripert y Boulanger, eran ya medio romanos cuando entraron en el Imperio. De allí que en Francia, más concretamente en las provincias del sur, rigieran las leyes romano-bárbaras ya vistas, y tuviera gran influencia a partir del siglo XII y XIII la codificación justiniana conocida por obra de las universidades.

Debe señalarse que —por lo contrario— en el norte los francos conservaron sus costumbres primitivas y practicaron un sistema de ley personal, conforme al cual cada sujeto era regido por su ley nacional, el que fue luego sustituido por el sistema de leyes territoriales.

Así pues, en Francia se conoce la división entre los países de derecho escrito, básicamente las provincias del sur, donde se seguía entonces el Derecho Romano; y los países de derecho consuetudinario donde se aplicaban las costumbres, de formación posterior y fuertemente imbuidas de espíritu germánico.

10. Los factores que condujeron a la unificación del Derecho

Señalamos que en la Edad Media el Derecho civil se identificó plenamente con el Derecho Romano. En las universidades se enseñaba Derecho Romano y jurista era el que conocía esa disciplina.

Los factores de la unificación fueron entonces de carácter político (como en Alemania), o simplemente culturales (como fue la difusión dada al Derecho justiniano por las escuelas de los glosadores y de los posglosadores desde la Universidad de Bolonia).

A partir del siglo XII se desarrolla la actividad de los glosadores (Irnerio, Acurcio) que hacen la exégesis del *Corpus Iuris* mediante breves notas (glosas). A ellos les siguen los postglosadores cuya finalidad fue adaptar la doctrina de los glosadores a las necesidades y concepciones de la época, a los derechos estatutarios vigentes, a los derechos consuetudinarios y a la jurisprudencia italiana.

Otro de los factores importantes en la evolución del Derecho en la Edad Media lo constituye el Derecho Canónico, que es el derecho creado en esa era por los órganos de la Iglesia y que llegó a plasmarse en el Código de Derecho Canónico o *Corpus Iuris Canonici.*

El Derecho Canónico no se formó independientemente, sino que tuvo por fuente principal al Derecho Romano, al cual tiende a modificar en algunos aspectos. El Derecho Canónico continuó y profun-

dizó la obra de humanización de las instituciones romanas que ya se había comenzado a producir por la influencia del cristianismo a partir de la conversión de Constantino.

Así el Derecho Canónico contiene la prohibición de los intereses como medio de lucha contra la usura y desarrolla conceptos fundamentales para el derecho moderno, como la idea de la causa, la del justo precio y particularmente el principio de la buena fe. El *Corpus Iuris Canonici* en su última redacción, fue promulgado el 27 de mayo de 1917, pero contiene sólo normas de derecho eclesiástico. La última reforma es del año 1984.

A partir del siglo XI las ciudades italianas gozan de un gran desarrollo económico. Nace así una clase de sujetos, los mercaderes o comerciantes que tienen un poder económico y político que les permite crear reglas de derecho superadoras del derecho romano, y que se aplican tanto en las negociaciones entre comerciantes como con terceros que no lo son. De este modo comienzan a aparecer las instituciones fundacionales del derecho comercial: Por otra parte, los comerciantes obtuvieron la posibilidad de resolver sus litigios a través de tribunales compuestos por comerciantes y que resolvían no según el Derecho Romano, sino conforme a las prácticas y usos del comercio y del lugar. Esta jurisdicción, que se llamó consular, nació, seguramente, en los lejanos puertos orientales donde los comerciantes allí asentados no podían recurrir a otra autoridad, pero pronto se difundió a las ciudades italianas y luego al resto de Europa e incluso, a las Indias, donde la aplicación de las ordenanzas de Bilbao era hecha por el tribunal del consulado.

Las instituciones nacientes del derecho de los mercaderes se concretaron los estatutos de los siglos XII y XIII, que constituyen ordenamientos muy completos, disciplinantes de la profesión de comerciante y de las relaciones jurídicas de éstos con los terceros; extremadamente severos, contienen las simientes de las más importantes instituciones del derecho mercantil como la letra de cambio, los seguros, la quiebra, etc.

III. LA FORMACIÓN DE LOS DERECHOS NACIONALES

11. La identificación del Derecho Civil con el Derecho Privado

El confuso sistema jurídico existente a partir de la recepción se caracterizaba por la coexistencia de normas provenientes del Derecho

Romano y del Derecho Canónico, recibido en la mayor parte de Europa occidental, instituciones propias de los pueblos bárbaros que habían desarticulado al Imperio Romano y disposiciones que el Estado general o los Estados feudales dictaban a lo largo del tiempo para la solución de cuestiones particulares o para intentar la obtención de un cierto orden y claridad en el sistema jurídico. Hay una larga evolución en la doctrina, que empieza a identificar derecho civil con derecho privado; grandes juristas preparan así el camino a la codificación (Domat, Pothier).

12. Antecedentes. La formación de los Estados Nacionales. La escuela del Derecho Natural

Una de las aspiraciones del siglo XVIII fue la de llevar las normas del derecho escrito y consuetudinario vigentes a una forma de expresión uniforme, accesible, simple en la formulación de las normas, que diese seguridad jurídica.

Esta tendencia encuentra fundamento político e ideológico.

El hecho político es la formación de los estados nacionales que deciden asumir el monopolio de la creación del derecho y de su aplicación.

El fundamento ideológico radica en por lo menos dos grandes corrientes de pensamiento. Una de esas corrientes es el racionalismo que imperaba en esa época; sin duda que la idea de un código en el cual estuvieran condensadas todas las normas constituía un deseo casi esencial a los espíritus racionalistas del momento.

En el mundo estrictamente jurídico, la denominada escuela del derecho natural tuvo también gran influencia en este aspecto.

El derecho natural es concebido como el conjunto de reglas que en la elaboración del espíritu humano se estima que brotan de la naturaleza intrínseca de las relaciones de coexistencia sin que hayan sido creadas por un legislador (Trabucchi). Estas normas que constituyen el derecho natural son entonces anteriores e independientes de la decisión de cualquier legislador positivo y se basan sea en el orden divino, sea en la misma naturaleza de las cosas o de las relaciones humanas.

A partir del siglo XVII el derecho natural se desvincula de la idea de dependencia del orden divino para ser concebido como un pro-

ducto conocido por el hombre a través de su razón. Gran influencia en esto tiene la obra del jurista holandés Hugo Grocio. Con posterioridad se desarrolló esta escuela a través de las enseñanzas de Puffendorf, Leibnitz, Tomasius y otros.

13. La codificación del Derecho Civil

El siglo XIX se caracteriza por ser el siglo de los Códigos. Si bien Prusia y Baviera tuvieron códigos en el siglo XVIII fueron obras imperfectas que carecieron de ejemplaridad. El Código por excelencia es el Código Napoleón, sancionado en 1804.

Él es el resultado de las ideas filosóficas y jurídicas en boga, así como la aspiración de los revolucionarios de sustituir en forma definitiva al antiguo Derecho civil, es decir, el que regía hasta la Revolución Francesa.

El Código tiene un estilo muy preciso y constituye el resultado de la conciliación de esfuerzos de juristas formados en el derecho escrito, como lo eran Portalis y Malleville y de otros formados en el derecho consuetudinario, como lo eran Tronchet y Bigot de Préameneu. Los grandes principios del Derecho civil consagrados en el código de Napoleón son: la libertad contractual, el carácter absoluto del derecho de propiedad y la responsabilidad civil basada en la culpa.

14. La influencia del Código de Napoleón

El Código francés ha tenido la virtud de proyectarse en el espacio y en el tiempo a través del reconocimiento que, de su carácter ejemplificador, hicieron los legisladores de otros países. Así es evidente su influencia en el Código italiano de 1865 que fue prácticamente una copia textual del Código de Napoleón con algunas adaptaciones; en Alemania, destacándose que en 1809 se introduce como derecho territorial badense una traducción del Código de Napoleón; Bélgica y algunos cantones suizos lo adoptaron como derecho propio y tuvo también gran incidencia en el Derecho latinoamericano.

IV. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CIVIL A PARTIR DE LA CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA

15. Los principios básicos de la codificación

Hemos señalado que los principios fundamentales sobre los cuales asentaba la codificación napoleónica eran la autonomía de la voluntad, la propiedad absoluta y la responsabilidad por culpa. El derecho de familia se sostenía en el matrimonio indisoluble y la filiación matrimonial como única merecedora de la protección de la ley.

Como veremos en los números siguientes, estas ideas han sufrido modificaciones y morigeraciones muy importantes nacidas de un desarrollo económico, político, social y cultural muy significativo; y ello se refleja en las tendencias doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales de hoy en día. Y, como veremos, el CCyC ha recogido toda esa evolución en las distintas áreas que regula.

16. Los desprendimientos de algunas ramas

Los códigos del siglo XIX contenían disposiciones sobre trabajo dependiente (en la Argentina en el Código de Comercio), navegación (en la Argentina también en el Código de Comercio), y sobre la materia agraria.

El tratamiento del trabajo como una mercancía sobre la que las partes contrataban en un pie de igualdad jurídica fue rápidamente superado ante la evidencia de la explotación a que resulta sometida la parte vulnerable, esto es, el trabajador. De allí que el derecho del trabajo pronto se convirtió en una rama autónoma, fundada en sus propios principios. La influencia de la legislación civil sobre la relación laboral resulta así sumamente limitada; aunque curiosamente en materia de accidentes se recurre al derecho común pues en él no rigen las indemnizaciones tarifadas propias de las legislaciones sobre accidentes laborales.

El derecho agrario es también una rama con autonomía didáctica, científica y legislativa, más allá de que ciertos principios del derecho común resultan claramente aplicables, tales como las relativas a la propiedad de la tierra, el uso de las aguas, la propiedad de los animales y su prueba.

El derecho de la navegación y el derecho aeronáutico han obtenido autonomía legislativa; incluso en estas materias la legislación supranacional tiene un ámbito de aplicación muy importante. De todos modos no está de más señalar que algunas normas han entrado en colisión con el derecho del consumo, particularmente las que establecen indemnizaciones tarifadas por retrasos en los vuelos o por las pérdidas de equipaje.

17. Las transformaciones de los principios fundamentales

Las razones de la evolución de los presupuestos de la codificación decimonónica son varias: nuevas ideas filosóficas y políticas, cambios sociales y culturales, transformaciones económicas, grandes crisis, las guerras, etc. Probablemente en la mayor parte de los casos operan un conjunto de esas razones que mueven a la renovación de los pilares de la codificación decimonónica.

a) La eficacia absoluta de la palabra empeñada; la propiedad absoluta

Nuestro Código Civil de 1869 —como todos los Códigos— establecía que el contrato obliga a las partes como si fuese la ley misma. Ésta era una regla virtualmente absoluta; el Código no contenía moderaciones de ella, que por el contrario había desestimado expresamente (ver la nota al viejo art. 944). Del mismo modo se consagraba que el ejercicio de un derecho no puede constituir un ilícito (art. 1071) y el carácter absoluto de la propiedad, pues el dueño podía destruir, degradar o desnaturalizar la cosa sobre la que ejercía su dominio.

Esto evidencia que las legislaciones del siglo XIX habían pecado por un exceso de individualismo. El siglo XX representó en cambio una revalorización de lo social, para atemperar los efectos de ese exagerado individualismo. Esas ideas sociales producen un fenómeno en el campo de lo jurídico que se conoce como socialización del derecho privado y que se refleja en una multitud de aspectos: tanto en una concepción de los derechos subjetivos más limitada, cuanto en la exigencia de la protección de las partes más débiles de las relaciones jurídicas.

Otro factor que influyó seriamente en este plano han sido las profundas crisis económicas que afectaron a muchos países durante el siglo XX y también en los años que han pasado del siglo XXI. La

crisis alemana de la primera posguerra, replicada en Austria, Hungría y en otros países afectados por la guerra, caracterizada por procesos inflacionarios desenfrenados que llevaron a la virtual pérdida de valor de la moneda estatal con la correspondiente distorsión de los contratos.

Ello hizo que los Estados debieran acudir en socorro de las partes afectadas por estos fenómenos, recurriendo a distintos instrumentos que intervinieron directamente sobre los contratos: revalorización de las obligaciones dinerarias afectadas por la inflación, la revisión de las obligaciones contractuales afectadas por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el recurso por los jueces al principio de la buena fe o del abuso del derecho para evitar la expoliación de los más débiles.

De este modo durante el siglo XX se asistió a la moderación del efecto absoluto de los contratos tanto por vía legislativa cuanto por vía judicial. Si bien el principio —obviamente— sigue siendo que los contratos obligan a quienes los suscriben, entran a regir el principio de buena fe, el abuso del derecho, la lesión subjetiva, que constituyen morigeraciones de la regla general.

En el derecho argentino ello ha sido obra inicialmente de la jurisprudencia —que comenzó admitiendo ciertos casos de abuso del derecho y de lesión— y luego de la legislación. En este sentido cabe destacar la ley de reformas al Código Civil sancionada como ley 17.711 (1968) que incorporó el principio de buena fe (art. 1198), el abuso del derecho (art. 1071), la teoría de la imprevisión (art. 1198), la lesión (art. 954). Estas instituciones fueron herramientas muy utilizadas por la jurisprudencia especialmente en los tiempos de las sucesivas crisis económicas que reiteradamente sufriera nuestro país.

b) La protección de la parte débil

Hoy en día se suele hablar de los sujetos vulnerables. Uno de ellos sin duda es el consumidor. A partir de la segunda mitad del siglo XX se fue gestando lenta pero progresivamente una nueva rama que es el derecho del consumo que abarca la denominada "relación de consumo". Ella ha generado nuevas reglas en materia de contratos de consumo sobre contratos con cláusulas predispuestas, cláusulas abusivas, derecho de arrepentimiento, integración del contrato con la publicidad, etc.

En la Argentina se sancionó la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, la que constituyó un significativo avance en esta materia; ella ha sido reformada en varias oportunidades.

c) Los límites al derecho de propiedad

Ya la reforma de 1968 estableció límites al ejercicio del derecho de dominio, al disponer que el dueño debe ejercerlo de manera "regular".

d) El factor objetivo en la responsabilidad civil

Los códigos del siglo XIX fundaron la responsabilidad civil sobre la idea de culpa; es decir, que para atribuir responsabilidad a un sujeto era necesario que la conducta antijurídica le fuese imputable a título de culpa o dolo. Ello así pues la atribución de responsabilidad supone un juicio de reproche moral en contra del sujeto, y sólo de existir este reproche moral es posible condenarle a indemnizar el daño causado.

Este sistema devino insuficiente cuando la vida urbana, la masificación de las relaciones, el maquinismo, la revolución industrial, la aparición del automóvil, el tren, el avión, etc., reflejaron en forma evidente que todas las personas están expuestas a sufrir daños provocados como consecuencia del empleo de las máquinas.

De modo que durante el siglo XX se reconoció la vigencia de factores de atribución objetivos; fundamentalmente el "riesgo", aunque existen otros como la obligación de garantía y seguridad, el abuso del derecho, y lo que se ha denominado en general el "riesgo empresa".

El Código Civil de 1869 fue abierto a los factores objetivos con la reforma de 1968. A partir de allí el movimiento ha sido incontenible y hoy los factores objetivos dominan gran parte del escenario de la responsabilidad civil, pudiendo decirse que la culpa constituye un factor residual que opera como factor de cierre del sistema.

e) El derecho de las personas humanas

El derecho de las personas ha evolucionado notablemente en múltiples aspectos.

En particular después de la segunda guerra mundial, advertido el mundo de los horrores que se habían vivido, comenzó una etapa de revalorización de la dignidad personal. Partiendo de las ideas kantianas, doctrina y legislación reconocieron que todo ser humano tiene una dignidad que obliga a respetar su vida e integridad física así como su personalidad espiritual (intimidad, imagen, identidad).

Ciertas constituciones de países que salían de regímenes totalitarios (Alemania Federal, España) reconocieron estos principios que se volcaron también a convenciones y documentos internacionales. En el ámbito del derecho civil ello tiene hoy reflejo en el CCyC en el capítulo de los derechos personalísimos.

f) Los avances científicos

Otro factor de evolución de la vida social que tiene un necesario reflejo en el derecho, son los avances científicos. Los trasplantes de órganos, la fecundación *in vitro*, la clonación, la crioconservación de gametos y embriones son sólo una pequeña muestra de lo que la ciencia está haciendo y hará en el futuro inmediato.

Ello genera una serie de problemas éticos y bioéticos que se proyectan a lo jurídico. El derecho debe dar respuesta interrogantes impensados al tiempo de la codificación.

La legislación argentina ha sido reticente en esta materia por no decir que sumamente conservadora. Aunque cabe reconocer que en los últimos años ha habido algunos avances en materia de salud reproductiva con normas nacionales y locales que abordaron el tema sin tanta timidez.

g) La masificación social y la vida urbana

El evidente fenómeno de la concentración de la población en grandes ciudades, y por ende la masificación de las relaciones se une a ciertos avances tecnológicos como la informática, las redes sociales, etc., todo lo cual se combina para que el individuo entre en relaciones con otros, a veces queridas y otras no. En ese ambiente ciertos derechos personalísimos como la privacidad y la imagen van adquiriendo nuevos contornos. Y se generan problemas jurídicos importantes como la libertad de expresión en internet —que ha dado lugar

a causas judiciales en la Argentina y en otros países—, la intimidad y el derecho al olvido frente a la conservación de datos en internet, etc.

h) La creciente internacionalización del derecho

La globalización o mundialización, producto de la superación por la tecnología de las limitaciones impuestas por la distancia y la geografía, no es sólo un fenómeno económico. Es también un fenómeno cultural: hay un creciente intercambio de experiencias culturales entre los pueblos, algunos positivos y otros no tanto.

En el ámbito del derecho la globalización aparece como un fenómeno que tiende por un lado a uniformar ciertas áreas: los contratos comerciales internacionales, el transporte, el derecho aeronáutico. Pero además, ha generado un movimiento creciente de creación de instrumentos internacionales tendientes al reconocimiento de derechos de las personas —especialmente las vulnerables— y al establecimiento de jurisdicciones supranacionales con la correspondiente renuncia voluntaria de soberanía de los Estados que adhieren a esos sistemas de jurisdicción supranacional.

En este sentido se pueden mencionar, sin pretensión de exhaustividad, las convenciones de derechos del niño, de eliminación de toda forma de discriminación de la mujer, de las personas con discapacidad. Obviamente en América tiene una relevancia particular la Convención Americana de Derechos del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica), que instituye la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con jurisdicción sobre los Estados miembro del sistema.

i) La multiculturalidad

Las migraciones no son sólo internas, sino que atraídos por mejores oportunidades de vida, personas de distintas razas, religiones, culturas, establezcan su centro de vida en países que tienen culturas muy diferentes. Ello es muy evidente en Europa donde la migración de origen africano y asiático, de religión musulmana es muy importante. Pero también en América y en la Argentina se reciben personas que provienen de otro ambiente cultural.

La tendencia universal ha ido hacia el necesario reconocimiento de las particularidades culturales de las personas que se afincan entre

nosotros. Para la Argentina ello no es ninguna novedad, pues el art. 20 de la Constitución, con la finalidad de atraer la inmigración, asegura a los extranjeros el mismo trato que a los nacionales y ello comprende el reconocimiento de sus peculiaridades culturales.

Pero el problema radica en dónde fijar el límite de ese reconocimiento; porque algunas prácticas o conductas propias de ciertas culturas son incompatibles como valores esenciales de los países que como la Argentina enraízan su pertenencia cultural en la Ilustración. Así, la mutilación genital femenina, los casamientos impuestos por los padres, la utilización de ciertas vestimentas "virtuosas" —especialmente en el caso de las mujeres—, la sujeción de la mujer a la autoridad del marido, el derecho de decisión absoluto del padre sobre los hijos, etc., ponen en crisis el multiculturalismo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que pronunciarse, por ej., sobre la legislación turca y francesa que prohíbe la utilización en público de ciertas vestimentas femeninas que ocultan el rostro o el cabello, habiendo declarado que tal legislación no viola la Convención Europea de Derechos Humanos.

En la Argentina no se han planteado problemas de esta naturaleza probablemente dada la gran homogeneidad cultural que tiene nuestro país, sin perjuicio naturalmente del respeto a los pueblos originarios lo cual viene incluso impuesto por la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994.

j) Los denominados derechos de incidencia colectiva

Los códigos del siglo XIX e incluso los del siglo XX se encargaron de tratar los derechos individuales. De allí la preocupación de la doctrina por los derechos subjetivos. Más adelante la doctrina concibió la existencia de otros "intereses" dignos de protección, y así aunque no hubiera un derecho podía haber un interés lesionado que diera motivo a la protección del ordenamiento; en esta orientación se admitió —a título de ejemplo— la indemnización por la muerte del concubino.

Más adelante se advirtió la existencia de otros bienes sobre los cuales la titularidad de derechos es compartida. Ello sucede con el derecho al ambiente sano —hoy reconocido por la Constitución Nacional— calificado por ello como un derecho de incidencia colectiva. Hay otros ejemplos, verbigracia, los que atañen a los consumidores como "clase".

De allí que se hayan desarrollado acciones denominadas "colectivas" o "de clase" que corresponden a una colectividad de individuos que pueden actuar representados por el Defensor del Pueblo, o de la clase (un defensor de los consumidores), o por una asociación que nuclea a los sujetos individuales involucrados.

En la Argentina los derechos de incidencia colectiva tienen recepción en la Constitución reformada y en legislación inferior especial. Las acciones de clase han tenido particular acogida en la jurisprudencia de la Corte en el caso Halabi.

k) La evolución del derecho de familia

Uno de los campos donde también se ha producido una notable evolución es en el Derecho de familia. En los códigos la familia se organizó bajo la idea del matrimonio y en el nuestro además con la característica de la indisolubilidad. De allí la distinción, en el plano de la filiación, de los hijos en matrimoniales y en naturales, incestuosos, adulterinos y sacrílegos.

Esta distinción fue eliminada hace ya muchos años, separándose los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales, con ciertas diferencias de régimen, particularmente en el plano del derecho sucesorio.

Nuestro Derecho, siguiendo las tendencias de la legislación universal en la materia, ha evolucionado profundamente con la sanción de la ley 23.264 del año 1985. Esa ley establece la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, eliminándose esta terminología del Código Civil.

Por otro lado, la misma ley 23.264 ha tenido una gran influencia en el ámbito de la patria potestad, función familiar cuyo ejercicio se atribuía al padre; ahora la patria potestad es ejercida en común por ambos padres y en caso de separación de hecho o divorcio es atribuida a quien ejerce la tenencia.

La ley 23.515 también ha tenido una influencia decisiva en la modernización del derecho de familia argentina al introducir el divorcio vincular, esto es, el que habilita a celebrar nuevas nupcias; solución que debió ser impuesta pretorianamente por la Corte Suprema que declaró la inconstitucionalidad del régimen de la vieja Ley 2393 de Matrimonio Civil que sólo autorizaba el divorcio pero sin que ello concediera habilidad nupcial.

Ahora bien; en los poco más de 20 años que pasaron desde estas leyes, la evolución del derecho de familia ha sido vertiginosa. Las mismas convenciones internacionales y nuevas leyes citadas en el número precedente tienen una incidencia decisiva en un derecho de familia que casi nada tiene que ver con el modelo de Vélez Sarsfield ni aún con el que regía hace cuarenta años.

Por otra parte, se han roto tabúes ancestrales, al admitirse la responsabilidad por daños derivados de distintas situaciones familiares (no reconocimiento de hijos, ruptura de esponsales, hipótesis de violencia doméstica), la existencia de la familia ensamblada con todas sus complejidades.

Y finalmente se ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así como la posibilidad de que esas parejas recurran a la fecundación medicamente asistida cuanto a la adopción.

18. El derecho comercial: origen y evolución

Una rama particular del derecho privado es el derecho comercial cuya evolución histórica es sumamente compleja e interesante. Nacido al amparo del poder económico y político de la clase comerciante italiana a partir del siglo XII, tuvo su propia jurisdicción —la jurisdicción consular— y sus propias leyes —los Estatutos—, así como los usos y costumbres mercantiles adquirieron fuerza normativa. Ese conjunto normativo —de vocación internacional— se llamó *lex mercatoria*.

El derecho comercial entra en crisis con la formación de los estados nacionales y la codificación. Al monopolizar los estados nacionales la producción legislativa y el ejercicio de la jurisdicción, decae la jurisdicción consular y el valor de la costumbre con lo cual la *lex mercatoria* pasa a un plano marcadamente secundario.

La codificación del derecho mercantil se asentó sobre dos nociones básicas: el comerciante y el acto de comercio. Comerciante es aquél que hace profesión del ejercicio de actos de comercio. El acto de comercio por naturaleza es la intermediación en el cambio de cosas muebles (arts. 1 y 8 del Código de Comercio argentino hoy derogado).

En el siglo XX tales conceptos se van convirtiendo en antiguallas. El sujeto del derecho comercial ya no es el comerciante sino la em-

presa, concebida como organización de los factores de la producción en aras de la producción misma; y la noción de comercio se ensancha: hoy las actividades agropecuarias, extractivas (minería, petróleo, gas), de construcción son ejercidas por empresas y como tales caen en la órbita del derecho comercial.

Por lo demás, la globalización de los mercados impulsa la internacionalización de las relaciones mercantiles y por ende del derecho de los contratos comerciales internacionales, por lo que se habla de una *nueva lex mercatoria* (Galgano), un derecho comercial internacional consuetudinario cuyas fuentes son la circulación de los modelos contractuales, las convenciones internacionales, las decisiones del arbitraje internacional, los usos y prácticas de los profesionales de cierta actividad (construcción, petróleo y gas); y aun el denominado *soft law*, esto es, cuerpos normativos creados no por estados sino por organismos o entidades privadas como la Cámara de Comercio Internacional —que ha dado normas sobre crédito documentario, garantías a primera demanda, etc.— o por instituciones como Unidroit que ha dado a conocer los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales.

Al mismo tiempo se asiste al nacimiento de un derecho de los negocios, derecho económico o derecho empresario, materia interdisciplinaria formada con principios y reglas provenientes del derecho privado patrimonial común, que se dirige a la regulación del fenómeno de la empresa y su participación en el mercado, atendiendo a la presencia de instituciones que provienen del derecho industrial (marcas, patentes, transferencia de tecnología y de *know how*), del derecho fiscal absolutamente imprescindible a la hora de decidir cómo encarar una actividad empresaria; del derecho público por la participación del Estado, del derecho de la competencia y del derecho social o del trabajo.

Más adelante nos referimos al Derecho Comercial en el nuevo CCyC.

19. El derecho privado actual en el CCyC

El CCyC se ha hecho cargo de todas estas innovaciones que se ponen de manifiesto.

Ya hemos transcripto una parte esencial de los Fundamentos en los que se lee: *La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.*

Efectivamente, el CCyC comienza por establecer una clara distinción entre Derecho y ley con lo cual abandona el positivismo legalista, pudiendo decirse que nuestro "derecho" está integrado por "reglas, principios y valores", más allá de que sin dudas la ley sigue siendo la fuente más importante (ver arts. 1 a 3).

En el derecho de las personas el CCyC asume el principio de autonomía, por lo que se amplía la capacidad de los menores de edad haciendo aplicación de la idea de capacidad progresiva, e incorporando pautas que emanan de la Convención de Derechos del Niño como el derecho a ser oído y el grado de madurez suficiente (arts. 22, 25, 26 y concs.). Se dispone que las personas con capacidad restringida deben conservar —en lo posible— su capacidad para los actos que puedan realizar por sí (art. 32), con lo que la incapacidad absoluta se transforma en una solución residual y de última instancia. Se regulan los derechos personalísimos a partir de la inviolabilidad de la persona y el reconocimiento de su dignidad (arts. 51 y ss.).

Y, como señalan los Fundamentos, se ponderan nuevos paradigmas como la no discriminación, la multiculturalidad e igualdad real. Por lo que se generan múltiples mecanismos para la protección de los sujetos vulnerables.

Por otro lado, el Código ya no se preocupa sólo de los derechos individuales sino también de los colectivos. Así, en los Fundamentos se lee: "*Código de los derechos individuales y colectivos. En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Cons-*

titución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño" (arts. 14 y 240).

En derecho de familia el CCyC consagra una verdadera —y no necesariamente justificada— revolución que parte de la terminología y termina en la regulación de dudosa eficacia de algunas instituciones como la unión convivencial. En esta orientación pueden señalarse otras cuestiones como la exclusión de la culpa en el divorcio, el divorcio a solicitud de cualquiera de los cónyuges, la calificación de la fidelidad matrimonial como mero deber moral, la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, la posibilidad de que los cónyuges adopten un régimen de separación de bienes, la responsabilidad parental fundada en el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la autonomía progresiva.

En el ámbito del derecho patrimonial el CCyC ha sido relativamente conservador. Pero lo cierto es que en ese terreno el derecho argentino ya había avanzado bastante; es destacable sin embargo que el CCyC contiene disposiciones sobre la causa final (art. 1012) y el objeto del contrato (art. 1003) con una considerable modernización admitiendo, por ej., ciertos pactos sobre herencia futura; sobre contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 y ss.), sobre tratativas contractuales y la denominada responsabilidad precontractual (a partir del art. 990). Además es preciso señalar que se incorporan normas sobre contratos de consumo (arts. 1092 y ss.) que constituyen una suerte de piso de la protección del consumidor, sin perjuicio de la vigencia de la ley especial. Por lo demás se tipifican ciertos contratos y alguna legislación especial se vuelca al código, como por ejemplo la relativa al leasing, al fideicomiso y a los contratos bancarios.

En la responsabilidad civil se definen sus funciones de prevención y reparación del daño (art. 1708); se distinguen netamente los presupuestos de la responsabilidad: antijuridicidad (art. 1717), factor de atribución (art. 1721), relación causal (art. 1726) y daño resarcible (a partir del 1737). La culpa opera como clausura del sistema, pues el art. 1721 dice: "En ausencia de normativa el factor de atribución es la culpa".

En derechos reales se incorporan nuevas figuras, largamente reclamadas por la doctrina y sobre todo por la práctica negocial como los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y el cementerio privado y el derecho de superficie.

El derecho sucesorio se actualiza, con una reducción de la legítima —que conduce a una mayor libertad para testar— y mejoras significativas en el área de las acciones como la colación y la reducción.

Finalmente la incorporación de normas sobre derecho internacional privado importa una necesaria renovación del derecho internacional de fuente interna y a la vez el reconocimiento de la cada vez mayor internacionalización de las relaciones jurídicas.

20. El derecho comercial en el CCyC

a) La unificación

El Código que ha entrado a regir el 1 de agosto de 2015 comprende el derecho civil y comercial según su propia denominación. La unificación de los Códigos Civil y Comercial supone la desaparición de la duplicidad de Códigos que existió en nuestro país en el que el Código de Comercio del Estado de Buenos Aires (1859) fuera adoptado como código de la Nación en 1862 y por ello conviviera con el Código Civil a partir de la entrada en vigencia de éste en 1871.

La unificación de los Códigos Civil y Comercial está autorizada expresamente por el art. 75 inc. 22 de la CN; y era una vieja aspiración de la doctrina argentina.

b) Subsistencia de la autonomía del derecho comercial

La unificación de los códigos no significa la desaparición del derecho comercial como entidad científica, por lo que éste no perderá su autonomía didáctica.

c) Unificación parcial

La unificación se concentra en la teoría general de las obligaciones y los contratos y en la inclusión en el cuerpo del Código de algunos contratos típicos que serían considerados típicamente mercantiles (franquicia, fideicomiso, leasing, factoraje, la concesión, la agencia, los contratos asociativos, los contratos bancarios) e instituciones mercantiles como los títulos valores.

A la vez, subsisten microsistemas legislativos propios del derecho comercial: sociedades, concursos, seguros, tarjeta de crédito, letra de cambio, pagaré y cheque, etc.

d) Un derecho sin sujeto y un derecho sin objeto; observaciones de la doctrina

Ya con relación al proyecto de 1998 se había señalado que la unificación se hacía sin definir la materia mercantil y sobre este CCyC se señala que se omite la definición de comerciante, desaparece la regulación de los agentes auxiliares del comercio y se suprime la noción de acto de comercio, que según algunos siempre ha estado en el centro de la definición del derecho mercantil.

Más allá de que la noción de acto de comercio aparece hoy como superada, lo cierto es que el Código no sustituye esta noción por ninguna otra que defina qué es lo comercial o mercantil, pese a que en numerosos artículos se hace referencia a la empresa y a la actividad comercial. En este sentido, el art. 320 referido a la contabilidad impone llevarla a quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

Hay muchos otros artículos que se refieren a la actividad comercial, los usos y costumbres comerciales, las actividades de comercializar o comercialización.

Pero lo cierto es que, el contenido de lo que debe entenderse por ejercicio del comercio no aparece reglado directamente en ninguna parte del CCyC aun cuando hay artículos que refieren a él.

Desde otro ángulo el profesor Fargosi, apunta que el CCyC no se adecúa a una regulación ajustada de los caracteres actuales del derecho económico, al haber prescindido de una regulación orgánica de la empresa; un régimen moderno y actual no puede prescindir de su consideración. Nuevamente, ello a pesar de que el CCyC se refiere de manera recurrente a la empresa y el empresario.

e) Civilización del derecho comercial o comercialización del derecho civil

Mucho se ha escrito acerca de las recíprocas influencias del derecho civil y comercial. Y ello aparece reflejado en el CCyC como una

consecuencia natural de la unificación, que exige que instituciones que se encontraban duplicadas (ciertos contratos, los privilegios), se regulen de acuerdo con criterios predominantemente "civiles" o "comerciales".

Algunas regulaciones del CCyC reflejan una clara influencia del derecho comercial.

Así, por ejemplo:

— Están obligadas a llevar una contabilidad regular todas las personas jurídicas privadas (art. 320), lo que supone que comprende al consorcio de copropietarios, las simples asociaciones, las iglesias y comunidades religiosas (art. 148);

— La regla sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica que aparece en el art. 144 del CCyC reproduce la regla del art. 54 de la Ley de Sociedades;

— En ciertos contratos se adoptan soluciones que son propios de esos contratos bajo su modalidad "comercial"; verbigracia el mutuo y el mandato ahora se presumen onerosos (arts. 1527 y 1532), regla que proviene del derecho mercantil pues en el Código Civil se los presumía gratuitos;

— Los privilegios se adecúan al régimen de la Ley de Concursos;

— Se regula el contrato de arbitraje que es una típica institución del derecho mercantil.

Sin embargo, en materia de fianza se sigue la regla del Código Civil; esto es, el fiador goza, por regla general, de los beneficios de excusión y división, y la fianza es solidaria cuando así se convenga expresamente o el fiador renuncie al beneficio de excusión (art. 1590), con lo cual desaparece la regla del art. 480 del Código de Comercio derogado que establece la solidaridad del fiador con el deudor y la inexistencia del beneficio de excusión.

V. EL DERECHO PRIVADO Y LA ECONOMÍA

21. Relaciones entre Derecho y Economía. Etapas

A lo largo de este capítulo, hemos señalado la relevancia que adquieren las cuestiones económicas: la intervención del Estado, las

crisis, las relaciones entre distintos agentes económicos, etc., fueron causando un notable incremento del interés de los juristas en la economía; y recíprocamente los economistas también necesitan tomar en consideración los fenómenos jurídicos.

El abordaje de las relaciones entre derecho y economía puede hacerse con múltiples perspectivas. Nos limitamos a señalar ahora que podríamos resumirlas en tres etapas:

— una primera en que ambas disciplinas estaban virtualmente indiferenciadas;

— la segunda, en que abiertamente se separaron, reivindicando cada una de ellas un objeto propio y distinto;

— y la actual, en que las relaciones entre derecho y economía se van recomponiendo por dos razones: la llegada de la sociedad posindustrial y la globalización de los mercados.

De modo que estamos en una etapa en la que derecho y economía han dejado de mirarse con majestuosa indiferencia, y por el contrario parece claro que hoy no puede prescindir uno del otro.

Vamos a ver entonces cómo ese interés recíproco se manifiesta en el ámbito del derecho privado patrimonial.

22. La ponderación de los fenómenos económicos en la doctrina jurídica

No hay duda de que al menos en cierta medida, las instituciones jurídicas de derecho privado patrimonial son el ropaje institucional de medios de satisfacción de necesidades e intereses económicos. En esta orientación, sostiene un autor que numerosas instituciones jurídicas clásicas, como el usufructo, la accesión o la cláusula de reserva de propiedad no son otra cosa que la reglamentación de relaciones económicas sutiles. Sin embargo, ellas están tan profundamente ancladas en el derecho positivo que no las percibimos sino como instituciones jurídicas, sin darnos cuenta de su significación económica.

Con el mismo criterio, no siempre el contrato fue visto como un instrumento destinado a satisfacer intereses económicos de los sujetos. Pero ya en la segunda mitad del siglo pasado, Messineo destacaba este rol del contrato como principalísimo y definitorio. Dice este prestigioso jurista: "El contrato, cualquiera que sea su figura concreta,

ejerce una función y tiene un contenido constante: el de ser centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica...". De allí que propiciara una clasificación de los contratos atendiendo a su finalidad económica.

La elaboración de la idea de causa en sentido objetivo, fruto de la doctrina italiana, es sin duda un aporte sostenido en la ponderación de la finalidad económica que persiguen los contratos. Y entre nosotros, se dice que la interpretación debe tener como objetivo que se cumpla, sin distorsiones, la finalidad económica perseguida por las partes al celebrar el negocio.

Ello ha tenido reflejo en la jurisprudencia, la que ha sostenido que debe ser desestimada la interpretación propiciada por una de las partes, de la cual resulte afectada la finalidad económica del negocio, alterando la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones.

Este criterio se ha aplicado en infinidad de decisiones judiciales, incluso de la CSN.

23. La sistematización de la interacción de lo económico y lo jurídico. El Análisis Económico del Derecho

a) Qué es el Análisis Económico del Derecho (AED)

El AED, que nace aproximadamente en los '60, en EE.UU., es el intento de *aplicar el análisis económico en forma sistemática a áreas del derecho tradicionalmente ajenas a este tipo de análisis.*

Propicia la interdisciplinariedad en el estudio de los fenómenos jurídicos; *incorporando al análisis jurídico la noción de eficiencia en la asignación de recursos.*

b) Los principios básicos del AED

El AED parte de la idea central fundada en el comportamiento racional del hombre, que por lo tanto siempre ha de perseguir aquello que le procure mayor utilidad (entendido utilidad en un sentido amplio: puede ser mayor beneficio, mayor placer, menor esfuerzo, etc.). Esto está en consonancia con la tradición utilitaria anglosajona, según la cual la economía no es sino la ciencia del cálculo individual, el juego del interés personal del *homo economicus*, y *ello conduce a apreciar las reglas de derecho en términos de eficacia.*

Y a partir de allí —y de otros puntos centrales a los que haremos referencia más adelante— el AED se sostiene en algunos de los siguientes principios que definen los profesores alemanes Schäffer y Ott:

(i) La eficiencia en la administración de los recursos (escasos) consiste en aplicarlos, de modo de obtener el mayor grado de satisfacción de necesidades; de allí el criterio de restricciones, propio del análisis económico. Ese criterio no es propio del mundo del derecho, sin embargo incide en la toma de decisiones jurídicas.

El AED entonces estudia las normas y decisiones teniendo en cuenta si ellas producen un despilfarro o aplican adecuadamente los recursos.

Para determinar qué es lo más adecuado al interés general o bienestar social se han formulado distintos *criterios de eficiencia*, siempre reconducidos a la idea de bienestar social; la exposición de tales criterios excedería en mucho los límites impuestos a esta exposición.

(ii) El AED hace un análisis *consecuencialista* de las normas y decisiones judiciales, de modo de apreciar cuáles son las *consecuencias* (efectos) que la norma o decisión produce en la sociedad y los individuos.

La eficiencia es el valor que debe realizar el derecho.

24. La eficiencia, la justicia y otros valores jurídicos

Según algún criterio, una sociedad eficiente no debe ser necesariamente justa. Es éste un motivo de crítica al AED entre los profesores de Derecho, pues parecería que se propicia la sustitución de todos los valores propios del derecho por la sola eficiencia.

Sin embargo, éste es un criterio que dista de ser predominante.

En realidad la justicia debe presidir toda acción en lo jurídico (al legislar, al juzgar) y se impone a la eficiencia.

Uno de los fundadores del AED (al menos en su concepción moderna), Guido Calabresi, en una obra ya clásica dice: *Por ello un sistema de responsabilidad civil o en cualquier otro ámbito del derecho privado patrimonial y del derecho en general, debe ser inicialmente justo y buscar también la eficiencia, lo que se evidencia en que ha de reducir el coste de los accidentes y ha de desalentar las conductas antisociales en el ámbito de la responsabilidad civil y ha de perseguir la satisfacción de las finalidades económicas de los contratos lo que supone que ambas partes han de conseguir una utilidad del mismo.*

Por otro lado, la aplicación de los criterios de eficiencia tampoco se justifican por la sola circunstancia de su obtención por lo que la eficiencia cede frente a otras exigencias o valores. Los mismos Schäfer y Ott reconocen que protección de los débiles (los menores de edad, los enfermos mentales), la tutela de la privacidad y los derechos inviolables que hacen a la dignidad humana no pueden ser medidos en términos de eficiencia.

Y otras alternativas al criterio de eficiencia, generalmente coinciden con ella. Así, la defensa del consumidor, las restricciones al poder económico (en general las que limitan las posiciones monopólicas), la supresión de las discriminaciones y la protección del medio ambiente no sólo son justas sino que además suelen conducir a soluciones eficientes.

En otro plano, Mitchell Polinsky plantea el posible conflicto entre eficiencia y equidad en la distribución de la renta, admitiendo que pueda preferirse la equidad a la eficiencia (un pastel más chico pero más justamente repartido).

Por ello, en todos los casos, *los criterios de determinación de la elección entre dos situaciones sociales están limitados por los derechos fundamentales de los individuos.*

25. Conclusión

Si bien es cierta la advertencia de Oppetit: "El hombre no es reducible a la sola eficiencia", lo cierto es que un sistema jurídico eficiente hace que mayor cantidad de gente pueda beneficiarse, y que la ineficiencia está normalmente ligada a la injusticia.

Y en otra perspectiva, el AED abre la visión del jurista a las consecuencias económicas de las opciones legislativas y judiciales. Y ello es importante pues una sociedad más eficiente es también una sociedad más justa.

26. El AED y la CSN

A pesar de que el AED suena como anatema para algunos juristas que siguen aferrados al falso latiguillo de que con él se pretende

sustituir los valores jurídicos por la eficiencia, la Corte Suprema de la Nación sorprendió con una acordada que crea una "Unidad de Análisis Económico". En sus fundamentos se expone que las decisiones que debe adoptar la Corte tienen efectos económicos; menciona veinte normas de la Constitución que hacen directa alusión a cuestiones económicas, de las cuales la Corte debe precisar su alcance jurídico a través de precisiones que serán un dato relevante tanto para los actores económicos como para los reguladores públicos; concluye por lo tanto en la necesidad de un juicio de ponderación de las consecuencias de los fallos a la que se considera índice de la razonabilidad de la interpretación jurídica.

No es del caso analizar aquí el contenido de esta acordada, pero sí señalar que la Corte ha dado un paso importantísimo porque:

— rompe con el absurdo tabú creado por algunos profesores que anclados en el pasado siguen negando la indudable relación que tienen entre sí el Derecho y la Economía;

— puntualiza la necesidad del análisis consecuencialista: no se puede hacer Derecho —juzgar o legislar— sin ponderar las consecuencias económicas de una sentencia o una ley;

— destaca los contenidos económicos de la Constitución que la Corte debe poner en acción a través de sus decisiones.

Obviamente esto no quiere decir que se vaya a sustituir la justicia, la solidaridad o la paz social por la eficiencia, fantasma con que algunos asustan a los alumnos en discursos cargados de demagogia fácil ocultos en una verborragia florida. Simplemente se dirige a incorporar al análisis jurídico criterios que provienen de la economía, lo que sucede en todos los países modernos.

VI. EL DERECHO PRIVADO EN LA ACTUALIDAD. FUNCIÓN DEL DERECHO CIVIL

27. Ramas del Derecho Privado

De acuerdo con lo que hemos venido expresando, podemos señalar hoy en día una nueva división del derecho privado.

Por un lado el Derecho civil apunta inicialmente al derecho de las personas y el derecho de familia.

Por otro, existe una clara tendencia a la formulación de un derecho privado patrimonial común que tanto rige para las relaciones patrimoniales comúnmente calificadas como civiles, cuanto para las relaciones generalmente llamadas mercantiles. Es decir, el derecho de las obligaciones, de los contratos y de los derechos reales es básicamente un derecho común.

Ello ha quedado plasmado entre nosotros con la sanción del CCyC que unifica la legislación civil y comercial, pero también sucede aun en los países en los cuales encontramos todavía la dicotomía entre Código Civil y Código de Comercio.

Claro es que el CCyC no sustituye toda la legislación especial y en particular la que forma lo que solemos conocer como "derecho comercial". Por ello subsisten los microsistemas legislativos como la Ley de Concursos, de Sociedades, de Seguros, de Transporte Multimodal, de Navegación, de Tarjeta de Crédito y muchas otras. Además ciertas ramas van formando lo que hemos identificado como derecho de la empresa o de los negocios, con sectores que pertenecen algunos al derecho privado y otros al derecho público como lo son el derecho de la competencia, el fiscal y el aduanero.

28. Función actual del Derecho Civil

Lo expuesto no importa amenguar la importancia del Derecho civil.

Por el contrario, esta vieja rama conserva su lozanía, como lo demuestra la permanente preocupación que despierta en los estudiosos y en los legisladores; en la aplicación permanente que de él hacen los tribunales, y en la búsqueda que se hace en sus compartimentos de los grandes principios que informan al derecho privado.

Es que, como ha señalado con agudeza Cian, el Derecho civil sigue siendo la rama en que se encuentran los institutos de base, y así constituye el tejido conectivo de todos los sectores del derecho privado.

29. Definición

De acuerdo con lo expuesto, puede intentarse definir al Derecho civil como la rama del derecho privado que se ocupa del hombre

como sujeto de derecho sin distinción de calidades accidentales, y de las relaciones jurídicas patrimoniales y familiares que lo tienen como sujeto, regulando las instituciones básicas y sirviendo por lo tanto como punto de conexión de las demás ramas del derecho privado.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

ALTERINI, Atilio Aníbal – LÓPEZ CABANA, Roberto, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, 1989; GALGANO, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, trad. de Joaquín Bisbal, Madrid, 1981; GARRIGUÉS, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 7ª ed., México, 1979; IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, 8ª ed., Barcelona, 1983; LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002; RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato*, Buenos Aires, 1959.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ALLENDE, Guillermo L., "Los códigos españoles como fuente de nuestro Código Civil", LL 1981-C-1015; ALTERINI, Atilio Aníbal, "Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era postindustrial", LL 1989-C-955; ANDORNO, Roberto L., "Impacto tecnológico y masificación social en el derecho privado", LL 1990-C-890; DE TRAZEGNIES, Fernando, "El Derecho civil ante la postmodernidad", JA 4/4/1990; DÍAZ, Rodolfo, "Una acordada 'alberdiana'. La unidad de análisis económico", LL 2009-F-1197; DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado*, Madrid, 1979; FIGA FAURA, Luis, "Los civilistas y la evolución histórica del derecho mercantil", ADC 1984-369; GOLDENBERG, Isidoro H., "Impacto tecnológico y masificación social en el derecho privado", LL 1989-E-872; RIVERA, Julio César, "Derecho privado constitucional", RDPyC n. 7, p. 27 y ss.; RIVERA, Julio César, "Economía e interpretación jurídica", LL 2002-D-1163; SOLÁ, Juan Vicente, "La Corte Suprema y el Análisis Económico del Derecho", LL 25/9/2009, LL 2009-E-1223.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, "Asociación lucha por la Identidad Travesti Transexual c/ Inspección General de Justicia", 22/11/2006, Fallos 329:5266.

CSN, "Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531", 18/4/1989, Fallos 312:496.

CSN, "Arriola Sebastián y otro s/ causa 9080", 25/8/2009, Fallos 332:1963.

CSN, "Mujeres por la Vida Asociación Civil sin Fines de Lucro – filial Córdoba c/ E.N. —P.E.N.— Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", 31/10/2006, Fallos 329:4593.

CSN, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años – causa n. 46/85 A", 11/8/2009, Fallos 332:1835.

CSN, "Evelin Karina Vázquez Ferrá", 30/9/2003, Fallos 326:3758.

CSN, "Halabi, Ernesto c/ PEN", 24/2/2009, Fallos 332:111.

CAPÍTULO II

FUENTES DEL DERECHO CIVIL

I. FUENTES DEL DERECHO. INTRODUCCIÓN

1. Concepto

La palabra fuente significa manantial, lugar de donde brota el agua; llevado este concepto al Derecho sigue manteniendo su sentido original aunque aplicado de modo figurado.

En este sentido puede ser utilizada la palabra fuente en varias acepciones.

La primera alude al hontanar en el que ha abrevado el legislador para redactar una determinada norma; se refiere entonces al origen de la norma; así se dice que el art. 1001 del CCyC tiene como fuente al art. 941 del Proyecto de 1998.

Pero la que nos interesa ahora, responde a la idea de dónde o cómo nace el Derecho vigente en un momento determinado, es decir cuáles son las formas de producción o creación de las normas jurídicas obligatorias en un Estado, y que constituyen por lo tanto su derecho positivo.

En síntesis, cómo se positiviza en normas el Derecho. Este concepto, que habíamos desarrollado en nuestras Instituciones de Derecho Civil aparece ahora consagrado en el Título Preliminar del CCyC que distingue el Derecho y la ley, atribuyendo a esta última el carácter de fuente de aquél.

2. Clasificación

Las clasificaciones de las fuentes son diversas según los autores que examinan el tema. Entre nosotros, los civilistas suelen distinguir exclusivamente entre fuentes formales —que algunos autores denominan fuentes directas— y fuentes materiales.

La fuente formal del Derecho es la dotada de autoridad, de obligatoriedad en virtud del mandato del mismo ordenamiento legislativo. Desde este punto de vista la ley es la principal fuente del Derecho. Pero, como la costumbre también suele ser reconocida por el ordenamiento como obligatoria, bajo ciertas circunstancias, se la incluye entre las fuentes formales. Algunos autores suelen incluir también a la jurisprudencia dentro de las fuentes formales del Derecho, al menos cuando las soluciones dadas por los jueces son obligatorias para otros tribunales u otros jueces.

Fuente material es, en cambio, la que no tiene autoridad u obligatoriedad nacida del mismo ordenamiento positivo, pero que constituye factor o elemento que contribuye a fijar el contenido de la norma jurídica, al conocimiento del Derecho y a su más certera aplicación. Se incluyen acá la jurisprudencia, también según algunos autores, y la doctrina.

3. Cuáles son las fuentes del Derecho.El título preliminar del CCyC

La doctrina universal se encuentra sumamente dividida en torno del problema de la enumeración de las fuentes, pudiendo encontrarse posiciones monistas que reducen todas las fuentes a la ley; posiciones pluralistas intermedias que incluyen a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina hasta un pluralismo exacerbado que multiplica el número de fuentes.

El CCyC aborda la cuestión en el Título Preliminar, y concretamente en el art. 1 que dice: "Fuentes y aplicación. *Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*".

Cabe señalar que el texto vigente contiene cambios significativos con relación al Anteproyecto elevado por la Comisión redactora, pues esta aludía a los tratados sin la calificación "*de derechos humanos*", y luego decía: "*A tal efecto se tendrá en cuenta la jurisprudencia según las circunstancias del caso*", texto que fue sustituido por "*A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma*".

4. Juicio crítico sobre el art. 1 del CCyC

a) Distinción entre Derecho y ley

Hemos señalado que el CCyC distingue "derecho" y "ley"; ello se trasunta de la mera denominación de los dos capítulos del Título Preliminar.

Los Fundamentos también se explayan sobre el punto diciendo: "*El Anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley. Una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica. ...Por esta razón, se incluye un Título relativo al derecho, y otro referido a la ley como fuente principal*".

Con ello, el Título Preliminar se aleja del positivismo legalista imperante en el siglo XIX, y que tuviera amplia repercusión en la doctrina argentina durante el siglo XX, y se lo reemplaza por un planteamiento conocido como "principialista" o de la "razón práctico-prudencial" (Rabbi Baldi), en el que el Derecho aparece comprendiendo un conjunto de reglas, principios y valores.

Ello intenta reflejarse en los arts. 1 y 2, aunque no sin ciertas inconsistencias porque pese al alejamiento del modelo positivista legalista, la jurisprudencia y la equidad no aparecen siquiera mencionadas como fuentes ni como criterios de interpretación. A estas ausencias nos referimos más adelante.

b) Enumeración del art. 1. Importancia de la ley

Es obvio que la ley es la fuente primordial del Derecho. Y en la noción de ley en sentido material incluimos la Constitución, los Tratados, y las leyes propiamente dichas.

El art. 1 alude a los tratados de derechos humanos. Como ya hemos señalado, el Anteproyecto aludía a los tratados sin otro aditamento, pues es obvio que en el derecho argentino todos los tratados

son fuente de derecho, y tienen una jerarquía superior a la de la ley. Así lo expone la Constitución Nacional en los arts. 31 y 75, inc. 22 primer párrafo. De modo que el agregado hecho por el Congreso al texto original es inconducente: tanto son fuente de derecho la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación de la Mujer como la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías o los tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

c) La supresión de la jurisprudencia de la enumeración del art. 1

El Anteproyecto presentado por la comisión mencionaba expresamente a la jurisprudencia en el art. 1, previendo que en la aplicación de las leyes ella debía ser tenida en cuenta en consonancia con las circunstancias del caso.

Sin mayor explicación, la mención de la jurisprudencia ha desaparecido del texto del Código sancionado.

La supresión es doblemente criticable.

Por un lado porque la jurisprudencia tiene en nuestro sistema jurídico un arraigado reconocimiento como fuente del derecho. Hemos dicho en otra obra que más allá de los debates teóricos sobre su carácter o naturaleza, lo cierto es que ningún abogado deja de conocerla y muchas veces se preocupa mucho más por encontrar la cita de una sentencia dictada en un caso análogo al que le toca defender que en citar la ley.

Por otro, porque el Anteproyecto disponía la utilización de la jurisprudencia en el contexto de las circunstancias del caso, como lo hacía el art. 16 del Código Civil de Vélez Sarsfield con marcado acierto al referirse a la aplicación de los principios generales.

d) Una incógnita: "la finalidad de la norma"

El art. 1 ha sustituido la mención de la jurisprudencia por un texto que dice: "*A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma*".

Esta frase aparece desubicada pues la "*finalidad de la norma*" no es una fuente, sino un criterio de interpretación, denominado finalista o teleológico, que por lo demás está incluido en el art. 2.

Con lo que se ha incurrido en un grave desacierto nada menos que en el artículo que abre el Código.

e) Rol de los usos, prácticas y costumbres

Si bien más adelante tratamos sobre esta fuente, anticipamos que pese al texto del art. 1 del CCyC, en doctrina se sigue distinguiendo los usos y prácticas de la costumbre.

Los usos y prácticas están generalmente relacionados con lo que suelen hacer los comerciantes o profesionales de determinada actividad; son los denominados usos del tráfico o convencionales. La costumbre es un uso que es considerado jurídicamente exigible.

f) Los denominados principios generales del Derecho

El Código Civil de 1869 disponía en su art. 16 dice que: "*si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*".

De modo que la doctrina reconocía a los principios generales como una fuente de derecho.

El art. 1 omite la mención de los principios generales, limitándose a aludir a "los principios y los valores jurídicos" como un medio de interpretación de la ley en el art. 2.

De todos modos anticipamos que en los Fundamentos se alude al rol integrador del ordenamiento que tienen los principios generales, y que a nuestro juicio ellos siguen siendo una fuente de derecho en nuestro sistema de derecho privado.

5. La jerarquía de las fuentes

Hay dos sentidos para hablar de jerarquía de fuentes. En sentido propio, alude a la jerarquía entre reglas de distinto origen (costumbre y ley), y en sentido impropio refleja las relaciones entre reglas del mismo origen, estableciendo, por ej., que la ley es superior al decreto y éste a la ordenanza.

En sentido propio no existe duda, hoy en día, que la ley es la principal de las fuentes del derecho objetivo, ya que, en definitiva, sólo la fuente legislativa produce Derecho sin límites. La costumbre y la jurisprudencia son siempre fuentes limitadas y los límites están establecidos por la misma ley, que puede dejar sin efecto una costumbre inveterada, o una jurisprudencia establecida.

II. LA LEY

6. Concepto

En una definición clásica, Suárez dice que la ley es el precepto común, justo, estable, suficientemente promulgado. *Justo* quiere decir, en este caso, igualdad de tratamiento de situaciones iguales. *Común* significa que se trata de una norma formulada en términos generales, en el sentido de haberse establecido para un número indeterminado de actos. *Suficientemente promulgado* hace referencia a que ha de haber sido establecido por el legislador conforme al mecanismo constitucional.

No hay que olvidar además, que la ley es obligatoria como uno de sus caracteres principales; la ley no se limita a dar consejos sino que tiene juridicidad, y ello supone obligatoriedad y sanción si no se respeta esa obligatoriedad. Efectuada esta precisión en términos generales, analizaremos los caracteres de la ley.

7. Caracteres. Enumeración

De acuerdo con la definición dada y a la evolución posterior de la doctrina, puede decirse que los caracteres de la ley son: su obligatoriedad, su generalidad, su justicia y su autenticidad.

8. La obligatoriedad

Es el carácter imperativo de la ley, es decir que como consecuencia de haber sido establecida por el Estado, obliga a todos; es lo que dispone el art. 4 del CCyC al establecer que las leyes son obligatorias para todos los que habiten el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.

Todas las leyes son obligatorias, aun las meramente supletorias o permisivas. Las supletorias, porque si bien se aplican en caso de silencio de la voluntad de las partes, sólo esas leyes y no otras pueden ser observadas en el supuesto de silencio de la convención. Y, cuando las partes estatuyen de modo diverso al regulado por las leyes supletorias, no derogan ni infringen esta ley, sino que sólo usan, fuera de ella, el lado de la autonomía de la voluntad que las mismas leyes le reconocen.

Se dice, también, que la orden existente en las leyes permisivas no va dirigida a los particulares sino a los jueces; es una doble orden: una para que los jueces escuchen las convenciones de las partes, y otra para que suplan las omisiones del convenio conforme a lo que en la ley esté dispuesto. Respecto de las permisivas también son obligatorias, aun cuando se limiten a dar un permiso, pues ese permiso implica de hecho la supresión de una prohibición anterior, o la prohibición de hacer lo que no es permitido o de hacerlo de modo diverso al permitido.

9. La generalidad

La generalidad hace referencia a que la ley se establece para un número indeterminado de personas o de hechos, no siendo imprescindible que se aplique a todos los habitantes, pero sí que su aplicabilidad a los sujetos contemplados sea indefinida, general y abstracta, que no se agote en un caso (Llambías); la norma vinculada a un acto determinado o a una persona determinada no es ley, salvo a lo mejor en sentido formal.

A la generalidad se liga la permanencia de la ley. No siendo ella dictada para un caso particular, la ley se aplica de manera permanente desde el día de su puesta en vigencia hasta su derogación.

10. Justicia

Como dijimos en el Capítulo I, el concepto de justicia se vincula a la igualdad; es decir, la ley debe tener un tratamiento igualitario para situaciones semejantes. Desde otro punto de vista, la justicia de la ley está también vinculada a su adecuación a la Constitución, es decir a la supremacía constitucional.

11. Autenticidad

La ley debe emanar del poder con función legislativa ejercido en forma legítima. En consecuencia el tema se relaciona con la sanción y la promulgación de la ley.

12. Clasificaciones de la ley

a) Ley en sentido material y en sentido formal

Ley en sentido material es toda norma general y obligatoria, emanada de autoridad competente. Se incluyen entonces la misma Constitución Nacional, los tratados cuando han sido incorporados al derecho interno por el mecanismo previsto en la Constitución, las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación. Éstas son leyes supremas de la Nación (art. 31 CN) y por ello las autoridades de provincia están obligadas a conformarse a ellas.

También entran en la categoría de leyes en sentido material las Constituciones provinciales, las leyes provinciales; y la legislación administrativa (decretos, ordenanzas, edictos) en la medida que emane de las autoridades administrativas dentro del marco de sus competencias.

Ley en sentido formal es toda norma emanada desde el Congreso conforme al mecanismo constitucionalmente determinado.

Ley en sentido formal y ley en sentido material pueden coincidir, lo que sucede cuando la norma sancionada por el Congreso conforme al mecanismo constitucional es general y obligatoria; como el Código Civil, el Código Penal o la Ley de Trasplantes.

Puede haber leyes en sentido material que no lo sean en sentido formal; tal un decreto reglamentario del Poder Ejecutivo o una ordenanza o edicto dictado por un municipio dentro de la órbita de su competencia.

Finalmente, pueden existir leyes en sentido formal, es decir sancionadas por el Congreso de la Nación conforme al mecanismo constitucional, pero que no lo son en sentido material; tal sucede cuando el Congreso da una pensión a una persona determinada en virtud de sus grandes servicios a la Patria u ordena erigir un monumento.

b) Leyes imperativas y supletorias

Ley imperativa es la que excluye o suprime la voluntad privada, de tal modo que la regulación que establece se impone a los interesados los cuales no pueden modificarla ni sustraerse a sus consecuencias; tal sucede en ciertos sectores del derecho de familia y de los derechos reales.

Las leyes supletorias en cambio respetan la iniciativa y la voluntad de los particulares, limitándose a reconocer los efectos de la voluntad o establecer los efectos de una regulación complementaria para el caso de que esa voluntad no se haya exteriorizado. El ámbito propio de las leyes supletorias es la materia contractual, donde el principio general es el de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 958 CCyC).

c) Leyes internacionalmente imperativas

El CCyC dispone en el art. 2599 lo siguiente: "Normas internacionalmente imperativas. *Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes.*

Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso".

El CCyC alude en este dispositivo a las denominadas leyes o normas de policía también llamadas de aplicación inmediata. Son normas que están destinadas a tutelar intereses de orden social, político o económico que el Estado se encuentra especialmente interesado en proteger. Se suelen mencionar las leyes sobre corrupción, tráfico de personas, tráfico de armas o estupefacientes; pero también operan en ámbitos tales como el comercio exterior o el mercado de divisas. Estas normas excluyen la aplicación del derecho extranjero que resulte contradictorio con ellas.

d) Ley preceptiva y prohibitiva

Ésta es una clasificación que corresponde a las leyes imperativas.

La preceptiva es la que ordena positivamente una consecuencia jurídica forzosa, imponiendo determinados actos y prestaciones; por ej., la obligación alimentaria entre los parientes.

La ley prohibitiva es la que prohíbe algo, sin pronunciar una norma jurídica positiva que haya de regir en lugar de lo prohibido; por ej., la prohibición del matrimonio entre hermanos.

e) Ley complementaria e interpretativa

Ésta es una clasificación que corresponde a las leyes supletorias.

Las leyes complementarias suplen la falta o carencia de una manifestación de voluntad de las partes. Pueden referirse a un punto o tema de una relación jurídica (quién carga con los gastos de la locación de un inmueble), o a la integridad de ella (la sucesión intestada).

Leyes interpretativas son las que tienden a determinar la voluntad de las partes cuando ella se ha manifestado de manera dudosa o incompleta, por ej., el art. 1065 del CCyC.

13. Ley de orden público

a) Noción

La caracterización del orden público es una materia extremadamente compleja, que ha dado lugar a la formulación de infinidad de doctrinas.

En general, puede decirse que hoy el orden público se identifica con lo que interesa al orden social, o a las instituciones fundamentales del Estado.

La caracterización de ciertas leyes como de orden público tiene, según los distintos ordenamientos, algunos efectos particulares, que nosotros expondremos con relación al Derecho argentino.

b) El orden público económico, el orden público social y otras caracterizaciones

Normalmente el orden público estuvo vinculado a las instituciones políticas del Estado, o a ciertas instituciones fundamentales como la familia.

Sin embargo en épocas recientes, se ha advertido la existencia de algunos aspectos particulares del orden público que permiten caracterizar lo que se denomina orden público económico u orden público social.

El orden público económico importa que el Estado puede regular, por vía de jurisdicciones excluyentes de la voluntad privada, ciertos aspectos de la economía, aun en lo tocante a los aspectos que normalmente quedan remitidos a la voluntad de las partes. Algunos autores lo califican como orden público de dirección.

El orden social u orden público social, también tiene una trascendencia muy importante en algunas ramas del Derecho; como el derecho laboral donde el Estado impone con carácter obligatorio la regulación de muchos aspectos del denominado contrato de trabajo.

También se alude en términos todavía más generales al orden público de protección de la parte débil; se aprecia su incidencia en la protección del consumidor.

Y, finalmente se habla del orden público de coordinación que comprende un conjunto de normas imperativas que controla la licitud en el ejercicio de los derechos, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico (Lorenzetti). Abarca principios como la buena fe y el abuso del derecho.

c) Orden público interno y orden público internacional

Las partes de una relación jurídica que se desenvuelve exclusivamente en el territorio de la República, no pueden prescindir de las disposiciones de orden público del derecho argentino; están obligadas por ellas (art. 12 CCyC).

Pero cuando la relación jurídica de fuente contractual se expande a través del territorio de dos o más Estados, las partes tienen en principio la posibilidad de elegir el derecho aplicable (art. 2651). De modo que si en un contrato entre una parte argentina y otra uruguaya se

elige el derecho uruguayo, se está excluyendo la aplicación de todo el derecho argentino, inclusive con sus normas imperativas o de orden público interno.

Pero esa exclusión no alcanza a las normas coactivas o de aplicación inmediata o también llamadas leyes de policía, ni a las que conforman el orden público internacional (art. 2652, inc. e).

La expresión orden público internacional alude a aquellos principios o normas del Estado que deben aplicarse aun en situaciones internacionales, y por lo tanto impide la aplicación de la ley extranjera (en esta orientación el art. 2600 CCyC).

d) Ley de orden público y ley imperativa

Advertida la dificultad de la caracterización del orden público, y por ende de la ley de orden público, alguna parte de nuestra doctrina tiende a identificar la ley de orden público con la ley imperativa (Borda; en el mismo sentido Castán Tobeñas). Lo cierto es que no toda norma imperativa es de orden público; verbigracia las que determinan las formas solemnes para determinados actos o las que regulan la tutela de los menores o la curatela de los insanos. Pero sí es exacto que toda ley de orden público es imperativa, es decir no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes (conf. Marty – Raynaud), con lo cual se define la característica más importante de la ley de orden público.

e) Quién determina que una ley es de orden público

Algunas leyes dicen expresamente que ellas son de orden público, y que por lo tanto son inderogables por los particulares. Ello ha llevado a algunos autores a sostener que el mismo legislador es el que debe calificar a la norma como tal; pero lo cierto es que tal criterio ha sido superado y es unánimemente reconocido hoy que el juez puede decir que una ley es inderogable para los particulares y como tal incluirla dentro de las leyes imperativas, una de cuyas especies es indudablemente la ley de orden público.

f) El orden público en el Derecho civil argentino

Distintas disposiciones del CCyC hacen referencia al orden público.

En particular debe señalarse el art. 12, conforme al cual las convenciones de las particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

No cabe duda de que este precepto sirve de clara apoyatura a la doctrina que, para superar las dificultades de la definición del orden público, las identifica con las leyes imperativas.

g) Orden público y ley extranjera

El orden público impide la aplicación de una ley extranjera. Lo dispone expresamente el art. 2600 del CCyC, que reza: "Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino".

14. Otras clasificaciones

a) Por la esfera territorial de aplicación

Existen normas de aplicación nacional, o sea que se extienden en su eficacia en todo el territorio nacional, y otras que se aplican sólo en determinadas provincias o municipios.

b) Por la materia que abarcan

Hay códigos de fondo y de forma; los códigos de fondo son el Código Civil y el Código de Comercio —hoy unificados— el Penal, el de Minería, y, la Constitución autoriza también al Congreso Nacional a dictar el Código de Trabajo y Seguridad Social. Las leyes de forma o códigos de forma o adjetivos regulan la materia procesal, es decir la reglamentación del ejercicio de las acciones judiciales.

Esta distinción tiene una gran importancia en el Derecho nacional, pues los códigos de fondo son competencia de la legislatura nacional (art. 75, inc. 12 de la Constitución), mientras que los códigos de forma son competencia de las legislaturas locales, es decir, son dictados por las provincias.

III. LA FORMACIÓN DE LA LEY

15. Sanción

Es el acto por el cual el Congreso aprueba un proyecto de ley. En nuestro Derecho, la ley no es tal con la sanción, sino que requiere la promulgación por parte del Poder Ejecutivo.

La sanción debe seguir el mecanismo establecido por la Constitución Nacional, de tal modo que se produzca la aprobación del texto por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores.

16. Promulgación

Es el acto por el cual el Presidente de la Nación atestigua la existencia de la ley y ordena a las autoridades que la cumplan y que la hagan cumplir en todas sus partes.

17. Veto

El veto es la atribución que da la Constitución Nacional al Presidente de la Nación para rechazar la promulgación de una ley sancionada por el Congreso de la Nación.

El veto puede ser total o parcial. En efecto, de la lectura del art. 80 de la Constitución Nacional se desprende claramente la facultad del Presidente de la Nación de desechar "en todo o en parte" un proyecto sancionado por el Congreso.

Los constituyentes de 1994 han seguido la doctrina establecida por la Corte Suprema en el caso Colella de 1967.

Sin embargo, debe señalarse que para la promulgación parcial es necesario observar un cauce formal predeterminado. En efecto, el art. 80 de la Constitución Nacional establece que en estos casos es de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3 CN).

18. Publicación

a) Vinculación con la obligatoriedad

En todos los regímenes positivos conocidos, se establece la obligación de que las leyes sean publicadas para conocimiento general,

y a esa publicación está sometida, por regla general, la entrada en vigencia de la ley.

La exigencia de la publicación se vincula a la idea de obligatoriedad de la ley; no puede ser obligatoria una ley que no puede ser conocida.

De todos modos lo cierto es que la obligatoriedad no se funda en el conocimiento de la ley a través de la publicación, sino en la necesidad social del cumplimiento de las leyes que en modo alguno, puede quedar al arbitrio de las situaciones subjetivas de las personas acerca del reconocimiento real de aquéllas.

b) Sistema del Código Civil

El art. 5 del CCyC dispone: "Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen".

c) Ley que establece fecha de vigencia pero no ha sido publicada

Esto puede suceder, pues en ocasiones la publicación de los diarios oficiales sufre interrupciones o retrasos.

La Corte Suprema nacional ha decidido que la ley entra en vigencia con independencia de la publicación, pues es facultad la legislatura establecer desde cuándo entran en vigor las leyes.

d) Ley no publicada

La doctrina considera que el particular puede invocar frente al Estado los derechos que tiene en virtud de una ley no publicada; y el Estado no puede justificarse en la no publicación (conf. López Olaciregui; Luqui).

e) Leyes secretas

Hay ciertas leyes que no se publican, por cuanto pueden afectar la seguridad nacional. Por las materias a las que ellas se refieren estas leyes no pueden crear normas de derecho objetivo aplicables a los particulares.

f) Publicación oficial

Se entiende que es la hecha en el Boletín Oficial creado por ley 483 de 1870, si es una norma nacional.

g) Entrada en vigencia de la ley sometida a reglamentación

En algunos casos la misma ley subordina su entrada en vigencia al dictado de un decreto reglamentario; en este supuesto mientras no se sancione el decreto, la ley no entra en vigor.

Pero, puede suceder que ello no haya sido dicho expresamente y, sin embargo, un decreto reglamentario sea preciso; en este caso se considera que el principio es que la ley resulta inmediatamente ejecutoria, aun cuando ella prevea actos reglamentarios relativos a su ejecución, desde el instante que ella no ha especificado que su aplicación estaría subordinada a la publicación de dichos actos. Sin embargo se admite también que la subordinación puede ser implícita y, por lo tanto, se deba diferir necesariamente la puesta en vigor de la ley, cuando su texto, no siendo suficiente por sí mismo, necesite ser completado.

IV. LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS

19. Supremacía de la Constitución

Siguiendo las enseñanzas de Bidart Campos, podemos decir que la expresión *supremacía constitucional* apunta a que la Constitución Nacional, revestida de *supra* legalidad, obliga a que las normas y los actos estatales se ajusten a ella; todo el orden jurídico político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal.

Dada la estructura general del Estado, la supremacía constitucional reviste un doble alcance:

a) La Constitución Nacional prevalece sobre todo el orden jurídico del Estado (arts. 27, 28 y 86, inc. 2 CN).

b) La Constitución en cuanto federal, prevalece también sobre todo derecho provincial.

20. Ejercicio del contralor de constitucionalidad

En nuestro país el *contralor constitucional* lo ejerce la Corte Suprema y por delegación el resto de los tribunales (art. 43 CN). Pero ningún tribunal puede dejar de aplicar la ley, salvo que la declare inconstitucional.

21. Declaración de inconstitucionalidad

De la interacción de los textos constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Suprema, emanan los siguientes principios básicos en materia de control de constitucionalidad:

— todos los jueces tienen la atribución de controlar la constitucionalidad de las leyes y demás actos públicos (decretos del Poder Ejecutivo Nacional y otros actos administrativos);

— obviamente incluye a la legislación provincial;

— ello es consecuencia de que la CN es la norma jerárquicamente superior y como se ha dicho en algún precedente, no es que se prescinda de aplicar la ley o norma de jerarquía inferior, sino que se aplica la CN que es la norma de mayor jerarquía y que por ello desplaza a la inferior.

— de allí que la jurisprudencia actual autoriza la declaración de inconstitucionalidad aún de oficio;

— la declaración de inconstitucionalidad lo es para el caso, por lo que la norma declarada inconstitucional sigue vigente y no existe obligación de quien la dictó de suprimirla o modificarla (aunque a veces sí lo hace).

22. La jerarquía del resto de la legislación

a) Atribuciones de las provincias

En nuestro sistema constitucional, las provincias conservan todas las facultades no delegadas expresamente al Estado Nacional. Por lo tanto, las legislaturas provinciales tienen competencia para legislar en todo aquello que no esté expresamente mencionado en el art. 75 de la Constitución, que enumera las materias de competencia del Congreso Nacional.

b) Ubicación de la legislación provincial con relación a la legislación federal

Pese a esta facultad, lo cierto es que todo el derecho federal, inclusive las leyes dictadas por el Congreso Nacional y los tratados internacionales aprobados por el mismo, prevalecen sobre la legislación provincial; así surge de los arts. 5 y 31 de la Constitución.

c) Atribuciones de los municipios y otros órganos

El régimen municipal debe ser asegurado por las provincias (art. 5 CN). Los municipios son además personas jurídicas públicas (art. 146, inc. a, CCyC), y tienen atribuciones en determinadas materias, particularmente establecidas por las constituciones provinciales o por las leyes orgánicas.

Dentro de esa competencia las disposiciones dictadas por los municipios constituyen ley en sentido material. Naturalmente las disposiciones dictadas por los municipios dentro de su competencia, deben subordinarse a las leyes provinciales, a las leyes federales, a la constitución provincial y a la constitución federal.

Lo mismo cabe decir de las disposiciones que son emanadas de otros órganos, es decir, resoluciones dictadas por los ministerios o por la AFIP.

d) Atribuciones del Poder Ejecutivo nacional

El Poder Ejecutivo nacional tiene atribuciones legislativas delegadas y originarias que están establecidas en el art. 99; naturalmente los decretos del Poder Ejecutivo deben estar sometidos a la ley y a la Constitución. De lo contrario serán inconstitucionales.

23. Los tratados

a) Importancia actual en el derecho privado

El Estado puede celebrar tratados con otros Estados o formar parte de convenciones adoptadas por los organismos internacionales, como la Organización de Estados Americanos o la Organización de las Naciones Unidas.

Esta materia estaba antaño vinculada casi, exclusivamente, al derecho público; pero hoy tiene también notoria incidencia en el derecho privado, pues numerosas convenciones internacionales atañen a materias propias del Derecho civil y del mercantil.

Así pueden mencionarse entre las últimas ratificadas por el Estado argentino la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida como "Pacto de San José de Costa Rica"; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; los Pactos Internacionales sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

b) Incorporación de los tratados al derecho interno

De acuerdo con el art. 99, inc. 11 de la Constitución Nacional, es atribución del Poder Ejecutivo el concluir y firmar tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras; por su lado, el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional declara que corresponde al Congreso de la Nación aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede.

Es decir, que la celebración de un tratado es en nuestro Derecho, un acto complejo, que requiere:

— la firma del mismo por el Poder Ejecutivo,

— la aprobación del Congreso, y

— la ratificación por el Poder Ejecutivo.

El tratado entra en vigor a partir de la ratificación. No es necesaria una ley posterior que lo incorpore al derecho interno.

El derecho internacional público conoce otra categoría de convenios: los acuerdos ejecutivos o en forma simplificada. Esta clase de acuerdos no se encuentran sujetos a la aprobación del Poder Legislativo y entran en vigor desde que fueron suscriptos. La existencia de estos acuerdos es, en la Argentina, producto del derecho constitucional consuetudinario.

La denuncia de un tratado es competencia del Poder Ejecutivo, no siendo necesaria la aprobación del Congreso, salvo que se trate de

un tratado de derechos humanos de los previstos en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

c) Jerarquía de los tratados

El art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Así la Constitución hizo suya la interpretación que ya había hecho la CSN en la causa Ekmekdjian c/ Sofovich (1992).

Sin embargo, más allá de esa afirmación genérica, el texto constitucional realiza importantes distinciones que requieren ser analizadas.

d) Los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional

El art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional enumera una serie de instrumentos internacionales que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos.

Esta norma ha provocado interpretaciones disímiles en lo concerniente a la relación entre esta clase de tratados y la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de la Nación ha resuelto que *"los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir... Debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente"* (caso Monges, 1996).

e) Los tratados internacionales sobre derechos humanos no enumerados en el art. 75, inc. 22 CN

Los constituyentes han ideado un mecanismo por el cual otros instrumentos internacionales pueden adquirir jerarquía constitucional. El art. 75, inc. 22 CN establece que *"los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional"*.

f) Los tratados de integración

El art. 75, inc. 24 de la Constitución Nacional expresa que corresponde al Congreso de la Nación aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales. La validez de esta transferencia de competencias se encuentra supeditada a la observancia de ciertos principios: reciprocidad, igualdad y respeto del orden democrático y de los derechos humanos.

Se prevé, además, que las normas emanadas de los organismos supranacionales —constituidos a través del tratado de integración— tienen también jerarquía superior a las leyes. Se consagra, de esta manera, la primacía del *derecho comunitario derivado* sobre la ley interna.

g) Operatividad de los tratados

Las normas incorporadas por vía de los tratados pueden requerir la adecuación a ellos del derecho interno, mediante la sanción de las leyes reglamentarias correspondientes.

Sin embargo, ello no es necesario cuando se trata de las convenciones internacionales que han creado un derecho supranacional de los derechos humanos, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica.

Es que, según ha interpretado la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estas convenciones no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de la nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros. Al aprobar estos tratados los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

h) La cuestión de las sentencias de la Corte Americana de Derechos Humanos

Existe consenso en afirmar que al incorporarse un país a un sistema supranacional de derechos humanos —como el estructurado por la Convención Americana conocida como Pacto de San José de Costa Rica— renuncia parcialmente a su soberanía, pues no sólo está obligado a respetar y hacer efectivos los derechos individuales allí consagrados sino que además queda sujeto a la jurisdicción supranacional que la misma Convención Americana organiza sobre la base de dos organismos: la Comisión y la Corte que en definitiva interpretan y aplican la Convención.

Cuando la Corte sanciona a uno de los Estados por infracción a la Convención, el Estado está obligado a cumplir la decisión (art. 69 de la Convención) y ya en varias oportunidades los tribunales argentinos se han hecho cargo de esas resoluciones supranacionales en casos concretos.

Pero un tema todavía no definitivamente dilucidado es cuál es el valor que corresponde dar a los precedentes de la Corte cuando ellos han sido dictados en casos en que es parte otro Estado. En otras palabras: ¿el criterio por la CIDH en un caso seguido contra un tercer Estado, obliga —como "doctrina legal"— a los demás Estados signatarios?

Al respecto cabe puntualizar que la misma Corte Interamericana ha dicho: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin... En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (caso Almonacid c/ Chile, 2006).

El criterio expuesto, que ha sido reiterado en sentencias posteriores, implica tanto como anticipar que si un tribunal judicial local —o cualquier otra autoridad pública— no respeta la jurisprudencia de la Corte Interamericana estaría incumpliendo con la Convención y con ello colocándose en situación de ser sancionado bajo sus mismos términos.

La Corte Suprema argentina ha respetado siempre la jurisprudencia de la CIDH (Boggiano).

Pero la cuestión es materia de debate en la doctrina y tiene ello importancia práctica en lo que hace al momento en que comienza la existencia de la persona humana. El CCyC dispone que ello ocurre con la concepción, sin hacer distinción alguna entre concepción natural e *in vitro* (art. 19). Pero la CIDH ha dictado sentencia en el caso Artavia Murillo c/ Costa Rica estableciendo que la concepción es un proceso que culmina con la implantación del óvulo fecundado en el seno materno; con lo cual el embrión creado *in vitro* no recibiría la consideración de persona. De modo que si la jurisprudencia de la CIDH sentara una doctrina legal que debiera ser seguida por el Estado argentino, éste debería modificar el criterio establecido en el art. 19. Volvemos sobre esta cuestión al tratar en específico el tema del comienzo de la existencia de la persona humana.

V. DEROGACIÓN DE LA LEY

24. Derogación expresa y tácita

La ley concluye su vigencia por medio de la derogación, que en principio, es efectuada por otra ley. Si la derogación es expresa no hay problema, pues la nueva ley indica cuáles son los textos que se derogan.

El problema es la derogación tácita, que se produce cuando la vigencia de la nueva ley es incompatible con la anterior.

En principio tal incompatibilidad debe ser absoluta, pues basándose tal derogación en una interpretación de la voluntad omisa del legislador, expresada en la nueva norma, basta que quede alguna posibilidad de conciliar ambos regímenes legales, para que el intérprete deba atenerse a su complementación (Llambías); este criterio ha sido aplicado en múltiples oportunidades por la jurisprudencia nacional.

"mexicanos" eran celebrados en fraude a la ley argentina y por ello les desconoció toda eficacia. Otro ámbito en el cual hay posibilidad de defraudar a la ley es el derecho societario, a través de sociedades *holding* con finalidad de evasión fiscal o burla del sistema normativo.

d) Regulación del fraude a la ley en el CCyC

El CCyC recoge expresamente el acto en fraude a la ley. Lo hace en el segundo párrafo del art. 12 que dice: "*El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*".

Las reglas del CCyC se completan con el tratamiento del fraude a la ley en el derecho internacional privado. El art. 2598 sobre el punto establece: "Fraude a ley. *Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto*".

VII. LA COSTUMBRE. LOS USOS Y PRÁCTICAS

28. Concepto de costumbre

La costumbre es un uso implantado en una comunidad y considerado por ella como jurídicamente obligatorio.

29. Elementos de la costumbre. Restricción preliminar

La costumbre exige la presencia de dos elementos; un elemento objetivo que consiste en la existencia de un uso reiterado y que debe reunir ciertas condiciones; y un elemento subjetivo o psicológico consistente en la convicción o creencia que tiene la comunidad de que tal el uso resulta jurídicamente obligatorio.

a) El elemento objetivo. Condiciones que debe reunir

El uso en sí constituye el elemento material de la costumbre; es decir que debe mediar una práctica de la comunidad o de parte de la

comunidad o de sujetos a los cuales se vincula el uso en su actividad —profesionales, comerciantes— etc.

Se ha dicho que la voluntad de la comunidad debe expresarse, manifestarse por el uso, que constituye un requisito de la constitución del derecho consuetudinario y no sólo un medio de prueba. Sólo puede tener efecto la costumbre en tanto la voluntad jurídica que en ella está inmersa, se exterioriza con claridad a través del uso.

El uso debe ser uniforme, general y constante.

La mayor parte de los autores de antaño consideraban que la práctica debe tener una cierta duración temporal; aunque se reconoce hoy en día que no necesariamente debe mediar un uso prolongado.

En el derecho mercantil es muy común que las costumbres sean de creación relativamente reciente.

Por otro lado es necesario que la práctica o uso se produzcan en actos atinentes a la vida del Derecho; la conducta externa reiterativa ha de moverse dentro del área de lo jurídico. No basta con que una conducta se repita sino que es preciso que ese acto entronque, por su contenido y consecuencias, en la naturaleza misma de lo jurídico.

Así, que los comerciantes de flores se reúnan vestidos de determinada manera no pasará de ser un uso o una moda; pero que consideren que las flores deben ser entregadas en determinadas horas o en cierto lugar, o en determinadas condiciones de frescura o embalaje, puede constituir costumbre jurídica, porque esas prácticas hacen a aspectos que son vinculados a la vida del derecho, es decir, las condiciones del cumplimiento del contrato de compraventa.

b) El elemento subjetivo. Distintos criterios para su caracterización

Todos los autores están conformes en que existe un elemento interno subjetivo, que en el concepto que nosotros dimos caracterizamos como la consideración, por parte de la comunidad, de que el uso es jurídicamente obligatorio.

Como la rigurosa intención de crear Derecho no existe nunca en la práctica; ni la comunidad en sí, ni los miembros individuales de ella pueden reflejar una voluntad creadora del Derecho, basta con la mera conciencia de la obligatoriedad; es decir, el pensamiento que debe existir entre los miembros de un grupo social determinado, conforme

al cual los actos que se practican reiteradamente deben ser recibidos y valorados como exponentes de una situación que ha de ser disciplinada conforme a esa conducta.

30. Usos convencionales o del tráfico. Distinción con la costumbre e importancia

Los usos convencionales, o usos de los negocios o usos del tráfico son definidos como los que de modo corriente y uniforme se observan en la práctica de los negocios jurídicos y especialmente en la de los contratos. Tales usos son los que más propiamente pueden recibir la clasificación de usos jurídicos.

Y aunque no tengan la consideración y fuerza de la costumbre, por faltarles el elemento interno y jurídico de ésta, les corresponde empero una importante función interpretativa y supletoria de la voluntad de las partes.

31. La costumbre, los usos y prácticas como fuente del derecho. El art. 1 del CCyC

a) Función

En la parte pertinente el art. 1 del CCyC dice: "*Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*".

Cabe también tener en cuenta que los usos y prácticas tienen una función interpretativa e integradora del contrato. En este sentido el art. 964 del CCyC establece que el contenido del contrato se integra con "*...c) los usos y prácticas del lugar de celebración en cuanto sean aplicables porque haya sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable". Y el art. 1063 refiere a los usos y prácticas como medio de interpretación, diciendo:* "Significado de las palabras. *Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración*

del contrato. Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta".

b) Casos en qué operan

La costumbre, usos y prácticas son vinculantes cuando la ley se refiere a ellos, en situaciones no regladas legalmente y cuando las partes se refieren a ellos.

Cuando la ley se remite a la costumbre —costumbre *secundum lege*— se altera el orden jerárquico de las fuentes dejando la costumbre de ser fuente subsidiaria para transformarse en fuente principal.

Si la costumbre se aplica cuando no existe ley exactamente aplicable al caso —costumbre *praeter legem*— ella es la norma jurídica en virtud de la cual se soluciona el conflicto no reglado legalmente.

Finalmente cabe advertir que el art. 1 del CCyC considera vinculante la costumbre, usos y prácticas cuando las partes se refieren a ellos.

Esto es muy importante en el ámbito de los negocios mercantiles internacionales, pues la denominada *lex mercatoria* es un derecho consuetudinario, basado en usos y prácticas. Hoy en día en ciertas áreas se reconocen usos generalmente aceptados; por ej., en los contratos de grandes construcciones las partes suelen remitirse a las reglas Fidic y en los contratos ligados a la extracción y comercialización de petróleo y gas se reconoce la existencia de una "lex petrolea". De modo que las partes pueden incorporar estas reglas, usos y prácticas a sus contratos, resultando vinculantes para ellas; así lo prevé expresamente el art. 2651, inc. d) del CCyC, conforme al cual "*los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato*".

c) Costumbre contra legem

Es la costumbre contra la ley o derogatoria. El CCyC parece condenar la costumbre *contra legem* en tanto dispone que costumbre, usos y prácticas, son vinculantes "*siempre que no sean contrarios a derecho*".

32. Prueba de la costumbre

Siendo la costumbre una norma jurídica, debería ser conocida por el juez y no ser materia de prueba; sin embargo ello no responde a la realidad de los hechos pues los jueces no conocen las costumbres ni mucho menos todas las costumbres; por lo tanto es lógico que el juez pueda requerir la prueba de la misma y la parte pueda adelantarse a proveerla.

VIII. LOS PRINCIPIOS Y VALORES

33. Concepto

Un principio general de derecho es una idea rectora, o, en otras palabras, principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación existente o posible (Larenz). Se dice también que "los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas; de allí que —siguiendo la terminología propuesta por el profesor Alexy—se diga que son "mandatos de optimización" que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados (Rabbi Baldi; en el mismo sentido Lorenzetti).

Los valores jurídicos, a los cuales alude el art. 2 del CCyC junto con los principios, no difieren de estos sino en el diverso aspecto desde el que se los contempla: deontológico en los principios, axiológico en los valores.

34. De dónde emanan los principios

La segunda cuestión que se plantea es: ¿de dónde emanan esos pensamientos rectores que se califican de principios generales? Al respecto existen dos concepciones posibles, la iusnaturalista y la positivista.

a) Orientación iusnaturalista

Para la corriente que podríamos denominar *ius* naturalista, los principios generales del derecho son los principios del Derecho natural, como aparecía reconocido en el art. 7 del Código Civil austríaco de 1811, y en el art. 15 del Código sardo de 1837, ambos fuentes del

art. 16 del Código de 1869. En corriente de opinión semejante, se alude a principios que emanan de *la idea de justicia* (Guastavino) o de *la naturaleza de las cosas*.

b) Orientación positivista

Otra corriente de pensamiento es la positivista, que concatena los principios generales con el derecho positivo (Coviello, Carnelutti, De Diego); se habla así de los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado (Cód. Civ. italiano, art. 12), de los principios básicos del derecho vigente, de los postulados genéricos que se abstraen de las normas jurídicas. Estas expresiones tienen en común que encarnan los principios generales del Derecho en el sistema jurídico positivo, por lo que en última instancia, son principios científicos o sistemáticos.

c) Criterios que combinan ambos conceptos

Hemos sostenido con Bueres que en la idea de principios generales pueden tener cabida ambos conceptos. No escapa a nadie que ciertas reglas (o principios no formulados normativamente en forma específica por su esencialidad u obviedad) pueden dimanar del derecho positivo, sea que se los induzca de normas particulares o que se los aprehenda por deducción sistemática (principios dogmáticos).

Amén de ello hay reglas determinantes de la regulación de un instituto jurídico que pueden basarse en datos histórico-legislativos previos, pero que siendo informadores del derecho positivo plasmado quedan incorporados a él (principios institucionales).

Pero ello no puede oscurecer que la especie más trascendente del género está dada por las reglas derivadas del orden natural, de la naturaleza de las cosas, que al decir de Larenz, operan como fundamento inicial de la regulación positiva.

35. Los principios y valores en el CCyC

El Código de Vélez Sarsfield contemplaba a los principios como una fuente supletoria de derecho (art. 16), habiéndose concluido de todos modos que cumplían dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley.

El actual art. 2 del CCyC incluye a los principios y valores como un medio de interpretación de la ley. Sin embargo, los mismos Fundamentos del Anteproyecto señalan que "*...deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos*".

De modo pues que el juez puede usar los principios y valores jurídicos no sólo como medio de interpretación de la ley sino también como fuente en casos no reglados legalmente y como pauta de control axiológico, para evitar una solución que contraríe valores esenciales.

36. Los valores jurídicos

El art. 2 del CCyC introduce la noción de valores jurídicos que no estaba presente en el Código de Vélez ni en los proyectos que precedieron al nuevo CCyC.

Lorenzetti explica que los valores mencionados en la Constitución y en las leyes —tales como afianzar la justicia, bienestar general, solidaridad— son citados con frecuencia en las decisiones judiciales e imponen un límite axiológico a la decisión judicial.

37. Enumeración de los principios generales

Los Fundamentos del Anteproyecto dicen que "*No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico*".

Es una decisión correcta del legislador, pero en doctrina se han formulado distintos criterios para tratar de identificar tales principios.

Suelen enunciarse como tales, sin mayor rigor científico, a los principios constitucionales como la propiedad privada (art. 17), la igualdad (art. 22), la regla según la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19).

De otro lado se afirma que constituyen principios del Derecho civil la buena fe, el *pacta sunt servanda*, el abuso del derecho, que nadie puede ir en contra de sus propios actos, el enriquecimiento sin causa.

Entre nosotros ha sido Guastavino quien ha pretendido hacer una enumeración de los principios generales propios del Derecho civil argentino, y que se obtienen por sucesivas generalizaciones de los textos del Código Civil. Así, reconoce los siguientes:

— la capacidad de las personas físicas es la regla y la incapacidad la excepción;

— las incapacidades no pueden extenderse por analogía;

— la libertad de formas de los actos jurídicos;

— la buena fe creencia y la buena fe lealtad;

— no cabe atender a quien alega su propia torpeza;

— se repudia el fraude a la ley,

— no debe atenderse a quien actúa en contradicción con sus propios actos;

— ha de prohibirse la justicia por mano propia;

— ha de estarse por la conservación de los actos jurídicos;

— *pacta sunt servanda;*

— sin perjuicio de que *ad imposibilis nemo tenetur* y *rebus sic stantibus*;

— el patrimonio es garantía común de los acreedores;

— el género nunca perece;

— no se puede ejercer coerción sobre el deudor de obligaciones de hacer;

— debe rechazarse el enriquecimiento sin causa;

— *res perit et crescit domino;*

— *prior in tempore potior in iure;*

— *numerus clausus;*

— el interés familiar prevalece sobre el interés individual;

— el superior interés del niño;

— prohibición de pactos sobre herencias futuras;

— protección integral de la legítima.

A esta extensa enumeración que hace el maestro santafesino, cabría quizás agregar que los actos jurídicos deben ser conformes a la moral y las buenas costumbres; el principio de equivalencia de las prestaciones como regla general en materia de relaciones jurídicas regidas por la justicia conmutativa; y el principio *nemo plus iuris* (art. 399 CCyC).

38. Límites de la aplicación del principio general

La aplicación de los principios generales como fuente de autointegración requiere, como dato previo, que no exista una normativa aplicable al caso.

Es que los jueces deben sujetarse al sistema de fuentes. El conocido filósofo del derecho Ronad Dworkin dice que atañe a la responsabilidad del juez y al cumplimiento de su deber, el respetar el sistema de fuentes.

De modo que el desconocimiento del sistema de fuentes es calificado por Dworkin como *lawless judging*, que es traducido como *enjuiciamiento antijurídico o al margen del método legal.*

Las ideas de Dworkin sobre el punto han sido condensadas por uno de sus comentaristas, el profesor español Miguel Beltrán, del modo que sigue:

— la teoría constitucional de un juez no le permite situarse al margen del sistema de fuentes,

— el juez que prefiere su propia teoría al sistema de fuentes, incurre en *terrorismo judicial*,

— no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico (en concreto para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales) como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular del sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado —en términos de justicia o injusticia— de tal apartamiento; una sentencia *justa* dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende *ajustada a derecho*.

Es que esos principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado.

IX. JURISPRUDENCIA

39. Noción

En un sentido estricto la jurisprudencia alude a las decisiones emanadas de los tribunales que sientan doctrina al decidir las cuestiones sometidas a ellos. Es este sentido el que nos ocupa y el que genera el debate de si constituye o no una verdadera fuente del Derecho.

40. Importancia actual

Más allá de la discusión doctrinaria, acerca de si la jurisprudencia constituye o no una verdadera fuente del Derecho, lo cierto es que ningún litigante deja de citar los precedentes judiciales que conoce sobre el tema en debate.

Ese conocimiento de las sentencias judiciales o jurisprudencia es indispensable para el ejercicio profesional, y para el correcto enfoque de cualquier litigio o proceso. Por lo demás, es también fundamental para la labor doctrinaria, pues se daría una visión muy parcial o abstracta del Derecho si no se conociese la aplicación que los tribunales hacen de las normas jurídicas.

Ello se debe, básicamente, a que los tribunales tienden a respetar las decisiones anteriormente vertidas sobre la cuestión de derecho. Esto sucede por diversas razones; por un lado porque los jueces se pueden considerar solidarios con la doctrina jurídica de sus predecesores; porque los jueces tienen conciencia de una continuidad nece-

saria del Derecho y modificar en cada caso particular la aplicación de interpretación de las normas sería crear el desorden.

41. La jurisprudencia como fuente del Derecho

Existe un serio debate acerca de si la jurisprudencia es o no una fuente de derecho, Los que opinan por la negativa sostienen que la jurisprudencia fija el sentido de la norma, salva contradicciones posibles del legislador y que es la mejor fuente del conocimiento del derecho positivo, pero no tiene aptitud para crear normas jurídicas y su función es distinta de la legislativa.

Otros en cambio sostienen la tesis de que la jurisprudencia crea Derecho:

— cuando la ley es demasiado lata, y los jueces precisan los conceptos en su aplicación; por ej., cuando dicen que conducir un auto de determinada manera es una conducta culpable;

— cuando completan una ley insuficiente o rejuvenecen una ley antigua o envejecida;

— cuando resuelven casos no previstos por la ley, a lo cual no pueden negarse.

En la filosofía del Derecho contemporánea la cuestión del valor de la jurisprudencia tiene una importancia decisiva, y se vincula con el poder político que se reconoce a los jueces —o no— para crear normas jurídicas. El análisis de esta compleja cuestión excede del alcance de esta obra.

a) La cuestión en el Derecho nacional

El art. 1 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial disponía: "*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la jurisprudencia de acuerdo a las circunstancias del caso...*".

Pero el texto finalmente sancionado eliminó la referencia a la jurisprudencia.

Ello no impide sostener que la jurisprudencia sigue siendo una fuente de derecho en nuestro sistema (Lorenzetti).

Es que si por fuente material entendemos exclusivamente una fuente de conocimiento del Derecho, carente de autoridad, de obligatoriedad nacida del ordenamiento positivo, que contribuye a fijar el contenido de la norma a su conocimiento y a su más certera aplicación, no puede caber duda alguna de que la jurisprudencia es una fuente material.

Como decíamos antes, nadie puede decir que conoce el Derecho de un país del sistema occidental, hoy en día, si no conoce la jurisprudencia que aplica los códigos y las leyes.

El tema es más complejo si tratamos de determinar si la jurisprudencia es una fuente formal del Derecho, esto es productora de verdaderas normas de derecho objetivo.

En nuestro país la jurisprudencia puede considerarse fuente formal, en cuanto ciertos pronunciamientos resultan obligatorios para los tribunales que los dictan y para los jueces inferiores que de ellos dependen. Estas sentencias obligatorias emanan básicamente de dos fuentes: las sentencias dictadas por las cámaras de apelaciones en virtud de los denominados fallos plenarios; y las sentencias dictadas por la Corte Suprema nacional, sobre cuya obligatoriedad nos extenderemos más adelante. Estos pronunciamientos, justamente por su carácter obligatorio, constituyen verdaderas normas generales de derecho objetivo.

b) El rol de la jurisprudencia en nuestro país

Más allá de los debates teóricos sobre si la jurisprudencia constituye o no fuente del Derecho, es preciso subrayar que ella ha tenido, y sigue teniendo, un rol preponderante en la interpretación del Derecho vigente, desarrollando una tarea de modernización de la ley y de adecuación a las nuevas realidades sociales, económicas, culturales y políticas del país.

Basta para ello recordar que durante la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia nacional desempeñó un papel activo en la morigeración del principio de la autonomía de la voluntad, al acoger pretorianamente doctrinas como el abuso del derecho y la lesión subjetiva, pese a los textos del art. 1071 y de la nota al art. 943 (siempre del Código de Vélez Sarsfield).

Asimismo, la jurisprudencia modificó sensiblemente el régimen de la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 43 del Código Civil de 1869), llegando a decir Borda que ese precepto había sido derogado por los tribunales.

Ejemplos como éstos pueden multiplicarse, pero quizás el más significativo sea el de la jurisprudencia posterior a 1975 que como consecuencia de las crisis económicas recurrentes, reflejadas en procesos inflacionarios persistentes y con picos agudos, abandonó el principio nominalista para así adoptar el valorismo o realismo monetario; de ello se derivaron innumerables consecuencias que, en general, fueron también resueltas por obra de los tribunales.

Determinar si estos casos han sido obra de una pura interpretación de la ley vigente (jurisprudencia *secundum legem*), una obra creativa destinada a llenar espacios no reglados por la ley (jurisprudencia *praeter legem*), o una verdadera creación contra la ley (jurisprudencia *contra legem*), depende del punto de vista metodológico en que se coloque el estudioso que analiza el fenómeno.

Pero cualquiera sea la conclusión que se adopte en el plano de la teoría, lo cierto es que no puede negarse el papel destacadísimo que tiene la jurisprudencia en la permanente actualización del Derecho.

42. Elementos de la jurisprudencia

No cualquier pronunciamiento judicial constituye verdaderamente jurisprudencia; ni cualquier parte de la sentencia es relevante como antecedente judicial.

Por regla general la jurisprudencia está vinculada a la repetición de los pronunciamientos de los tribunales en sentido uniforme, sobre una cuestión de Derecho, y esos pronunciamientos deben emanar de tribunales de cierta jerarquía.

Normalmente un solo pronunciamiento no hace jurisprudencia, sino que constituye un precedente o antecedente pero que no tiene otro valor que el de tal; en cambio la reiteración en el tiempo en distintos pronunciamientos de la misma solución sobre un tema de Derecho sí puede considerarse que constituye el criterio de la jurisprudencia.

En punto a la jerarquía, el pronunciamiento de cualquier tribunal no es suficiente para constituir jurisprudencia. Por lo general en

nuestro país tienen relevancia los pronunciamientos de las Cámaras Nacionales de Apelación, de las Cortes Superiores de Provincia y de la Corte Suprema nacional.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que la sentencia normalmente se estructura con los resultandos que describen los hechos de la litis; los considerandos o motivos del juez o tribunal, serie de proposiciones jurídicas que han decidido al juez a sentenciar un sentido y no en otro, con vistas a la decisión que pone fin a la contienda; y la parte dispositiva o fallo, en la cual el juez ordena el cumplimiento de lo por él decidido. Naturalmente la parte importante son los motivos o considerandos que permiten al juez dar a conocer su manera de interpretar la norma jurídica, o de construir —al margen de la misma— el Derecho que acaso esté llamado a convertirse en jurisprudencia. Estos motivos son los que pueden convertirse en jurisprudencia justamente porque son abstractos y generalizables, de modo que tienen los elementos de la norma de derecho objetivo.

43. Métodos de unificación de la jurisprudencia

Vinculado al tema de la fuerza obligatoria de la sentencia se encuentra el de los métodos de unificación de la jurisprudencia.

En la época actual los tribunales son múltiples, y su actividad se halla distribuida en la Corte Suprema nacional, las Cortes provinciales, las Cámaras, divididas en salas, y jueces de primera instancia. Esto da lugar naturalmente a la posibilidad de pronunciamientos contradictorios en cuestiones semejantes, lo cual conduce a la inseguridad jurídica e incluso a una suerte de injusticia, derivada de que un pleito pueda ser resuelto de una manera o de otra, según cuál sea la sala del tribunal que le toque resolver la cuestión.

De allí que es una preocupación ya antigua la de encontrar mecanismos que sirvan para la unificación de la jurisprudencia, unificación que, por otro lado, sólo se logra cuando los pronunciamientos, dictados sobre determinada materia, resulten, en cuanto a su doctrina jurídica, obligatorios para el mismo tribunal que los dicta o para los tribunales inferiores.

a) El recurso extraordinario

En nuestro país la Corte Suprema nacional tiene competencia originaria, en virtud de lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Consti-

tución Nacional, y competencia derivada en cuanto puede entender en las cuestiones resueltas por tribunales inferiores, cuando llegan a ella por vía del recurso extraordinario organizado por el art. 14 de la ley 48. De acuerdo con la estructura del recurso extraordinario, la Corte interviene en las denominadas cuestiones federales, es decir cuando está en juego la inteligencia de la Constitución Nacional o la interpretación de una ley federal.

La Corte Suprema ha ampliado considerablemente el marco del recurso extraordinario, para admitirlo en los supuestos de sentencia arbitraria, esto es la fundada en la sola voluntad de los jueces y con apartamiento notorio del derecho positivo vigente, en los casos denominados de gravedad institucional, etc.

En estricto Derecho, los pronunciamientos de la Corte Suprema nacional, en punto a su doctrina, no son obligatorios para los tribunales inferiores, pero la misma Corte sostiene que "no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas". De esa doctrina, y de la de otros pronunciamientos, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

b) Los fallos plenarios

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación organizaba el denominado recurso de inaplicabilidad de ley, que podía ser interpuesto por ante la Cámara de Apelaciones que dictaba sentencia definitiva en un proceso judicial, cuando la doctrina que emanaba del fallo resultaba contradictoria con la doctrina sentada en un caso semejante por otra sala del mismo tribunal.

Declarado admisible el recurso, era resuelto por la Cámara en pleno, es decir, por todos los jueces que integran ese tribunal; el tribunal plenario establecía entonces la doctrina aplicable a la cuestión de Derecho debatida.

La importancia de estos fallos plenarios radicaba en que eran obligatorios, en punto a la doctrina de Derecho establecida, para los

jueces de primera instancia que dependen de la Cámara que lo dictó, y para todas las salas que integran esa Cámara.

El recurso de inaplicabilidad de ley ha sido derogado por la ley 26.853 que creó tribunales de casación en la esfera nacional. Pero como tales Cámaras no han sido organizadas y por ende no están en funcionamiento, no se sabe a ciencia cierta si los fallos plenarios dictados con anterioridad conservan o no vigencia.

Algunas provincias tienen también previstos mecanismos procesales para llegar a sentencias plenarias, sea a nivel de Cámara como de Corte provincial.

c) El recurso de casación

Este recurso es también un medio de uniformar la jurisprudencia, por vía de un tribunal especial, o a veces directamente por el tribunal supremo (como sucede en España).

Como decíamos recién, la ley 26.853 creó tribunales de casación, pero ellos no se encuentran funcionando y es dudoso que alguna vez lo hagan.

X. DOCTRINA

44. Concepto

La doctrina está constituida por la obras de los juristas expresada a través de los libros, de los artículos, los comentarios a las sentencias judiciales, las críticas de la legislación.

45. Antecedentes

a) Nacimiento y desarrollo

En el Capítulo I vimos la importancia que tuvo la doctrina del Derecho Romano, llegándose a la creación de una gran corriente doctrinaria en la que tuvieron importancia numerosos autores como Ulpiano, Gayo, Papiniano, cuyas obras resultaban de mayor trascendencia que otras para la resolución de los litigios; aunque con posterioridad Justiniano prohibiera el comentario de su obra para evitar su distorsión.

En el Medioevo la doctrina tuvo importancia particularmente en Francia, y dentro de ella en los países de derecho consuetudinario, porque muchas veces el juez tenía que encontrar solución a los casos en las obras de doctrina. De allí que algunas obras del siglo XIII tenían un valor casi oficial. Y aún después de la redacción de las costumbres, las obras de la doctrina siguieron teniendo trascendencia, pues aquéllas no regulaban ciertos temas, y en otros eran concisas, oscuras y caóticas. Por lo demás, las obras de doctrina no se limitaban a glosar las costumbres, sino que hacían sabia crítica de ellas, por lo que incluso llevaron a una segunda redacción de las costumbres.

Después de la sanción del Código Civil francés de 1804, se asistió al nacimiento de la escuela de los intérpretes o escuela de la exégesis, que tuvo una labor fecunda de interpretación del Código Civil, aunque quizás demasiado apegada al texto.

b) Su importancia

Hoy la doctrina tiene también un gran desarrollo, tanto desde el punto de vista de la interpretación de los textos vigentes cuanto en la formulación de propuestas para su mejoramiento. Por otra parte la obra de la doctrina se realiza actualmente no sólo a través del libro, sino también por los comentarios de jurisprudencia o de legislación que aparecen en revistas especializadas; y muchas instituciones de juristas realizan una fecunda labor en este campo, como el Colegio de Abogados, la Federación Argentina de Colegios de Abogados, la Asociación de Abogados de Buenos Aires, la Asociación de Magistrados, etc., y permanentemente se realizan en todo el país jornadas, congresos y simposios destinados al debate entre los más importantes profesores del país.

Por otra parte las letras jurídicas argentinas gozan de gran prestigio gracias a la obra de extraordinarios juristas del siglo XX: en el ámbito del derecho civil destacaron Salvat, Lafaille, Borda, Spota, Alsina Atienza, Molinario, Llambías a los que siguieron muchos otros que hacen permanentes aportes al desarrollo del derecho argentino.

46. Valor de la doctrina como fuente

De todos modos es debatible el valor que como fuente puede tener la doctrina, pudiéndosele sólo reconocer el carácter de fuente material en el sentido de que contribuye al conocimiento y a la interpretación de las normas vigentes. Pero sin duda no constituye fuente formal en el sentido de creadora del derecho objetivo.

XI. OTRAS POSIBLES FUENTES

47. La autonomía de la voluntad

Algunos autores sostienen que la autonomía de la voluntad constituye una fuente del Derecho, en la medida en que por vía de los contratos las partes crean normas que son obligatorias para ellas (art. 959 CCyC)

En principio la autonomía de la voluntad no constituye una fuente de Derecho, pues el pacto o contrato sólo crea derechos subjetivos, pero no derecho objetivo, no genera reglas generales sino meramente individuales.

Sin embargo, la cuestión no se agota allí. Hemos señalado cómo el proceso de globalización se manifiesta en el ámbito jurídico a través de la circulación de los modelos contractuales. De modo que ellos constituyen la primera fuente de la *lex mercatoria* que a su vez regula una gran masa de relaciones jurídicas patrimoniales expandidas internacionalmente.

Al menos debe reconocerse que los modelos contractuales al ser generalmente aceptados en el tráfico, se convierten en usos que tienen una función integrativa e interpretativa de los contratos, amén de que resultan vinculantes cuando la ley o las partes se refieren a ellos y en situaciones no regladas legalmente (art. 1 CCyC).

48. La equidad

La equidad puede tener dos sentidos:

— mitigación del rigor de la ley; aplicándola templada por la *humanitas, pietas o benignitas*;

— adaptación de la ley a las circunstancias del caso concreto, de tal forma que aquélla resulte más justa de lo que resultaría si tal caso se resolviese sin ponderar sus peculiaridades.

De modo que la equidad hace a la aplicación de las leyes, pero no a la integración del ordenamiento (conf. Marty y Raynaud).

Debe reconocerse sin embargo, que en algunos casos la ley remite la solución a la equidad, a lo que resulte equitativo o a lo que el juez resuelve equitativamente. Así entre nosotros el art. 1750 del CCyC establece que "*El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad*". En materia de contrato de obra, el art. 1255 dispone: "*Si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijar equitativamente la retribución...*", y el art. 1761 a su vez atribuye al juez la facultad de reducir "*equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia*".

49. Las reglas corporativas

Son reglas emanadas de las corporaciones, relativas al ejercicio de una profesión, como la que puede dictar el Colegio de Abogados en punto a la ética profesional, o el Colegio Médico sobre el modo de ejercer la profesión.

Algunos autores entienden que la eficacia de esta regla tiene fundamento contractual, habida cuenta de que la afiliación a la corporación es voluntaria.

Otros observaron, que cuando el Estado acuerda la sanción de la fuerza pública para hacer observar esa regla a todo el que forma parte de la agrupación, la regla corporativa se transforma en una regla jurídica.

Si la afiliación a la corporación es obligatoria, con mayor razón la regla corporativa constituye una norma jurídica fuente del Derecho. Así, la regla corporativa constituiría en primer lugar fuente del derecho regulador de las actividades profesionales, control de la matrícula, ética profesional, disciplina.

Y puede en definitiva constituir fuente del Derecho civil, aunque más no fuere mediatamente; verbigracia la infracción a una norma del Código de Ética o de los deberes de diligencia profesional previstos expresamente por una regla corporativa, pueden derivar en un daño y fundar una responsabilidad atribuida al profesional que la ha vulnerado.

Dentro de las reglas de este tipo pueden incluirse a los denominados convenios colectivos de trabajo, que son acordados entre asociaciones profesionales de trabajadores y de empleadores para regular las condiciones en que se desarrolla el trabajo en una determinada actividad.

La eficacia normativa del convenio colectivo de trabajo deriva de la ley, que delega la reglamentación uniforme del trabajo por actividad a las asociaciones profesionales.

50. Las reglas tradicionales de la experiencia

Hay un cierto número de aforismos, algunos de los cuales provienen del Derecho Romano, o quizás más precisamente de los glosadores, o de juristas posteriores, que condensaron en algunas frases verdaderos principios de Derecho, como "no hay responsabilidad sin culpa", "la posesión vale título", etc. Obviamente no son fuente de Derecho; generalmente no hacen más que expresar de una manera ingeniosa y fácil de memorizar, ciertos principios generales que pueden valer como fuentes en tanto y en cuanto sean verdaderos principios generales.

51. El derecho comparado

a) Noción

La expresión derecho comparado puede llamar a engaño en cuanto al contenido y la finalidad de lo que no es sino un método de investigación en el ámbito de la ciencia jurídica. En efecto, el derecho comparado es la comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos.

Cuando se investiga alguna institución del derecho nacional, el interés de la aplicación del método comparatista reside en que nos sirve para conocer mejor, comprender y profundizar el derecho propio. Del mismo modo, permite un planteamiento más correcto de ciertos problemas y una comprensión del carácter inadecuado o anticuado de algunas soluciones de nuestro derecho.

b) Utilidad

El derecho comparado es de gran utilidad para el mejoramiento de la legislación, para la actividad doctrinaria y para la enseñanza del derecho.

En el primer plano no cabe sino destacar que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas han utilizado el derecho comparado para su gestación. Así, nuestro Código Civil es un ejemplo de legislación inspirada en los modelos europeos de la época, principalmente el Código Napoleón, el Esboço de Freitas, el Código de Chile, etc.; pero también la legislación contemporánea se inspira —o al menos toma en consideración— las soluciones que provienen de otros países.

En el ámbito de la doctrina es inexorable el conocimiento de lo que sucede en otros ámbitos nacionales. Nuestra doctrina ha estado muy orientada hacia los países europeos y por ello ha estado siempre atenta a los avances legislativos franceses e italianos en el ámbito del derecho privado, y por supuesto a la doctrina de esos países. En los últimos años también se observa y estudia el derecho de los Estados Unidos, y no sólo en el plano del derecho constitucional, sino también en materia de contratos, sociedades, quiebras, fideicomiso, etc.

c) El derecho comparado como fuente de derecho. El argumento de derecho extranjero en las sentencias judiciales

Es manifiesto que el derecho comparado, en cuanto puro método de investigación, no puede constituir fuente de derecho.

Sin embargo es muy común que las sentencias judiciales y los escritos de las partes que se traiga como argumento una norma de derecho extranjero y aún trabajos de doctrina extranjeros. Así, la misma Corte Suprema argentina suele citar los precedentes de la Corte de los Estados Unidos; algunos verdaderos *leading case* se han inspirado en las soluciones de la Corte americana (por ej., la famosa sentencia en la causa Avico c/ De la Pesa, que trató la "emergencia" y la posible restricción de derechos económicos en esa circunstancia) y la doctrina de la real malicia se ha inspirado en la formulación que el tribunal americano desarrolló a partir de New York Times c/ Sullivan.

Ahora bien; la posibilidad de que el juez utilice el argumento de derecho extranjero requiere que ese derecho forme parte del mismo sistema jurídico romano germánico al que pertenecemos, o al menos un sistema jurídico compatible, como puede ser en ciertos casos el *common law*. La norma bajo análisis en el caso argentino debe ser sustancialmente análoga, así como —por supuesto— los hechos del caso si se trata de invocar un precedente judicial.

Justamente la invocación permanente de nuestra Corte de los precedentes americanos, se justifica en la obvia inspiración que nuestra Constitución de 1853/1860 tuvo en la Constitución de los Estados Unidos.

Sin embargo, ello no es automático y siempre ha de hacerse la comprobación de la identidad de situaciones fácticas y de la analogía entre ambas regulaciones.

De otro modo la utilización de la ley extranjera o de precedentes judiciales extranjeros es difícil de validar porque sencillamente son extranjeros y los jueces, al tomar prestado (*borrowing*) derecho o decisiones judiciales de otra comunidad suplantan aquello que colectivamente hemos decidido por normas que no son nuestras (Rosenkranz)

Por otro lado, a partir de la reforma constitucional argentina de 1994 la cuestión no es tan lineal, pues sobre todo en el ámbito de la organización de los poderes nuestro país ha adoptado instituciones extrañas al sistema constitucional de los Estados Unidos.

De todos modos, la invocación del derecho extranjero sólo puede servir como argumento de autoridad, para dotar de mayor fuerza de convicción a la sentencia. En este sentido, se equipara con el valor de la doctrina.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

AFTALION, Enrique A. – VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, 13ª ed., Buenos Aires, 1988; ALBENESE, Susana, "La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional" en ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, 2008; ANTONIOLLI DE FLORIAN, Luisa, "Il precedente giudiziario come fonte del Diritto: l'esperienza inglese", RDC 1993-parte I-133; ARAUZ CASTEX, Manuel, *La ley de orden público*, Buenos Aires, 1945; BOEHMER, Gustavo, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, trad. de José PUIG BRUTAU, Barcelona, 1959; CARDOZO, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, 1955; CUETO RÚA, Julio César, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, 1994 (reimpresión); DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Pedro BRAVO GALA, Madrid, 1967; DAVID, René, *Tratado de Derecho civil comparado*, trad. Javier OSSET, Madrid, 1953; DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, Buenos Aires, 1993; FERNÁNDEZ, Alberto, *La función creadora del juez*, Buenos Aires, 1970; GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 1962; SERVERIN, Evelyn, *De la jurisprudence en droit privé*, Lyon, 1985; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Marcos de Jesús, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, San José de Costa Rica, 1982; RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpreta-*

ción del Derecho, 2ª ed., México, 1973; VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Joaquín Costa y el tema de la jurisprudencia en el Congreso Jurídico de Barcelona", ADC 1988-969; VISINTINI, Giovanna, "Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza", RDC 1995-parte I-193; ZENATI, Frédéric, *La jurisprudence*, París, 1991; varios autores: "La jurisprudence aujourd'hui", RTDC 1992-337; varios autores: "D'autres propos sur la jurisprudence", RTDC 1993-87.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

BOGGIANO, "La Corte Suprema y el derecho de los tratados internacionales", LL 31/3/2015; BORDA, Guillermo A., "Concepto de la ley de orden público", LL 58-997; HITTERS, Juan Carlos, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y de convencionalidad", LL 2008-E-169; íd., "Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)", LL 2015-B- 625; LAPLACETTE, Carlos José, "Leyes secretas, abusos de público y notorio", LL 2007-B-1314; LEGARRE, Santiago, "El tratado internacional y su ley aprobatoria en el Derecho argentino", LL 1996-A-1009; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "El planteo de inconstitucionalidad de las leyes no publicadas", LL 2013-C-1267; "Las leyes temporalmente secretas. Vigencia y publicación", LL 2006-E-1220; SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994", LL 1994-E-1036, íd., El "control de convencionalidad" en particular sobre las constituciones nacionales, LL 2009-B-761.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 7/7/1992, "Ekmekdjian c/ Sofovich", ED 148-339.

CSN, 26/12/1996, "Monges, Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires", JA 1998-I-35.

CSN, 9/8/1967, "Colella c/ Fevre y Basset SA", Fallos 268:352.

CAPÍTULO III

APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

I. APLICACIÓN DE LA LEY

1. Concepto

El Derecho se formula en leyes, normas generales y abstractas; así como en normas consuetudinarias, y principios generales, que también revisten los caracteres de generalidad y abstracción.

Cuando se trata de someter las relaciones nacidas entre las personas a las normas jurídicas —leyes, costumbres o principios generales— se está aplicando el Derecho.

Normalmente esa aplicación va a tener como resultado final una sentencia, es decir un mandato particular y concreto, derivado de la aplicación de las normas jurídicas, con efecto en el caso particular.

Esta tarea de aplicar el Derecho impone:

— elegir la norma aplicable;

— atribuir sentido a las normas, tanto a aquella de la cual se extrae el mandato particular como a aquellas cuya aplicación se excluye en el caso concreto.

También aplican el Derecho los particulares, y los operadores jurídicos —abogados, notarios, etc.— cuando concluyen sus relaciones jurídicas bajo la forma de contratos, que crean normas particulares a las cuales las partes deben someterse como la ley misma, o instrumentan sus relaciones jurídicas en documentos públicos, o privados, etc. Sin embargo, normalmente la noción de aplicación de la ley, se reduce a la judicial; a ello dedicaremos este capítulo.

2. La subsunción como método de la aplicación de la ley

La doctrina de la subsunción tiene su origen en las ideas de Kant, y fue seguida por numerosos autores. Se la expone diciendo que como la norma es una proposición condicional que consta de hipótesis y tesis —dado un hecho A la consecuencia debe ser B— la aplicación consiste simplemente en examinar si su hipótesis se realiza en la especie concreta para que, en caso afirmativo, se formule la tesis decisional, en la que la premisa mayor es la ley, la menor el hecho o realización de la vida, y la conclusión la sentencia o fallo.

En síntesis, se trata solamente de ver si los hechos de la realidad, concuerdan con los hechos previstos en la norma como hipótesis, para en tal caso aplicar los efectos que prevé esa norma.

Así, el razonamiento que hace el juez al administrar justicia, asume la forma de un silogismo; establecida la premisa mayor (hipótesis legislativa) y fijada la premisa menor (hecho controvertido), deduce la conclusión, esto es, la sentencia.

La tesis de que la aplicación del Derecho se reduce a la formulación de un silogismo está hoy en franco retroceso.

Por empezar es necesario conocer los hechos, tenerlos por probados y descartar los jurídicamente irrelevantes.

Luego se realiza una tarea calificadora de los hechos, de modo de hacerlos entrar en las categorías jurídicas, para aproximarse así a la aplicación de la ley; de manera que hay que saber si los hechos dan lugar a una venta, a un mandato, a un derecho real de habitación, o constituyen un legado de cosa cierta.

Y en cuanto a la norma aplicable, difícilmente sea un precepto aislado; normalmente se dará el juego de un plexo de normas y de interpretaciones doctrinarias y judiciales, que pueden resultar aplicables al caso.

Así, como decíamos, la tarea de aplicación exige también la previa tarea de exclusión de las normas no ajustadas al supuesto, y la elección de aquellas que sí resultan apropiadas al mismo.

Entonces, la sentencia no es una consecuencia automática derivada de dos premisas lógicas, sino que es el resultado de una valoración compleja de elementos psicológicos, éticos, económicos y jurídicos, que concurren para formar un juicio, articulado en base a un esquema silogístico.

Por lo demás incumbe al juez y al profesional del Derecho individualizarlo, integrarlo con soluciones nuevas, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo (Castán Tobeñas).

3. Vinculación con la interpretación

Aplicación e interpretación son actividades íntimamente ligadas, ya que sólo puede ser debidamente aplicado lo que es comprendido en su propia razón de ser.

La interpretación precede a la aplicación; expone las razones; la aplicación convierte las razones en decisión (López Olaciregui).

4. Aplicación del derecho en el Derecho Argentino

Los hechos son dados por las partes y a ellas incumbe probarlos. En esta materia el juez se limita, generalmente, a la mera comprobación del cumplimiento de las formas procesales. Rige pues el principio dispositivo, aunque las leyes procesales van ampliando progresivamente las atribuciones de los jueces para requerir medidas en orden al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 2).

En cambio el Derecho es aplicado oficiosamente por el juez. Rige el principio *narra mihi factus dabo tibi ius* del que deriva la regla *iura curia novit* que autoriza al juez a seleccionar las normas jurídicas aplicables a los hechos ventilados en el proceso, que le permite incluso calificar jurídicamente a las relaciones jurídicas con independencia de la calificación que le hubieran dado las partes; así, puede calificar como venta lo que las partes llaman permuta, o cuenta simple lo que las partes denominan cuenta corriente.

Y aun puede calificar la acción deducida, si ello fue erróneamente hecho por la parte. Así, puede definir como acción de simulación lo que la parte creyó ser una acción revocatoria; y por ende, el juez debe aplicar las reglas de la acción de simulación.

Pero el juez no puede cambiar la acción deducida por otra distinta; así, si se reclamó la restitución de una cosa a título de locador no puede ordenarse la restitución a título de dueño.

La aplicación de este principio es lo que ha autorizado a la CSN a declarar de oficio —sin pedido de parte— la inconstitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, la vigencia de este principio se encuentra en crisis, pues puede dar lugar a lo que se denomina "sentencia sorpresiva" ("*surprising award*").

5. Prueba del derecho

a) Regla general

El Derecho se presume conocido por el juez, como por cualquier otro ciudadano, por lo que no corresponde probar la existencia de una norma jurídica aplicable para la resolución del proceso.

Ello puede reconocer sin embargo dos excepciones.

b) El derecho consuetudinario

Ya hemos tratado el tema de la prueba de la costumbre; recordamos entonces que la conclusión generalmente aceptada es que el juez puede requerir la prueba de ella, y la parte adelantarse a suministrarla.

c) Derecho extranjero

Según el art. 2595 CCyC "Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido... sin perjuicio de que las partes pueden alegar y probar la existencia de la ley invocada".

El art. 377, tercer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por su lado establece que si la ley extranjera invocada por algunas de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia de litigio.

En cuanto a los medios de prueba del Derecho extranjero, son admitidos normalmente todos los que reconoce el Código Procesal, dando preferencia a las informaciones emanadas de consulados y representaciones diplomáticas, informes de profesores o abogados de prestigio del país cuyo derecho se trata de acreditar.

6. Negativa a aplicar una norma

El juez no puede negarse a aplicar una norma jurídica, salvo que:

— ella no exista como tal, verbigracia porque no se hayan cumplido adecuadamente los mecanismos constitucionales para su sanción, como sucedió con la ley 20.889 que pretendió incorporar el art. 32 bis del Código Civil, dándose la circunstancia de que el Senado sancionó un texto, y la Cámara de Diputados votó otro distinto;

— fuera de este caso el juez no puede desechar la aplicación de una ley salvo que la declare inconstitucional, lo cual según la jurisprudencia vigente puede hacer incluso de oficio. Pero ha de tenerse presente que los mismos Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto de CCyC recordaron la jurisprudencia inveterada de la CSN según la cual no ha de pronunciarse la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna".

El juez tampoco ha de interpretar la ley de tal modo que implique concluir en su abrogación; en este último punto la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional tiene establecido desde antiguo que no es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal, si no media debate y declaración de inconstitucionalidad, pues la exégesis de la norma, aun con el fin de adecuación a los principios y garantías constitucionales, debe practicarse sin violencia de la ley y de su espíritu.

II. INTERPRETACIÓN DE LA LEY

7. Concepto

Interpretar es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas, aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia.

8. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos

Algunos autores consideran que en la norma se interpreta la declaración del legislador; en el negocio, la declaración de los otorgantes. En ambos casos la ley autoriza la indagación o búsqueda del espíritu que encierran esas declaraciones. Por eso, lo dicho para uno vale para lo otro (Albaladejo).

Sin embargo la cuestión no es tan simple, pues como se verá más abajo la búsqueda de la denominada intención del legislador, da lugar a la formación de corrientes de pensamiento claramente diferenciadas, cuando no se prescinde lisa y llanamente de tal intención, para buscar solamente el espíritu de la ley, que se independiza de su autor. En cambio la declaración hecha en el testamento, nunca puede independizarse de la intención del testador.

9. Normas a las que se aplica

a) Quid *de la ley clara*

Un adagio tradicional afirma: *in claris non fit interpretatio*; es decir que si la ley es clara, de modo que en su letra pueda conocerse la intención del legislador, no hay que interpretarla, sino sujetarse a su texto. Desde Savigny en adelante, toda la doctrina moderna sostiene la falsedad de dicho adagio.

Por empezar es difícil concebir la idea de la ley clara u oscura en abstracto; es que las leyes contienen formulaciones generales que deben llevarse a la aplicación en casos singulares; de allí que la ley siempre se vincula con la especie a la cual se ha de aplicar, esto es, con las conductas humanas y los hechos que deben subsumirse en la norma jurídica. Ello basta para teñir la aplicación de la ley con las circunstancias propias de cada caso concreto.

Por otro lado la tarea sencilla de leer el precepto claro y captar su sentido, también es interpretación; es interpretación fácil, pero no por ello deja de serlo, pues cualquier búsqueda, fácil o difícil, del sentido de cualquier precepto, es tarea de interpretación.

En síntesis el adagio al que nos hemos referido quiere simplemente decir que cuando de las palabras del precepto se deduce de modo indudable la voluntad legislativa, no debe admitirse, so pretexto de interpretar la norma, la indagación de un pensamiento y de una voluntad distintas.

b) La costumbre

El derecho consuetudinario también debe ser interpretado. Ello así por cuanto, al constituir normas jurídicas aplicables a un caso dado, la interpretación debe preceder a esa aplicación, para determinar cuál norma es aplicable, cuál no, y cuál es su recto sentido.

Por otro lado, generalmente su interpretación es aún más necesaria que la de la ley, a causa de la imprecisión e incertidumbre de las reglas creadas por el uso.

III. CLASES DE INTERPRETACIÓN

10. Según quien la formule: legislativa, judicial, doctrinaria

Se denomina interpretación auténtica o legislativa a la que realiza el mismo legislador al votar una nueva ley destinada a esclarecer su voluntad, expresada en una ley anterior. De todos modos estas leyes "interpretativas" no pueden afectar derechos adquiridos ni la cosa juzgada.

La interpretación judicial es la realizada por los tribunales de justicia, como paso previo a la aplicación de la ley a un caso concreto. Es la verdadera interpretación, en tanto y en cuanto es actividad libre destinada a la fijación del verdadero sentido de la ley.

Doctrinaria es la interpretación realizada por los autores, que puede servir incluso como fuente material del Derecho, según ha sido estudiado en el Capítulo II.

Sus aportaciones son muchas veces de fundamental importancia para el desarrollo de la interpretación judicial, y por ende para la solución de los litigios en los casos concretos.

11. Según su alcance

Según un criterio generalizado, la interpretación puede ser declarativa o correctiva, esta última a su vez puede ser restrictiva o extensiva.

La interpretación declarativa se dirige a explicar el texto de la ley, aunque para ello tenga que precisar el alcance de las palabras usadas. Ella tiende a fijar el alcance de la ley, particularmente cuando las palabras usadas por ésta tienen más de un significado; por ej., si una ley habla de *hombre*, el intérprete dirá si se refiere sólo al varón (interpretación estricta) o si se refiere a hombre y mujer (interpretación amplia o lata); si la ley dice *parientes*, podrá entenderse que se refiere a los consanguíneos, o también a los afines.

Se califica como restrictiva a la interpretación que ofrece como resultado restringir el significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan más de lo que corresponde a la finalidad de ella.

La interpretación restrictiva procede en las normas prohibitivas, sancionadoras y limitativas de la capacidad de obrar. Así en la duda se estará por la capacidad.

Nuestros tribunales han declarado reiteradamente que debe interpretarse restrictivamente la legislación excepcional que restringe por causas de emergencia derechos amparados por la Constitución, pues es la que mejor preserva los derechos y garantías contenidos en aquélla.

Finalmente se define como interpretación extensiva a la que tiene por finalidad extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando se llega a la conclusión de que expresan menos de lo que corresponde a su finalidad o espíritu; no extiende la norma a casos no contemplados por ella, sino que pone de manifiesto los que ya estaban virtualmente contenidos en ella.

IV. LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

12. Descripción

La tarea interpretativa comprende una serie de actividades, tales como:

a) Determinación del sentido de los elementos que aparecen en el supuesto de hecho de la norma

Por ejemplo, el art. 2001 del CCyC dispone: "*Partición nociva. Cuando la partición es nociva para cualquiera de los condóminos, por*

circunstancias graves, o perjudicial a los intereses de todos o al aprovechamiento de la cosa, según su naturaleza y destino económico, el juez puede disponer su postergación por un término adecuado a las circunstancias y que no exceda de cinco años. Este término es renovable por una vez".

Esta norma exige determinar qué se entiende por condóminos, por nociva o perjudicial, por naturaleza y destino económico del bien.

b) Atribución de carga de valor a conceptos indeterminados

El Código Civil utiliza a veces ciertos estándares o conceptos indeterminados, como por ej., la *moral y las buenas costumbres*, el *buen hombre de negocios* del art. 59 de la Ley de Sociedades, o el *interés superior del menor*; en esos casos el intérprete debe valorar qué ha querido decir el legislador y adaptar las ideas a las circunstancias del caso, y al momento en que decide.

c) Esclarecimiento de las consecuencias que las normas ligan al supuesto de hecho

Así cuando el orden jurídico impone como sanción la nulidad con indemnización de daños y perjuicios, es necesario tener en claro qué es la nulidad y cuáles son los daños y perjuicios que resultan indemnizables, pues no todos los son.

d) Adopción de la decisión cuando ella es dejada al arbitrio del intérprete

Muchas veces la ley deja a los jueces la facultad de adoptar o no determinada decisión; en nuestro Derecho se ejemplifica esta situación con el art. 1742 CCyC cuando dice "El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. También se advierte en los arts. 1714 y 1715 conforme a los cuales "Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto" (art. 1714), por lo que "En el supuesto previsto en el art. 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida" (art. 1715).

A veces, la formulación de ciertas normas da la impresión de que se asignan facultades potestativas a los jueces; pero en realidad, concretados los elementos de hecho previstos en ella, el juez está obligado a hacer efectiva la consecuencia jurídica prevista en la norma; tal es lo que sucedía con el art. 1185 bis del Código Civil derogado, conforme al cual: "*El juez podrá disponer en estos casos* (cumplimiento de ciertos requisitos respecto de boletos de compraventa y concurso) *que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio*"; toda la doctrina interpretó que no era una atribución libre del juez el conceder o no la escrituración; por el contrario, comprobado que el boleto de compraventa había sido otorgado a favor de un adquirente de buena fe, y que éste había pagado el 25% del precio, el juez *debía* autorizar el otorgamiento de la escritura.

V. LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS. EXPOSICIÓN DE LAS TENDENCIAS DOCTRINARIAS

13. Valor relativo de esta exposición

El problema de los métodos interpretativos divide de antaño a los autores, y las distintas posiciones han pretendido ser clasificadas, buscando puntos de contacto entre los diversos expositores.

Sin embargo, se ha señalado con acierto que debe asignarse valor relativo a las clasificaciones de métodos y autores, pues los procedimientos personales con que actúa cada inteligencia en la búsqueda de la verdad jurídica, no se dejan encasillar fácilmente (López Olaciregui).

De todos modos daremos alguna noticia de las escuelas, conforme a las clasificaciones tradicionales.

a) La escuela de la exégesis

La escuela de la exégesis creció al amparo del Código Napoleón; el gran cuerpo legal inspiraba enorme respeto a sus comentaristas, quienes pretendieron que en él se debían encontrar todas las soluciones. De allí la sumisión casi servil al texto del Código Civil, principalmente en la primera etapa posterior a su sanción.

De modo que partía de dos postulados básicos:

— todo está en la ley;

— se debe buscar la intención del legislador.

Es que siendo la ley manifestación de voluntad, eso es lo que hay que indagar, para lo cual se valía inicialmente del elemento gramatical, definido por Aubry y Rau como aquel que se dirige a determinar el verdadero sentido de un texto oscuro o incompleto, ayudándose con los usos de la lengua y las reglas de la sintaxis.

b) Escuela de la libre investigación científica

La escuela de la libre investigación científica se origina en los finales del siglo XIX, inicialmente como una crítica a la exégesis, a la cual se atribuyó limitar todo a la ley no reconociendo así la eficacia de fuentes extra legales; se alegaba la inconducencia de afirmar que el legislador pudiera prever todo en una regla abstracta, ya que aun reconociendo la existencia de fuentes extralegales debe admitirse que subsisten lagunas.

Además se sostuvo que la interpretación no debe hacerse en la búsqueda de la intención del autor, sino inspirándose en las necesidades del momento; se trata de interpretar la ley según las necesidades de la sociedad en el momento de la interpretación; un mismo texto puede así cambiar de sentido a fin de adaptar la regla original a las necesidades nuevas.

Este criterio denominado *evolutivo* aparece también en algunas sentencias nacionales; la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (1981) ha dicho que las instituciones jurídicas deben evolucionar al ritmo de las normas creadas en el correr del tiempo; los intérpretes deben captar esa evolución de las normas, para no llegar a desvirtuar los propósitos de las reformas y detener el progreso jurídico.

Es además el que inspira al nuevo CCyC; en los Fundamentos del Anteproyecto se destaca que el art. 2 incluye entre las pautas interpretativas a la finalidad de la ley, con lo cual "*se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación*" (Fundamentos del Anteproyecto).

c) El Derecho libre

En Alemania un importante movimiento doctrinario preconizó la existencia de un Derecho denominado libre; según esta doctrina el

juez puede y debe prescindir de la ley, si le parece que ella no le ofrece una decisión carente de dudas, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el poder existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley le exige. En ambos casos el juez dictará la sentencia que según su convicción el actual poder del Estado habría decretado si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción se inspirará en el Derecho libre. Finalmente, en casos desesperadamente complicados o dudosos sólo en aspectos cuantitativos, por ej., indemnización de daños inmateriales, el juez resolverá y debe resolver arbitrariamente. Las partes deben tener la facultad en todo proceso civil de liberar" al juez mediante su mutuo acuerdo de la observancia de cualquier norma jurídica estatal.

d) Jurisprudencia de conceptos

La jurisprudencia de conceptos concibe a la ley más que como mandatos imperativos, como un conjunto de declaraciones sobre conceptos jurídicos conectados entre sí lógica y sistemáticamente. Hoy en día se la denomina peyorativamente *conceptualismo*.

e) La jurisprudencia de intereses

Como una reacción a la jurisprudencia de conceptos, se ha desarrollado la jurisprudencia de intereses.

Para esta doctrina la ley es un conjunto de normas destinadas a resolver conflictos de intereses; es ella misma el resultado de un antagonismo real de intereses, los que existen en toda comunidad jurídica y se hallan en lucha por su reconocimiento; intereses que son de orden material, nacional, religioso, ético.

De allí que la misión del intérprete no sea averiguar la voluntad del legislador entendida sicológicamente, sino investigar los intereses para él determinantes, comprender la ley como el producto de aquellos intereses que en la mente del legislador se habían impuesto en cada caso a costa de otros intereses.

Se destaca como mérito de esta doctrina que obliga al jurista a prestar atención al sustrato práctico —técnico y económico de las instituciones jurídicas—, así como a su finalidad política, social y a la función que cumple la institución en el marco social.

f) Jurisprudencia de valoraciones

La jurisprudencia de valoraciones es una superación de la jurisprudencia de intereses; reconoce que el derecho aparece como el resultado de una valoración, llevada a cabo conscientemente por el legislador, de los intereses que se dan en la realidad social, es decir, pretensiones y aspiraciones, basándose en criterios de valor que toma de la conciencia de su época, del ordenamiento valorativo que ha llegado a ser histórico, real, en nuestra cultura y según algunos también del derecho natural.

Parte del reconocimiento de la existencia de una naturaleza de las cosas, que impone ciertas soluciones al legislador, así como de la existencia de principios de Derecho *supra* legales, que preceden a las leyes y que no pueden ser desconocidos por éstas. No es difícil identificar estos principios de derecho *supra* legales con los principios generales del Derecho, tal cual los hemos interpretado, generados entonces en el derecho natural o derecho justo.

Con la jurisprudencia de valoraciones se reinicia el diálogo entre el Derecho y la Justicia.

g) La teoría pura del Derecho

La teoría pura del Derecho, cuyo principal corifeo fue Kelsen, pretende construir una ciencia que tenga como único objeto al Derecho y que ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición; se eliminan entonces todos los elementos que no sean puramente normativos, como los valorativos y sociológicos.

El Derecho es entonces un sistema cerrado de normas, donde cada norma funda su validez en el hecho de haber sido creada conforme al procedimiento establecido en la norma inmediata de rango superior; y la validez del ordenamiento normativo en su conjunto, deriva del hecho de que sus normas han sido deducidas de una norma fundamental: la primera constitución, que no deriva su validez de norma superior alguna y viene a ser el vértice sobre el cual reposa la pirámide normativa.

La teoría pura del derecho ha sido muy importante en la Argentina, pero como manifestación del positivismo debe considerarse superada; pues prescinde de los elementos valorativos y de los elementos sociológicos que son importantes en la construcción del Derecho y fundamentalmente en la interpretación de la ley.

h) El trialismo

Esta corriente concibe al Derecho como un fenómeno que se mueve en tres dimensiones: la normativa, la sociológica y la dikelógica (del griego *diké* = justicia), que podemos también llamar dimensión valorativa. Entre nosotros ha sido su principal difusor el profesor alemán Werner Goldschmidt, quien durante muchos años enseñó en nuestro país.

Para el trialismo la interpretación comprende diversas etapas. En primer lugar, hay que averiguar el sentido que tiene la norma según el lenguaje empleado en la comunidad, para la cual y por la cual ha sido formulada; para ello hay que conocer el sentido que tiene cada palabra (elemento gramatical), como así también el contexto en que los vocablos son empleados (elemento lógico).

Luego hay que comprobar cuál ha sido la auténtica voluntad del autor de la norma al redactarla (elemento histórico), a efectos de descubrir cuál ha sido la finalidad que motivó al legislador.

Si una vez reunidos los resultados obtenidos por la interpretación gramatical y la interpretación histórica, éstas discrepan entre sí, habrá que inclinarse por hacer prevalecer la interpretación histórica. El principio supremo de toda interpretación, consiste en la lealtad del intérprete con la voluntad y la intención del autor de la norma.

Se advierte pues, un apego a la teoría subjetiva en orden a la interpretación, que no resulta compatible con los criterios actuales, en los que por lo menos en la jurisprudencia práctica predomina la doctrina evolutiva, y se trata de adecuar aquella intención del legislador a la realidad sociológica presente.

i) La interpretación de la ley según el Análisis Económico del Derecho

El AED tiene una relevancia fenomenal en materia de interpretación de la ley, pues incorpora al análisis jurídico la noción de eficiencia en la asignación de recursos y abre la visión del jurista a las consecuencias económicas de las opciones legislativas y judiciales.

En este sentido, el AED predica que tanto el legislador al dictar la norma cuanto el juez hagan un análisis consecuencialista sea de la ley a sancionar o de la sentencia a pronunciar. Esto es: si la ley o sentencia hacen una asignación eficiente de los recursos y cómo ha de incidir la ley o la sentencia en la conducta de las personas en el futuro.

En fin, el AED requiere contemplar las consecuencias económicas de las sentencias y de cómo las interpretaciones elegidas han de incidir en las conductas futuras de los individuos, partiendo del supuesto que estos han de elegir siempre aquello que les procure mayor beneficio.

j) El realismo norteamericano

Esta corriente de pensamiento ha destacado el rol de los jueces en la creación del derecho y ha puesto a la predictibilidad de la actuación judicial como una cuestión esencial en la cual reside el verdadero problema del derecho.

En este sentido se recuerda que para Oliver W. Holmes la ciencia jurídica es conocimiento sistemático de la conducta probable de los jueces; y para Llewellyn el Derecho es lo que los magistrados hacen en los procesos, principalmente al sentenciar, y si bien las normas ejercen algún influjo sobre los fallos judiciales, ellas no son más que un factor entre otros muchos varios, entre los cuales están las propias convicciones políticas, filosóficas, económicas, sociales, del juez y su apreciación de lo que es justo en el caso concreto.

De todos modos, el problema de la actuación de los jueces frente a los denominados casos difíciles es siempre controvertido y por ello en los números siguientes hacemos algunas consideraciones sobre esta materia.

k) La tendencia al sincretismo

Como conclusión podría señalarse que en todos los sistemas que hemos examinado hay elementos verdaderos y aprovechables, así como extremos falsos, exagerados y unilaterales. Por esa razón, dice Castán Tobeñas, hemos de tender a combinar armónicamente lo que de bueno y útil tienen todas las direcciones; la elaboración del Derecho no puede prescindir de cierto conceptualismo, ni de la estimación de los intereses humanos y de las exigencias sociales; ni, mucho menos, decimos nosotros, de las valoraciones que provienen de las reglas del derecho natural.

De allí que, tienen hoy mucha aceptación las corrientes favorables al sincretismo o pluralismo metódico, basado en la necesidad de

acudir, en la elaboración del Derecho, no a un solo procedimiento, sino a varios de ellos debidamente combinados, lo que no excluye que se dé una cierta preferencia a algunos de los elementos o factores que entran en juego, sometiendo éstos a un criterio de ordenación jerárquica.

VI. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN

En la exposición de las distintas corrientes de opinión sobre la interpretación que acabamos de hacer, nos hemos referido a los denominados "elementos de la interpretación", y a cómo cada escuela o corriente propicia su utilización.

Por ello, estimamos necesario ahondar en el análisis de cada uno de esos elementos, a lo que destinamos los párrafos que siguen.

14. Los cuatro elementos definidos por Savigny

Savigny describió la existencia de cuatro elementos de la interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático, a los que definió como sigue:

El elemento *gramatical* tiene por objeto la palabra, que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comunique con el nuestro; consiste por consiguiente, en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador.

El elemento *lógico* tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea hacia la relación lógica en que se hallan sus diversas partes.

El elemento *histórico* tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley. Ésta debía intervenir en aquélla de determinada manera; y el mencionado elemento ha de evidenciar el modo de aquella intervención: lo que por aquella ley se ha introducido de nuevo en el Derecho.

El elemento *sistemático*, por último, se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad.

15. Utilización de estos elementos

El mismo Savigny enseñaba que no se trata de utilizarlos separadamente, sino que cada uno de ellos es útil para descubrir el sentido de la ley en un caso dado.

Hoy en día, otro autor alemán dice que el valor de la interpretación se encierra en la plena ponderación del factor teleológico (resultado de la interpretación) y en su exacta evaluación frente al texto literal y al uso del lenguaje, como asimismo los argumentos sistemáticos e históricos.

La preferencia unilateral del texto y del lenguaje, conduce a la interpretación literal y al formalismo, enemigo mortal de la ciencia jurídica; la acentuación excesiva de lo sistemático y lo histórico, lleva al estancamiento; la consideración exclusiva de los resultados determina una jurisprudencia insegura, oscilante. El arte verdadero de la interpretación reside en el equilibrio exacto de todos sus elementos básicos (Enneccerus).

16. Evolución

Si bien las enseñanzas de Savigny han echado raíces, a los elementos por él indicados se han agregado otros, como el teleológico, que resalta la importancia del resultado de la interpretación; el sociológico, que apunta a la realidad social actual a que debe aplicarse la ley; el comparativo, que examina las soluciones dadas a problemas semejantes en las legislaciones de otros países.

Por lo demás, el contenido de los elementos tradicionales definidos por Savigny ha sido enriquecido por los aportes de la doctrina posterior.

Por lo tanto nos referiremos brevemente a cada uno de ellos, haciendo referencia también a cómo han sido aplicados en la jurisprudencia nacional.

17. Elemento gramatical, semántico o literal

Una de las dudas que se genera en esta materia es si la interpretación ha de ceñirse al sentido técnico de las palabras o al sentido vulgar; la mayor parte de la doctrina ha concluido en que debe predominar el sentido técnico, pues se presume que es parte del lenguaje

especializado empleado por el legislador, aunque ello no implica tampoco desatender al sentido vulgar cuando así surge de la ley.

a) Valor de los epígrafes

El texto de las normas singulares es precedido, a veces, por un breve título, epígrafe o rúbrica, que anuncia, resume y a veces aclara su contenido, a imitación de las obras didácticas con los llamados títulos marginales; así sucede entre nosotros con las leyes de Concursos (24.522) y de Sociedades Comerciales (19.550) y ahora con el CCyC.

Reconocida la utilidad práctica de tal experiencia debe advertirse que ese epígrafe, en cierto sentido, viene a formar parte de la norma; a veces sirve para integrarla, como ocurre cuando el mismo va más allá de lo que es el contenido efectivo del texto que sigue al epígrafe, aunque con más frecuencia dice menos éste que la ley; en ese caso, naturalmente, no podrá entenderse que el epígrafe límite al contenido de la norma (Messineo).

b) Definiciones

Las definiciones tienen en general un valor vinculante, son imperativas; pues sin estar expresadas en términos de un mandato u orden dado por la ley, sino de concepto, se constituyen en elementos de otras normas, respecto de las cuales aclaran el alcance y el sentido. En definitiva, son elementos lógicos, indispensables para formular un precepto o una prohibición, y pueden llamarse normas definitorias interpretativas.

18. Elemento histórico

En la interpretación de las leyes nacionales deben tenerse en cuenta los antecedentes denominados remotos y los llamados inmediatos.

Los antecedentes remotos son en nuestro caso el Derecho Romano, el Derecho hispánico, el Derecho de Indias, el Derecho Patrio; y pueden tenerse también en cuenta naturalmente las fuentes del codificador, como el Código Napoleón, el Código de Baviera, el Código de Prusia, el Esboço de Freitas, etc.

Los precedentes inmediatos están constituidos generalmente por los trabajos preparatorios de una ley en concreto.

a) Valor del Código Civil de Vélez Sarsfield y de la doctrina y jurisprudencia anteriores al CCyC

El nuevo CCyC reemplazó al Código Civil de 1869, en vigor desde el 1 de enero de 1871. Han sido 144 años y siete meses de vigencia efectiva de la obra de Vélez, período en el cual sufrió muchas reformas, fue objeto de infinitos análisis doctrinarios y dio lugar a una fértil jurisprudencia.

Una de las objeciones que se hace a la sustitución total del Código de Vélez por un nuevo Código es que con ello se pierden los aportes doctrinarios y jurisprudenciales hechos durante esos 144 años.

Sin embargo ello no es necesariamente así. El CCyC no surge de la nada ni es un evento revolucionario en el ámbito del derecho privado; por el contrario es una obra que arraiga en nuestra doctrina, en nuestra jurisprudencia y que —por supuesto— ha tenido en cuenta tanto el Código de Vélez con sus reformas sucesivas como los proyectos de reforma que se han venido sucediendo en particular desde 1987.

De modo que en múltiples materias la doctrina y jurisprudencia elaboradas durante la vigencia del Código de 1869 y sus reformas, siguen teniendo valor y servirán para interpretar y aplicar el nuevo Código.

b) Valor de los trabajos preparatorios

El valor de los trabajos preparatorios fue destacado por la escuela de la exégesis, y por todos aquellos que consideran que el objeto de la interpretación es la búsqueda de la intención del legislador histórico, es decir el que sancionó efectivamente la ley.

Otra corriente ha ridiculizado a los que buscan en los trabajos preparatorios de la ley una fuente de inspiración para la interpretación de ella, señalando la carencia de preparación jurídica de los legisladores, que provoca errores inconcebibles en la exposición de los trabajos preparatorios o en los discursos que se vierten en las cámaras legislativas; el desconocimiento de los legisladores de los temas que

se votan; la pereza con que encaran los temas técnicos del Derecho, generalmente alejados del ruido político.

Sin embargo, hoy en día algunos autores dicen que es arbitraria cualquier posición de principio que exagere o repudie el valor de los llamados materiales legislativos, pues la labor interpretativa es tan ardua, que en determinados casos, esos antecedentes pueden ser un subsidio adecuado para esclarecer la deficiente tarea legislativa; pero, de todos modos, no cabe en modo alguno atribuir una significación autónoma a esos materiales, si no sólo en cuanto pueda demostrarse que el pensamiento en ellos desarrollado tuvo expresión, siquiera imperfecta, en el texto de la ley.

Nuestra Corte Suprema ha establecido una distinción razonable: las palabras o conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo de la discusión de una ley, son manifestaciones de opinión individual, no pudiendo invocarse para modificar el alcance del texto legal, tal cual resulta de su texto expreso y categórico, cuando ellas no han sido aceptadas y establecidas claramente en el texto de la ley que se discutía; por el contrario, las explicaciones o aclaraciones hechas por los miembros informantes de los proyectos o en los informes de las respectivas comisiones encargadas de su estudio, constituyen una fuente propia de interpretación (conf. Salvat).

La CSN ha hecho uso de los trabajos de la Convención Constituyente que sancionara la reforma de 1994 en el caso Rizzo (2013).

c) El valor de los Fundamentos que acompañan al Anteproyecto de CCyC

Las publicaciones del Código Civil de Vélez Sarsfield agregaban, al pie de cada artículo, las notas que Vélez Sarsfield redactara durante su elaboración. De modo que fue un tema siempre discutido cuál era el valor de esas notas.

El CCyC no tiene notas; pero el Anteproyecto fue acompañado por unos Fundamentos redactados por la comisión. Como en la etapa precedente, no habrá de buscarse en tales Fundamentos el comentario auténtico e infalible de la ley, pero sin duda sus contenidos serán útiles para conocer la base y fin de la norma, cuya explicación no es necesario buscar en otras fuentes.

19. El elemento lógico

El elemento lógico fue utilizado particularmente por la escuela de la exégesis y por la jurisprudencia de conceptos. Por vía de la inducción y la deducción, se buscaban principios generales en número cada vez más reducido que permitieran la solución de los casos aparentemente no contemplados por el legislador.

El abuso del elemento lógico llevó al descrédito de estas escuelas, que redujeron la tarea judicial a la formulación de silogismos tendientes a subsumir los casos de la vida real en las hipótesis normativas; despreocupándose del resultado de la interpretación.

Hoy en día la aplicación de la lógica tradicional está no sólo cuestionada sino virtualmente descartada pues puede conducir a soluciones disparatadas. Así, Recaséns Siches, recuerda un ejemplo de Radbruch, según el cual en una estación ferroviaria había un letrero que transcribía un artículo del Reglamento de Ferrocarriles, cuyo texto rezaba: "Se prohíbe el paso al andén con perros". Sucedió una vez que alguien iba a penetrar al andén con un oso; el empleado de vigilancia del acceso pretendió impedirlo, pero la persona que iba acompañada del oso protestó, diciendo que aquel artículo vedaba sólo el ingreso con perros, pero no con otra clase de animales.

La aplicación estricta de la lógica tradicional indicaría la razón de la persona que iba acompañada del oso; si el legislador hubiera querido prohibir también el paso con osos, podía haber añadido la palabra osos, o bien haber usado una designación más amplia como animales de gran tamaño, animales peligrosos, animales que puedan ocasionar molestias a los viajeros, o simplemente animales; pero utilizó sólo la palabra perros, unívoca, sin posibilidad racional de que se le dé un sentido diverso del que tiene, ni más amplio ni más restringido: ni animales diferentes de los perros ni una determinada especie de perros: sencillamente cualquier perro y nada más que los perros.

Pero, sin duda, tal interpretación resultaría descabellada, y todo el mundo razonaría en Derecho de la siguiente manera: si estaba prohibido el paso al andén con perros, se ha de entender, con mucha mayor razón, que debe considerarse también prohibido el acceso con osos. Ello así porque en el Derecho no priva la lógica matemática, sino *la lógica de lo razonable*, del logos de lo humano o de la razón vital o histórica (Recaséns Siches).

20. Elemento sistemático

La interpretación sistemática obliga a considerar al ordenamiento jurídico como un todo orgánico. Esta idea ha sido recogida en el art. 2 del CCyC en cuanto alude al "ordenamiento jurídico" como un criterio de interpretación. Con ello el CCyC ha seguido además una corriente ya firme de la jurisprudencia de la misma Corte Suprema.

21. Elemento sociológico

El elemento sociológico está integrado por una serie de factores ideológicos, económicos, morales, que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico.

A través de su utilización en la interpretación se trata de ajustar la norma a la realidad social, política, cultural, económica, vigente al tiempo en que se le aplica.

22. El elemento teleológico

El elemento teleológico desde nuestro punto de vista tiene una doble formulación.

Por un lado, la interpretación debe estar vinculada con la finalidad de la ley, con los motivos que determinaron su sanción, y con la ocasión en que fue dictada, es decir, se trata de la investigación de la *ratio* y de la *ocassio legis* con lo cual se penetra en el espíritu de la disposición, que no puede ser interpretado si no se descubre el pensamiento íntimo en ella encerrado.

El segundo aspecto del elemento teleológico está en el resultado en sí de la interpretación; del cual el intérprete no puede desvincularse.

Bien ha dicho nuestra jurisprudencia, en reiteradas oportunidades, que el intérprete no puede prescindir de las consecuencias que derivan de un fallo, toda vez que él constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y de su congruencia en el sistema en el que está engarzada la norma (CSN, 1980); por ello ha de buscarse siempre una interpretación valiosa de lo que las normas han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones injustas, cuando es posible arbitrar otras de

mérito opuesto, no resulta compatible con el fin de la tarea judicial (CSN, 1986).

En síntesis, como han dicho muchas veces nuestros tribunales civiles no es posible que el intérprete maneje los artículos de la ley en un estado de indiferencia por los resultados.

Finalmente, el resultado de la interpretación debe ser siempre compatible con la Constitución Nacional, y con los Tratados de Derechos Humanos (arts. 1 y 2 del CCyC) pues de otro modo tornaría a la ley en inconstitucional.

23. Elemento comparativo

El derecho comparado puede servir como elemento de utilidad para la interpretación de nuestra propia ley, pues ante normas semejantes y que regulan situaciones que guardan una analogía fáctica, el modo en que la norma ha sido interpretada por jueces de otros países, puede servir de orientación a los jueces nacionales.

VII. REGLAS LEGALES EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY

24. Introducción. El art. 2 del CCyC

El Código Civil de 1869 no contenía directivas sobre la interpretación de la ley, por lo que los criterios jurisprudenciales que hemos venido exponiendo se construyeron básicamente a partir de los aportes de la doctrina y de las necesidades impuestas por la realidad.

El CCyC en cambio contiene una norma que es el art. 2 el cual dice: "Interpretación. *La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*".

25. Examen de las reglas de interpretación del art. 2

a) Interpretación gramatical

Los Fundamentos explican que "*la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley*".

Mantiene vigencia la doctrina de nuestra Corte Suprema, conforme la cual las leyes deben interpretarse según el sentido propio de las palabras, sin violentar su sentido específico (1976); pero, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente; en esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (1978), dado que la misión del Poder Judicial no se agota con la remisión a la letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del Derecho, y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (1983).

Es decir que la Corte, en estos precedentes que hemos elegido casi al azar, destaca el valor del elemento gramatical, como principio mismo de la interpretación, pero, como ya se ha dicho, vinculado a los demás elementos de la interpretación.

b) Interpretación teleológica

El art. 2 alude expresamente a las "finalidades" de la ley, con lo cual incorpora el elemento teleológico. Según ya ha sido dicho, los Fundamentos explican que con ello se deja de lado la búsqueda de la intención histórica del legislador.

Entendemos que esta afirmación de los Fundamentos no puede ser tomada a la letra, sino que como explicamos al exponer la interpretación evolutiva, la interpretación no debe hacerse en la búsqueda de la intención "histórica" del autor, sino que habrá de tener en cuenta la evolución de las circunstancias políticas, sociales, económicas, culturales, etc., desde la sanción de la ley hasta el momento de su aplicación.

De modo que si esas circunstancias no han cambiado significativamente la búsqueda de la intención del legislador sigue siendo un elemento útil. Así lo demuestra la sentencia dictada por la CSN en el caso Rizzo (2013) en el que la CSN acudió a la intención de los convencionales constituyentes a través de las actas de los debates habidos en el seno de la convención.

c) Las leyes análogas

En el Código de Vélez las leyes análogas eran tratadas como un elemento integrador del ordenamiento; esto es, si el juez no encuentra

la solución en la ley ha de buscarla en otros hontanares, entre ellos las leyes análogas (art. 16 del Código de 1869).

Ahora el CCyC incluye las leyes análogas como un criterio de interpretación. Ello no implica —creemos—una diferencia sustancial con el régimen precedente. En definitiva, la analogía era concebida como una forma de interpretación "integradora".

(i) Concepto

La analogía consiste en la aplicación a un caso no previsto de la norma que se refiere a otro, que ofrece con el primero una semejanza que el intérprete considera suficiente para que la aplicación esté justificada, por concurrir en uno y otro la misma razón.

En síntesis, semejanza e identidad de razón son las dos notas en que se funda la aplicación de la analogía.

(ii) Fundamentos

El fundamento de la aplicación analógica es el argumento *a pari ratione*; donde la razón es la misma, idéntica debe ser la norma de Derecho, pero suponiendo la igualdad de caracteres entre dos situaciones jurídicas. Deriva en definitiva, del principio general de igualdad.

(iii) Requisitos de procedencia

Para que proceda la analogía es necesario que se den tres requisitos:

— que haya laguna legal, pues de lo contrario, no sería aplicación analógica sino interpretación extensiva;

— que concurra la misma *ratio decidendi* o igualdad jurídica esencial entre el supuesto regulado y el que no lo está;

— que no exista prohibición legal de recurrir a la analogía.

d) Los Tratados de Derechos Humanos

Los Fundamentos del Anteproyecto exponen que "*Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obli-*

gatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Ésa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el art. 1. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Ésta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el art. 2".

Señala Lorenzetti en el comentario a este artículo que la Corte Suprema ha dado valor interpretativo a los tratados de derechos humanos en numerosos precedentes (Simón, 2005; Portal de Belén; Orlando, 2005; Verbitsky, 2005), etc.

e) Los principios y valores jurídicos

Hemos señalado en el capítulo II que los principios y valores tienen un carácter integrativo e interpretativo del ordenamiento jurídico, así como de control axiológico. Remitimos a lo allí expuesto.

f) La referencia al "ordenamiento jurídico"

Los mismos Fundamentos del Anteproyecto asumen la referencia al ordenamiento jurídico, que "*permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema*".

En definitiva, importa traer a la ley el elemento sistemático a que aludía Savigny y que ha encontrado recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha que la Constitución debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente; en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto (1976).

Por ello mismo la Corte resolvió que "*Para interpretar la ley debe computarse la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (1997).*

26. Las omisiones

El art. 2 del CCyC luce dos omisiones notables en materia de interpretación; nos referimos a la ponderación de las consecuencias de la interpretación y a la equidad como criterio moderador en la aplicación de las leyes.

Sobre lo primero, debemos decir que la CSN ha sido constante en señalar que los jueces deben tener en cuenta las consecuencias de sus fallos. Este criterio ha sido abonado durante años por la doctrina argentina. Nada de ello aparece expresado en el art. 2 ni en el resto de los preceptos que contiene el título preliminar.

Al respecto Vigo ha dicho: "el art. 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano (con el respaldo que suponen las 22 Cortes Supremas de Iberoamérica que lo aprobaron), contempla expresamente bajo el Título 'Principio de Equidad', el siguiente texto: 'En la resolución de los conflictos que lleguen a su conocimiento, los jueces, sin menoscabo del estricto apego a la legalidad vigente y teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos, procurarán atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables'". Por supuesto que no hablamos de decidir por las consecuencias, sino de la obligación del juez de considerarlas siempre a la hora de resolver un caso, consciente que está incorporando al derecho vigente un precedente que será obligatorio para él, y estará disponible para los demás operadores jurídicos.

En definitiva, como ha sido dicho antes, los jueces no pueden permanecer indiferentes ante las consecuencias de sus fallos.

VIII. INTERPRETACIÓN INTEGRADORA

27. Obligación de fallar en materia civil

El art. 3 del CCyC dice: "Deber de resolver. *El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*".

Este precepto, como lo hacía el art. 15 del Código de Vélez Sarsfield impone a los jueces la necesidad de encontrar siempre una solución a todos los casos que se les plantean.

Ello nos enfrenta al problema de la plenitud del ordenamiento y la existencia de lagunas de la ley, así como naturalmente, ante la necesidad de colmarlas para la resolución de los casos particulares que se presentan a los jueces. A esto dedicaremos los párrafos siguientes.

28. Lagunas legislativas y la plenitud del ordenamiento

Aún la más perfecta de las legislaciones no puede comprender la totalidad de los casos; de modo que hay lagunas de la ley.

Pero obviamente no hay vacíos en el ordenamiento jurídico en sí, pues a través de los medios de integración, el juez debe siempre encontrar una solución.

29. Modo de llenar las lagunas de la ley

El nuevo CCyC expone en los arts. 1 y 2 cuales son las fuentes del Derecho y como se interpreta la ley. En concreto alude al "ordenamiento jurídico" como un todo, y permite al juez recurrir a las leyes análogas y a los principios y valores jurídicos, en los que el juez deberá encontrar una solución al caso concreto.

30. Obligación del juez de expedir una decisión "razonablemente fundada"

En nuestro derecho, tanto las sentencias judiciales como los laudos arbitrales deben ser fundados. Pero esa fundamentación además ha de ser "razonable", lo que excluye las sentencias arbitrarias, esto es, las fundadas exclusivamente en la voluntad del juez, omiten la ponderación de pruebas relevantes, etc.

La jurisprudencia de la CSN en materia de arbitrariedad de sentencias es vasta y el precepto del art. 2 del CCyC importa incorporarla como doctrina legal.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

AFTALION, Enrique R. – VILLANOVA, José, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1988, cap. 21, ps. 833 y ss.; BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de José Luis de los Mozos, Madrid, 1975; COLMO, Alfredo, *La Justicia*, Buenos Aires, 1936; RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 2ª ed., 1973; COSSIO, Carlos, *Las lagunas del Derecho*, Córdoba, 1942; CROVI, Luis D., "La interpretación de la ley", en RIVERA, Julio C., *Temas de Derecho Civil*, t. II, p. 135, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960, trad. de Moisés Nilve, RABBI BALDI, Cabanillas, Renato, "Consideraciones filosófico jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", en RIVERA – MEDINA, *Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; VON SAVIGNY, Federico C., "Los fundamentos de la ciencia jurídica", trad. de Werner Goldschmidt, inserto en *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949; ZITELMANN, Ernesto, "Las lagunas del Derecho", trad. de Werner Goldschmidt, en *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

BARBAROCH, Eduardo, "La interpretación en el Proyecto de Código", LL 2012-F-1304; CIURO CALDANI, "Meditaciones trialistas sobre la interpretación", ED 72-811; GOLDSCHMIDT, Werner, "La doctrina kelseniana de la interpretación y su crítica", LL 119-1055; GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1962; KENNEDY DUNCAN, "Libertad y restricción en la decisión judicial", estudio preliminar de César Rodríguez, trad. Diego López Medina – Juan Manuel Pombo, Univ. de Los Andes – Univ. Javeriana, Bogotá, 1999; LAJE, Alejandro, "Criterios para la interpretación del Derecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial", LL 2012-D-1384; VIGO, Rodolfo, "El derecho y la interpretación en el Proyecto de Reforma al Código Civil", RDPyC 2012-2-42.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 23/5/1978, ED 16-554.
CSN, 17/6/1982, ED 102-398.
SCBA, 15/9/1981, ED 97-793.
CSN, 27/7/1976, Fallos 295:376.
CSN, 2/8/1983, ED 107-164.
CSN, 23/11/1976, Fallos 296:432.
CSN, 5/10/1976, Fallos 296:22; íd., 15/3/1977, Fallos 297:142; íd., 1/11/1977, Fallos 299:93; íd., 5/6/1979, Fallos 301:460.
CSN, 24/4/1986, ED 20-A-842, sum. 1; íd., 27/6/1985, ED 116-308.
CSN, 25/9/1997, Fallos 320:196.
CSN, 18/6/2013, "Rizzo, Jorge Gabriel c/ Poder Ejecutivo Nacional", LL 2013-D-30.

CAPÍTULO IV

EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO

I. PLANTEO DEL PROBLEMA. INTRODUCCIÓN

1. Cuestiones que suscita la sanción de las nuevas leyes

El Derecho se encuentra en constante evolución, y por ello hoy más que nunca se sancionan a diario leyes nuevas, que como tales pueden incidir en las relaciones y situaciones jurídicas existentes al tiempo de su entrada en vigor.

Es claro que las nuevas leyes han de regir las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a su entrada en vigencia.

Pero no es tan claro qué ha de suceder con las relaciones y situaciones jurídicas que existen, que están constituidas y en curso, al tiempo de esa entrada en vigor de la nueva ley.

En teoría pueden darse tres respuestas a este tema:

— la ley nueva no alcanza a las situaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior;

— la ley nueva rige también para esas situaciones jurídicas;

— la ley nueva puede regir algunos aspectos de esas situaciones jurídicas; en principio; aquellos que no hayan sido concluidos definitivamente bajo la legislación sustituida.

franjamorada

2. Valores que están en juego

En la solución de las cuestiones precedentes debe tenerse en cuenta que entran en tensión dos tipos de valores, ambos respetables.

Por un lado, la nueva ley se considera —en abstracto— un avance sobre la derogada, sustituida o modificada legislación anterior. De allí que sea razonable la pretensión de que la nueva ley tenga el ámbito de vigencia más extendido posible.

De otro lado, si las nuevas leyes afectaran siempre a las relaciones o situaciones jurídicas constituidas, no habría seguridad alguna. Si las leyes pudieran reglamentar el pasado, pudieran hacer ilícito lo que era lícito, o viceversa, prohibir lo autorizado, etc., toda relación o situación jurídica estaría permanentemente en cuestión. La sociedad no sería posible.

De allí que la primera idea del Derecho moderno sobre el tema, ha sido la de la irretroactividad de las leyes, expuesta como principio general para regir la materia. A esta idea nos referimos seguidamente.

3. Principio de irretroactividad de la ley

A partir del siglo XVIII, el principio de irretroactividad comenzó a aparecer en algunas constituciones, aunque en general limitado al campo del derecho penal.

El Código Napoleón establece en su art. 2 que la ley no dispone más que para el futuro; ella no tiene efectos retroactivos.

Nuestro Código Civil de 1869 sostuvo la irretroactividad de principio, vinculada a la noción de derechos adquiridos (art. 3), y previó excepciones en favor de las leyes interpretativas y de orden público (arts. 4 y 5).

En materia penal la irretroactividad es sí un principio absoluto. Nuestra Constitución lo dispone expresamente en el art. 18. La excepción a la regla de la irretroactividad de la ley penal está dada por la ley más benigna, que debe aplicarse a quienes no estuvieren condenados a la época de la sanción de la nueva ley menos severa que la anterior.

4. Excepciones a la irretroactividad

Reconocida la irretroactividad como regla de principio por las legislaciones civiles decimonónicas, se impusieron límites a ella por vía de al menos tres excepciones:

— las leyes de orden público,

— las leyes interpretativas,

— leyes expresamente retroactivas.

De lo expuesto, la doctrina ha extraído como conclusión prácticamente unánime, que el principio de irretroactividad de las leyes expresado en los códigos civiles como el argentino en su redacción original, no es más que una regla hermenéutica dirigida al juez. No es entonces una norma de conducta para el legislador, quien tiene una completa independencia para cada caso particular siempre que no afecte derechos amparados por garantías constitucionales.

5. Cuándo una ley es retroactiva

Hasta aquí hemos visto que los códigos civiles decimonónicos establecen un principio legal de irretroactividad de las leyes; que no tiene otro alcance que el de ser una regla de hermenéutica dirigida al juez, pues el legislador puede sancionar leyes retroactivas.

Mas ahora es del caso preguntarse: ¿cuándo una ley es retroactiva?

a) Doctrina de los derechos adquiridos

A esta pregunta trataron de responder los autores mediante la construcción de diversas doctrinas, la primera de las cuales ha sido la de los derechos adquiridos y que, en síntesis, propicia la idea de que la ley es retroactiva cuando alcanza a derechos adquiridos, y no lo sería cuando afecta meras expectativas o facultades.

En síntesis, la doctrina de los derechos adquiridos afirma que una ley es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos al amparo de la anterior legislación; y no lo es cuando sólo se dirige a las meras expectativas o facultades.

Algunos autores han cuestionado la doctrina de los derechos adquiridos.

Por un lado, se ha sostenido que todas las leyes nuevas afectan, de una manera u otra, derechos adquiridos por los particulares; de modo que los sostenedores de la teoría se han preocupado por establecer cuáles derechos adquiridos son merecedores de ser amparados con la irretroactividad y cuáles no.

Por lo demás, puede haber leyes que claramente no tengan efectos retroactivos y que sin embargo afecten sin duda derechos adquiridos; por ej., una ley que a partir de mañana suprimiera el derecho de propiedad no podría decirse que es retroactiva, pero sí que afecta derechos adquiridos (Borda).

De allí que los autores tiendan a sustituir esta doctrina por otras que examinaremos seguidamente.

b) Doctrina de los hechos cumplidos

La doctrina de los autores, vista la insuficiencia de la noción de derechos adquiridos para explicar el fenómeno de la validez temporal de las leyes, se dio a elaborar otras ideas, entre las cuales tuvo y sigue teniendo especial consideración la teoría de los hechos cumplidos o consumados.

Según esta idea, en principio, no puede existir conflicto de leyes sucesivas, pues cada una debe regir los hechos cumplidos en el momento en que se encuentran en vigor. El conflicto podría existir sólo cuando un hecho, que se ha cumplido bajo la vigencia de una ley, tiene efectos que se prolongan en el tiempo y resultan entonces alcanzados por una nueva ley de manera diversa como lo hacía la que estaba en vigor cuando ese efecto comenzó a producirse.

¿Cómo se resuelve este conflicto? La regla es que los efectos deben considerarse comprendidos en el hecho cumplido, y por lo tanto quedan sometidos a la ley anterior. Pero si se trata de efectos —o consecuencias— que puedan o no existir como consecuencias del hecho, y que no tienen relación conexa con el hecho, la ley nueva puede sujetarlos a su norma, sin que por ello pueda sostenerse que haya retroactividad, porque tales efectos no tienen la característica del hecho ya existente, esto es, cumplido.

La importancia de esta tesis radicó en la distinción entre los hechos cumplidos y sus consecuencias, así como entre retroactividad y aplicación inmediata de la ley.

Esos conceptos pasarían a constituir el material sobre el cual elaboraría Paul Roubier su doctrina, que ha influido directamente en el nuevo art. 3 del Código Civil argentino, hoy virtualmente trasvasado al art. 7 del CCyC.

c) Doctrina de Roubier

Roubier, profesor y Decano de la Facultad de Derecho de Lyon, dedicó dos obras fundamentales al estudio del problema de la aplicación de la ley en el tiempo. Ellas fueron seguidas en la Argentina por el profesor Guillermo Borda quien inspiró la modificación del art. 3 del Código Civil de 1869, lo que concretó con la ley 17.711 en 1968. Ese art. 3 es fuente del art. 7 del CCyC. De allí que conserven valor los aportes de Roubier y de Borda sobre la materia.

La tesis de Roubier se caracteriza por el recurso a la noción de situación jurídica y al principio del efecto inmediato de la ley nueva.

Así Roubier determina que en toda situación jurídica los aspectos dinámicos son los de la creación o constitución y de la extinción; cuando una de estas fases está concluida es un hecho cumplido y la ley nueva no puede volver sobre ella. Verbigracia, si dos personas se han casado conforme a una ley, otra posterior no puede modificar ese hecho.

Pero la situación jurídica tiene también una fase —que va entre la constitución y la extinción— durante la cual ella produce sus efectos: los efectos posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley son regulados por ella (principio del efecto inmediato de la ley nueva). Así si una ley modifica el régimen de bienes en el matrimonio, tendrá aplicación aún a quienes se hubieren casado conforme al régimen legal sustituido. Del mismo modo si los cónyuges se casaron bajo una ley que no preveía el divorcio vincular, y una nueva ley lo autoriza, aquéllos cónyuges podrán divorciarse. Si alguien compró un inmueble bajo un régimen de propiedad horizontal que prohibía tener mascotas y luego la ley cambia y las autoriza, el propietario tendrá el derecho a tener su perro o gato.

Se advierte pues, que el autor ha puesto más el acento en el efecto inmediato hacia el futuro de la ley nueva que en el efecto hacia el pasado.

Este principio de aplicación inmediata tiene una excepción en la doctrina de Roubier: los contratos que tienen duración en el tiempo (de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido) quedan sometidos a la ley en vigor al tiempo de su conclusión, como modo de respetar la voluntad de los contratantes.

La doctrina de Roubier ha tenido una gran difusión en todo el mundo, ha sido aceptada por la Corte de Casación francesa y —como dijimos— es la fuente de inspiración de la ponencia de Borda al III Congreso Nacional de Derecho Civil, cuya recomendación fue seguida casi a la letra por la ley 17.711 en la redacción del art. 3 incorporada por la ley 17.711, que como hemos dicho, ha sido virtualmente reproducido por el art. 7 del CCyC.

d) Síntesis: cuándo una ley sería retroactiva

Borda, un gran estudioso de la obra de Roubier y sus aplicaciones, sintetiza los casos en que, según la doctrina de este autor, una ley sería retroactiva. Los exponemos a continuación, siguiendo las enseñanzas de Borda, pues su conocimiento es indispensable para una correcta interpretación del art. 7 del CCyC.

La ley sería retroactiva:

— Cuando vuelve sobre la constitución de una relación jurídica; verbigracia sobre la forma del matrimonio o los modos de adquisición del dominio.

— Cuando vuelve sobre la extinción de una situación jurídica; por ej., si volviese sobre los divorcios decretados al amparo de una legislación que lo admitía. Éste es un ejemplo propicio para diferenciar los efectos retroactivos de los inmediatos. En 1954 se sanciona la ley 14.394 que autoriza el divorcio vincular; en 1956 se dicta un decreto que suspende sus efectos. Quienes se divorciaron y volvieron a casar al amparo de la ley en 1954, establecieron definitivamente su nuevo estado civil. Quienes no se divorciaron, naturalmente, ya no pudieron hacerlo a partir del decreto de 1956. Y quienes se habían divorciado en 1954 pero no se habían casado en 1956 no pudieron ya contraer nuevas nupcias: el decreto se aplicó a las consecuencias futuras —no cumplidas aún— de una situación jurídica existente.

— Cuando se refiere a efectos de una situación jurídica consumida al amparo de la anterior ley. Por ejemplo, si se pretendiese que una ley que reduce la tasa de interés tuviese efecto sobre los ya pagados por el deudor.

— Cuando atribuye efectos que antes no tenían ciertos hechos o actos jurídicos, si esos efectos se atribuyen por la vinculación del hecho o acto con un período anterior a la vigencia de la ley. Borda dice que tal sería el caso de una ley que estableciera un impuesto a la actividad por haberla desarrollado antes de su vigencia. Este criterio ha sido el aplicado por nuestra Corte Suprema para declarar inaplicables ciertas gabelas.

— Cuando se refiere a las condiciones de validez y a efectos que ya se han producido a los elementos anteriores de una relación o situación jurídica que se encuentre en curso de constitución o de extinción en el momento de entrada en vigencia de la ley, siempre que estos elementos tengan un valor jurídico propio. De este modo sería retroactiva una ley que declarase no producida la interrupción de una prescripción.

Fuera de estos casos la ley no tiene efecto retroactivo, y cuando se refiere a las consecuencias de las situaciones jurídicas en curso, se trata de efecto inmediato o aplicación inmediata de la nueva ley.

II. LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

6. El art. 7 del CCyC

El art. 7 del CCyC dispone: "Eficacia temporal. *A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo*".

Se advierte que —salvo el agregado final referido a las relaciones de consumo— es la reproducción del art. 3 del Código Civil derogado introducido en su momento por la ley 17.711. Este texto a su vez se había inspirado en la recomendación que sobre el tema aprobara el III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961), la que siguió casi a la letra la ponencia del doctor Borda.

Cabe apuntar que las reglas del CCyC sobre la materia se completan con el art. 2537 conforme al cual "*Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior*".

7. Enumeración de las reglas que contiene el art. 7

El art. 7 contiene cinco reglas, que son:

— aplicación o efecto inmediato de las nuevas leyes a las situaciones y relaciones jurídicas en curso;

— principio de irretroactividad salvo disposición legal en contrario;

— límite de la retroactividad dado por los derechos amparados por la Constitución;

— subsistencia de las leyes supletorias vigentes al tiempo de la conclusión de los contratos:

– con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

a) Concepto de situación y relación jurídica

Dice Borda —cuya influencia en el texto original del art. 3 hoy convertido en art. 7 del CCyC es innegable— que relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable. Las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes como los contratos, de los

hechos ilícitos; en ambos casos nacen obligaciones a cargo del o los deudores. Estas relaciones se extinguen con el ejercicio de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que emanan de ellas.

La situación jurídica es permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ser ejercidos indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder; está organizada por la ley de modo igual para todos. Ejemplos son los derechos reales —el dominio, la hipoteca, el usufructo— y las situaciones jurídico-familiares.

De todos modos la distinción conceptual es irrelevante a los efectos del art. 7 pues éste las trata de manera igualitaria.

b) Efecto inmediato

Nuestro Código, siguiendo las enseñanzas de Roubier, adopta de manera expresa la regla del efecto inmediato de la nueva ley, la que se aplicará a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto legal.

Por consecuencias se entiende todos los efectos —de hecho o de derecho— que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente y que se producen después de la entrada en vigencia de la nueva ley.

c) Consecuencias a las que se aplican las nuevas leyes

Así, si el CCyC autoriza al deudor de alquileres en moneda extranjera a pagar en moneda nacional, ella se aplicará a los cánones que se hagan exigibles con posterioridad a su entrada en vigencia. No se aplicará a los meses ya pagados, pues éstas son consecuencias ya producidas, jurídicamente consumidas.

Lo que resulta muy dudoso es si la nueva norma se aplica o no a las cuotas vencidas antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, pero que no habían sido pagadas, punto en el cual la doctrina argentina asume posiciones encontradas.

De la misma manera, si una ley impone el consentimiento conyugal para la enajenación de ciertos bienes gananciales o propios, se aplicará a todas las enajenaciones posteriores a su sanción, aunque el matrimonio y la adquisición de bienes sean anteriores a ella.

En cuanto a los hechos ilícitos la regla es que la responsabilidad del deudor se juzga de acuerdo a la ley que regía cuando el daño se produjo. Es que el daño es un presupuesto o elemento de la responsabilidad civil y por lo tanto cuando él acaece es que se constituye la relación jurídica.

d) Situaciones jurídicas ya constituidas o ya extinguidas

Se rigen por la ley bajo la cual se constituyeron o extinguieron; de otro modo habría retroactividad. Por lo tanto si un matrimonio se concluyó de acuerdo con la forma exigida por la ley, la reforma que de ésta se haga no lo afecta aun cuando agregue nuevos requisitos. Así, los matrimonios religiosos celebrados antes de la sanción de la Ley de Matrimonio Civil 2393, no pudieron resultar afectados por ésta.

Del mismo modo si se ha producido la extinción de la relación jurídica. Si una ley derogara el divorcio vincular hoy existente, no afectaría los divorcios ya declarados. Si una ley mandara indexar los créditos hipotecarios, no podría afectar aquéllos extinguidos mediante un pago hecho bajo el amparo de la ley anterior.

e) Situaciones jurídicas en curso de constitución

Algunas situaciones jurídicas tienen un *iter* constitutivo. Por ejemplo, la constitución de sociedades. Si durante ese proceso de constitución se modifica la ley, la nueva normativa es aplicable a ese proceso de constitución.

f) Excepciones

La noción del efecto inmediato tiene dos excepciones de distinto sentido.

Por un lado, la ley nueva puede tener efecto retroactivo, si ella misma lo establece.

Por otro, puede darse un fenómeno de supervivencia de la ley antigua cuando la nueva ley contiene disposiciones supletorias, que no se aplican a los contratos en curso de ejecución, a no ser que se trate de normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo (art. 7, *in fine*).

8. Los juicios en trámite

Una cuestión muy compleja y que divide a la doctrina es qué ley se aplica a un caso judicial que comenzó bajo la vigencia de una ley y se ve afectado durante su trámite por la sanción de una ley que sustituye a la anterior.

La profesora Kemelmajer de Carlucci y otros autores —como Graciela Medina— afirman que las nuevas leyes de fondo se aplican a los procesos judiciales en trámite. Así, todos los juicios de divorcio promovidos durante la vigencia del Código hoy derogado, fundados en alguna causal (injurias, adulterio), deberían ser resueltos conforme al nuevo código que suprime toda consideración de la culpa.

Se trataría según Kemelmajer de Carlucci de una mera aplicación del principio *iura curia novit* que autoriza al juez a decir el derecho.

Nosotros hemos cuestionado ese criterio por una serie de razones que exponemos suscintamente:

— la relación jurídica procesal se constituye con la demanda y contestación (y eventual reconvención y contestación). De modo que cambiar el derecho aplicable a esa relación jurídica importaría tanto como volver sobre su constitución, lo que incluso violentaría el criterio inspirador del art. 7;

— la aplicación del derecho "nuevo" no es el mero ejercicio del principio *iura curia novit*; este principio opera cuando las partes han conocido y podido invocar el derecho y no lo han hecho (o lo han hecho mal o han calificado erróneamente la acción). Pero aquí se trata de un derecho que las partes no conocieron ni pudieron conocer porque no existía cuando se trabó la litis;

— Las partes han invocado, alegado y probado sobre hechos y derecho; y de acuerdo a ello han pedido cierto efecto (se condene a pagar, se declare prescripto, se ordene restituir una cosa, etc.). La sentencia no puede pronunciarse sino sobre esa petición, pues de otro modo se afectaría el principio de congruencia que integra la garantía de defensa en juicio según la jurisprudencia de la misma CSN[1];

(1) Así lo ha resuelto la CSN, en la actual composición, diciendo: "Como tuvo oportunidad de señalar la Corte en Fallos 331:2578, 'la vigencia real de la garantía constitucional de la defensa en juicio, reclama el acatamiento del denominado principio de congruencia o

— Con mayor razón si la reforma legislativa entra a regir estando pendiente un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. ¿Acaso el tribunal superior podría dictar sentencia con una ley distinta a la que tuvo en cuenta el juzgador de primera instancia? Recientemente la CSN ha dicho que "*...esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos 301:925; 304:355, entre muchos otros)*". Y "*Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea `que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias´ (Fallos 315:106 y 329:5903) (CSN, 2015)*";

— Excepcionalmente podría sostenerse la aplicación de la ley nueva cuando la sentencia a dictarse no sea declarativa de derechos sino constitutiva. En tal caso parece que el derecho debería consolidarse, constituirse conforme al derecho vigente a la fecha de la sentencia final.

9. Irretroactividad

El segundo principio establecido por el art. 7 es el de la irretroactividad de la ley.

En el derecho vigente la ley será retroactiva cuando pretenda su aplicación a la constitución o extinción de una situación jurídica

correspondencia´ (Fallos 237:328; 256:504, entre muchos otros)": CSN, 6/3/2014, "Mansilla, Carlos Eugenio el Fortbenton Ca. Laboratories S.A. y otros despido". En el mismo sentido: DE LOS SANTOS, Mabel, "El principio de congruencia", en PEYRANO, Jorge W. (dir.) – BARBERIO – GARCÍA SOLÁ (coord.), *Principios Procesales*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 199; en particular n. III a partir de p. 206.

constituida o extinguida bajo el amparo de la ley anterior; o a efectos de una situación jurídica que se han producido también bajo la vigencia de la ley sustituida.

De todos modos, en la práctica, no siempre es sencillo distinguir entre el efecto inmediato y la retroactividad. El caso de la norma que autoriza a pagar en moneda nacional la deuda convenido originalmente en moneda extranjera es un ejemplo típico; supongamos que se previeron cinco cuotas de las cuales dos están pagadas, una vencida pero no pagada y dos a vencer. ¿Cómo se aplica la nueva ley?

Una solución extrema es no aplicarla a este préstamo por estar constituido antes de la sanción de la ley que autoriza a pagar todas las obligaciones en moneda nacional; no se ajustaría al art. 7 pues esa ley no sería meramente supletoria de la voluntad de las partes.

Otra solución extrema sería aplicar la nueva ley a todo el contrato, incluso las cuotas ya pagadas; esta solución no sería aceptada en Derecho argentino pues la Corte Suprema entendería que afecta el derecho de propiedad constitucionalmente amparado.

Otra posibilidad sería aplicarla también a la cuota vencida pero no pagada, en lo cual cabría reconocer retroactividad, porque la exigibilidad de la cuota ya se había producido antes de la sanción de la ley nueva.

La cuarta y última sería aplicarla a las cuotas no vencidas; ésta es la que se adecua a nuestro art. 7: efecto inmediato de la ley —aplicación a las consecuencias futuras— y por ende no retroactivo.

10. Límite a la retroactividad legal

La ley puede ser retroactiva en tanto no afecte derechos amparados por garantías constitucionales.

Ya en el III Congreso de Derecho Civil se había señalado la irrelevancia del texto, pues la solución fluye natural del orden jurídico establecido. Pero, de todos modos, allí mismo se propició su inclusión con una finalidad docente.

Algunos autores han expresado que al establecer este límite, "derechos amparados por garantías constitucionales", se vuelve a la noción de derechos adquiridos, pues ambos conceptos serían equivalentes (López de Zavalía, Allende).

Se les ha respondido que no es así; la Constitución protege los derechos sin calificaciones de adquiridos o en expectativa, sino tomándolos en su esencia. Así, la Corte ha declarado constitucionales las leyes de emergencia de locaciones, que prorrogan sus plazos o congelan los alquileres, pues consideró que no había afectación del derecho en su esencia, aunque sin duda había un derecho adquirido. Y seguramente declararía inconstitucional una ley que conculcase el derecho a adquirir la propiedad aun cuando éste fuera una mera expectativa (Borda).

11. Subsistencia de la ley antigua

El art. 7 autoriza la subsistencia de la ley antigua en tanto las nuevas leyes supletorias no se aplican a los contratos en curso de ejecución, por lo que éstos se siguen rigiendo por la ley antigua.

Normalmente se entendió que de esta manera se respetaba la voluntad de las partes expresada en el contrato. Borda sostuvo además que la legislación supletoria debía presumirse incorporada al contrato, aun cuando las partes no lo hubieran dicho expresamente. De allí que aplicar una nueva legislación supletoria a un contrato en curso podía significar, realmente, una mutación importante de las obligaciones y derechos que las partes se habían atribuido en el contrato.

12. Excepción: las reglas más favorables al consumidor

La doctrina había puesto en tela de juicio la subsistencia de la ley derogada particularmente cuando las nuevas leyes se dirigen a la protección de la parte más débil del contrato —como las represivas de la usura, las que regulan emergencialmente las locaciones, las que reglamentan la actualización de los créditos—, o se refieren a contratos tipo o de adhesión; en tales casos, ellas deben ser de aplicación inmediata a los contratos en curso de ejecución (Dekeuwer – Défossez).

Esta idea es la que recoge el nuevo art. 7 en el último párrafo al disponer la aplicación inmediata de la nueva ley a las relaciones de consumo cuando ellas son más favorables al consumidor.

13. La aplicación del nuevo CCyC

En países en los cuales se pusieron en vigencia nuevos códigos no sólo transcurrió un tiempo prudencial para asegurar su conocimiento

por abogados y jueces, sino que además se sancionaron leyes destinadas a regular su aplicación. Tales son los casos de Italia en 1942 y de Quebec en 1994.

En nuestro país la entrada en vigencia del CCyC ha sido adelantada bajo el curioso argumento del Jefe de Gabinete de que existía un "clamor" para que así fuera (¿) y no se previó ninguna norma especial de aplicación, por lo cual el CCyC se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes con la única directiva del art. 7, manifiestamente insuficiente para solucionar los múltiples conflictos que han de producirse.

Basta citar como ejemplo, lo que sucedió cuando entró en vigencia la ley 17.711 que sólo modificó el 10% del articulado pero dio lugar a una vasta conflictividad sobre su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, llegando a generar numerosísimos precedentes judiciales, incluyendo fallos plenarios para uniformar la doctrina legal en ciertos casos.

14. Algunas cuestiones problemáticas que plantea la aplicación del nuevo CCyC

La aplicación del nuevo CCyC ha de generar innumerables cuestiones en cuanto a su posible influencia sobre las relaciones y situaciones jurídicas existentes al tiempo de su entrada en vigencia.

Así podemos prever problemas relativos a:

— si los efectos del divorcio por culpa subsisten una vez desaparecida toda idea de culpa de la legislación;

— la unión convivencial de hecho produce efectos a partir de los dos años de comenzada la convivencia; esos dos años se cuentan desde que se inició la convivencia o desde la entrada en vigor del nuevo CCyC;

— la acción de reducción no procede contra el donatario que ha poseído la cosa por más de diez años; se aplica ese plazo de prescripción nuevo a las donaciones hechas con anterioridad a la vigencia del CCyC, y en su caso desde cuándo: ¿desde que se hizo la donación o desde la vigencia del CCyC?;

— el CCyC autoriza el cumplimiento en moneda nacional de las obligaciones concebidas en moneda extranjera; ¿se aplica ello

a las obligaciones causadas en contratos celebrados antes del 1 de agosto?;

— cuál es la situación de los dementes declarados incapaces bajo el régimen del Código Civil y que tienen designado un curador que los representa, habida cuenta que ahora el régimen ha virado hacia un régimen de "apoyos" que actúan como "asistentes" y no como representantes. Ese curador: ¿sigue o no ejerciendo la representación?;

— en materia de sociedades es una incógnita que ha de suceder con las sociedades civiles dado que el nuevo régimen no las prevé. Los autores han propiciado distintas soluciones y algún simposio de profesionales de ciencias económicas sostiene que sobreviven a la derogación pues de otro modo la ley estaría afectando su constitución;

— la ley de sanción del Código Civil ha derogado la ley 14.394 y con ello ha desaparecido el bien de familia; ¿qué sucede con los inmuebles afectados a su régimen? Acaso ha desaparecido la protección; ésta sería la consecuencia —insólita— que se derivaría de esa derogación.

Ejemplos como estos pueden multiplicarse.

15. Jurisprudencia de aplicación del nuevo CCyC

Nosotros anticipamos en una de las monografías que publicamos sobre la materia que dejar la cuestión de la aplicación del CCyC a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas en curso, en manos de los jueces iba a ocasionar serias perturbaciones que los ciudadanos pagan en esfuerzo, tiempo y gastos.

Efectivamente eso es lo que está sucediendo. A pesar de que la doctrina ha trabajado bien intensamente en esta materia en los meses previos a la entrada en vigencia del CCyC y lo continuó haciendo después, los fallos que se van conociendo contienen soluciones muchas veces contradictorias.

Hemos apuntado que en un país federal en el que no hay un órgano superior que unifique la jurisprudencia se producen necesariamente interpretaciones divergentes entre los distintos tribunales. Pero en esta materia la cuestión es más seria, pues de lo que se trata ya no es de la interpretación de la ley, sino de cuál ley se aplica. Esto

es, a unos ciudadanos se aplicará el Código derogado y a otros, para resolver una cuestión análoga, se aplicará el CCyC. Ello nos parece que afecta la igualdad ante la ley de manera clara y flagrante.

Hasta ahora los tribunales han resuelto:

— que los hechos ilícitos se juzgan por la ley vigente a la fecha en que se produjo el daño; con lo cual reproducen la solución dada por la jurisprudencia cuando se sancionó la ley 17.711 de reformas al código derogado; aunque ello no ha estado exento de observaciones (Saux);

— en materia de divorcio algunos tribunales civiles de la Capital Federal han aplicado el nuevo CCyC a juicios de divorcio iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia del mismo; y aún resueltos en primera instancia con el código derogado; pero la Cámara de Familia de Mendoza resolvió lo contrario, argumentando que según el mismo Roubier las nuevas leyes de fondo no pueden aplicarse a los procesos judiciales en trámite;

— en cuanto al art. 765 CCyC que autoriza al deudor a cumplir en moneda nacional, se ha resuelto que no es aplicable a contratos exigibles con anterioridad a su entrada en vigencia; así lo han hecho la Cámara Civil y la Cámara Comercial, pero con fundamentos diferentes;

— la Corte ha declarado aplicable el nuevo CCyC a un proceso en trámite en materia de nombre y los tribunales civiles han hecho lo mismo en materia de alimentos a favor de los hijos menores.

III. EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TERRITORIO

16. Exposición de la problemática

Las relaciones jurídicas pueden expandirse extraterritorialmente, lo que sucede tanto con las relaciones patrimoniales cuanto con las extrapatrimoniales. Así un español puede venir a contratar a la Argentina, una sociedad inglesa puede tener filiales en la Argentina o realizar actos aislados de comercio en ella; y un argentino puede contraer matrimonio en Uruguay o divorciarse en México. Un insolvente puede tener bienes y acreedores en distintos países.

Esta internacionalización de las situaciones y relaciones jurídicas —cada vez más frecuente e importante— requiere la solución de dos cuestiones básicas: qué ley se aplica a ellas y cuál es el tribunal competente para entender en los conflictos que pueden suscitarse.

Durante el siglo XIX los códigos civiles incorporaron normas relativas a esta materia, incluido el nuestro.

Esta problemática forma parte de lo que se denomina el derecho internacional privado, rama autónoma del Derecho civil.

Sin embargo es necesario decir que el Código de 1869 contenía algunas disposiciones sobre la materia, y que el CCyC ha incorporado un Título IV del Libro Sexto que se denomina Disposiciones de derecho internacional privado.

Ese Título IV comprende dos de las tres grandes partes del derecho internacional privado: la jurisdicción internacional y la ley aplicable a las distintas relaciones jurídicas. No trata de la ejecución de la sentencia extranjera, que sería la tercera, por considerarse que es materia que debería quedar diferida a las provincias.

La idea ha sido modernizar el derecho internacional privado de fuente interna y se ha incluido en el CCyC habida cuenta el fracaso de varias tentativas previas de sancionar un Código de derecho Internacional Privado.

Éste es sin duda uno de los aspectos positivos del CCyC.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

DEKEUWER DEFOSSEZ, Françoise, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, 1977; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Córdoba, 1976; MORELLO, Augusto M., "Eficiencia de la ley nueva en el tiempo" en *Examen y crítica de la reforma*, La Plata, 1971, p. 59; ROUBIER, Paul, *Le Droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Paris, 1960; BORDA, Guillermo A., *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Buenos Aires, 1951.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ALLENDE, Guillermo L., "Art. 3 del Código Civil: volver al Código Civil. Graves errores de la reforma y del III Congreso Nacional de Derecho Civil", LL 1977-A-703; "Sobre el art. 3 del Código Civil. El contrato y las leyes transitorias sobre una réplica del Dr. Borda", LL 1977-B-857; BORDA, Guillermo A., "Efectos de la ley con relación al tiempo", ED 28-807; BORDA, Guillermo A., "Sobre el art. 3 del Código Civil a propósito de un artículo del Dr. Allende, Guillermo L.", LL 1977-B-737; "Sobre el art. 3 del Código Civil. Punto final a una polémica", LL 1977-C-755; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El art. 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en que no existe jurisprudencia firme", LL 22/4/2015; "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015", LL 2/6/2015; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Irretroactividad de las leyes", LL 135-1485; LLAMBÍAS, Jorge J., *Estudio de la reforma*, Buenos Aires, 1969, ps. 17 y ss.; MEDINA, Graciela, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", LL 2012-E-1302; RIVERA, Julio César, "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite", LL 4/5/2015; "Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas", LL 17/6/2015; SAUX, Edgardo I., "Ley aplicable al juzgamiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos acaecidos durante la vigencia del Código derogado", LL 26/10/2015; SOLÁ, Ernesto, "Eficacia temporal de las leyes en el Código Civil y Comercial unificado", JA 2015-II-971.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 13/4/1966, "Rodríguez Rego c/ Frigorífico Swift", LL 123-317.

CSN, 7/7/2015, "Becerra, Juan José c/ Calvi, Juan M. s/ cumplimiento de contrato", La Ley Online: AR/JUR/24377/2015.

CApel. Trelew, sala A, 11/8/2015, "S., N. O. y otros c/ D., D. Á. y otra s/ daños y perjuicios".

CApel. Trenque Lauquen, 7/8/2015, "Portela, Marcelo y otro c/ Ustarroz, Abel María y otro s/ daños y perjuicios por uso automotor".

CNCom., sala A, 29/9/2015, "Ganadera San Roque S.A. s/ concurso preventivo s/ inc. art. 250 CPCCN".

CNCiv., sala F., 25/8/2015, "M. R. c/ A., C. A. y otros s/ consignación", "L., T. y otros c/ F., M. R. s/ ejecución hipotecaria", SJA 2015/09/30, p. 47.

CApel.Familia, Mendoza, 2/9/2015, "Mauri, Francisco Aníbal c/ Argañaraz, Iris p/divorcio vincular contencioso".

CAPÍTULO V

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARGENTINO

I. LA CODIFICACIÓN COMO MODO DE EXPRESIÓN DEL DERECHO CIVIL

1. Introducción

Hasta ahora hemos estudiado las fuentes de las normas civiles, esto es, la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los denominados principios generales del Derecho.

Hemos apuntado también que la principal fuente del Derecho civil, en los países de tradición románica, sigue siendo la ley.

Ahora bien; desde antaño las leyes civiles han sido numerosas y han sufrido mutaciones a lo largo del tiempo.

Ello generó la aspiración de condensarlas de modo de facilitar su conocimiento y aplicación, lo que por lo demás contribuiría a la seguridad jurídica.

Así, ya desde los romanos conocemos antecedentes de codificación de las leyes civiles. Anteriores obras legislativas como el Código de Manú o el de Hammurabi, las primeras de la humanidad, contenían reglas de toda especie y no sólo civiles, que es a lo que nos venimos refiriendo.

2. Codificación. Concepto

La codificación es el último escaño en la evolución de la presentación de las leyes civiles.

Es que en realidad el código es una única ley que se caracteriza por la unidad de sanción y publicación, la homogeneidad de contenido, la exclusividad y la sistematización. Analizaremos seguidamente estas características.

a) Unicidad

Es decir que se trata de un cuerpo único, sancionado, publicado y declarado obligatorio por el Estado en un solo momento, donde están todas las normas concernientes a la rama del Derecho a la cual él se destina.

b) Homogeneidad

Su homogeneidad se desprende de que se trata de una ley que trata una sola materia: civil, comercial, minería, navegación.

c) Exclusividad

La característica de la exclusividad implica que, en principio, no hay normas de esa materia fuera del código.

Ejemplo de esta pretensión era el art. 22 del Código Civil de 1869, conforme al cual: *"Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en Derecho civil aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial"*.

d) Sistematización

Pero lo más característico del código es la sistematización de la exposición de la rama del Derecho de que se trata. Las materias tienen una exposición ordenada y coherente, conforme a un método que por ello reviste especial importancia en la tarea codificadora.

e) Ventajas de la codificación

De modo que la codificación se presenta como un avance notable en la exposición de las normas, pues facilita enormemente su conocimiento, interpretación, aplicación, enseñanza. Evita normalmente dudas acerca de la vigencia de los textos en determinadas materias, y contribuye enormemente a la seguridad jurídica.

De todos modos, lo cierto es que hoy asistimos a una cierta decadencia de la codificación, como una consecuencia de la "inflación legislativa" vinculada también a la creciente complejidad de las relaciones sociales (v. *infra* n. 5). Lo cual lleva a que obviamente los códigos hayan perdido totalmente su pretensión de exclusividad; por el contrario, conviven con múltiples microsistemas legislativos. Así, el nuevo CCyC coexiste con la Ley de Sociedades, de Quiebras, de Tarjeta de Crédito, del Consumidor, de Identidad de Género, de Trasplantes, el Código Aeronáutico, etc.

3. La codificación en el Derecho Civil

a) Antecedentes

El proceso moderno de codificación del Derecho civil comienza en la segunda mitad del siglo XVIII con la pretensión de concretarla en distintos Estados germanos, lo que finalmente se logra con el Derecho General Territorial de los Estados Prusianos (1794).

En el territorio alemán la labor codificadora continúa durante el siglo XIX, pero carece de ejemplaridad por cuanto es excesivamente territorial o local, y porque queda empequeñecida por el Código Napoleón, el que incluso influye en los códigos o leyes territoriales germanas.

b) Código Napoleón

En 1804 se sancionó el Código Civil de los Franceses, luego llamado Código Napoleón. Su importancia radica fundamentalmente en la ejemplaridad que ha tenido, pues su influencia se ha extendido a toda Europa, el Norte de África y por supuesto a América Latina donde ha sido fuente directa o mediata de todos los códigos del área.

Por supuesto ha sufrido múltiples reformas y actualizaciones, pero sigue siendo reconocido como un hito esencial en el desarrollo del derecho civil.

4. La codificación en América Latina

a) Razones

La codificación en la América Latina, y particularmente en la de origen español, está directamente relacionada con la emancipación política pues representó el abandono definitivo de la legislación colonial y la afiliación a las ideas de la ilustración.

b) Antecedentes

Los primeros códigos del área fueron el de Haití y el de Bolivia, ambos tributarios del Código Napoleón. Pero la primera obra significativa es el Código Civil chileno, obra de Andrés Bello, sancionado en 1855 y vigente desde 1857. El Código de Bello fue adoptado casi literalmente en Ecuador (Código de 1861) y Colombia (Código de 1873). Ha ejercido influencia notable en muchos códigos de países centroamericanos, y fue también fuente de ilustración para Vélez Sarsfield.

c) La obra de Freitas

Otro gran jurista latinoamericano fue Augusto Teixeira de Freitas, autor de la *Consolidaçao* (1855) y del *Esboço* (1865), que era un proyecto del Código Civil. El *Esboço* fue un trabajo parcial, muy extenso (con casi cinco mil artículos) y fue objeto de severas críticas por la Comisión que debía revisarlo, lo que provocó el desagrado de Freitas, quien no continuó su obra, y quejóse de lo que ha sido calificado como una de las más grandes ingratitudes recibidas por un hombre de cultura brasileño.

De todos modos su obra sigue siendo motivo de estudio, y lo cierto es que ha tenido más repercusión en nuestro país que en Brasil. En efecto, Vélez Sarsfield tuvo muy en cuenta al *Esboço* particularmente en el Libro I del Código Civil, lo que no se refleja en cambio en la tardía codificación brasileña, que se demoró hasta el 1 de enero de 1916.

d) El Código Civil Argentino

El primer Código Civil argentino fue sancionado en 29 de septiembre de 1869 y entró a regir el 1 de enero de 1871. Estuvo en vigor

hasta el 31 de julio de 2015, pues el 1 de agosto de ese año entró a regir el Código Civil y Comercial sancionado en 2014.

Más adelante nos referimos a él con mayor detalle.

5. El proceso de descodificación

La codificación del derecho civil fue generalizada en casi todos los países que forman parte de la familia romano germánica.

Pero durante el siglo XX se advirtió que los códigos fueron sufriendo sucesivas reformas, a la vez que ciertas materias se desprendían de ellos, y otras nuevas eran legisladas en cuerpos separados. De allí que se hablara de un proceso de descodificación (Irti).

Sin embargo los códigos no han desaparecido y por el contrario hoy se habla de la recodificación del derecho civil y aún del derecho comercial. Lo que sí es evidente que los códigos del siglo XXI no tienen la misma pretensión que los códigos decimonónicos, sino que revelan aspiraciones mucho más modestas.

En efecto, como lo anticipamos, los códigos de hoy no pretenden tener *todo* el derecho civil, ni ser perennes. Por el contrario, los códigos conviven con otras fuentes —incluso de jerarquía superior como la Constitución y los tratados en los que se encuentran instituciones propias del derecho privado—y microsistemas. Así, el CCyC convive con la Ley de Sociedades, de Concursos, de Seguros, de Tarjeta de Crédito, de Propiedad Intelectual, etc.

Pero el Código sigue siendo el continente de los conceptos generales, el centro del sistema de derecho privado, el que hace inteligible todo el sistema que se interconecta a través de él. En otras palabras, cuando las leyes especiales hablan de hipoteca, obligación, daños resarcibles, contrato, capacidad, etc., esos conceptos se encuentran en el Código. Por ello se dice que el Código es como un tejido conectivo del ordenamiento.

II. LA CODIFICACIÓN EN LA ARGENTINA

6. La legislación civil a partir de 1810. El denominado Derecho Patrio

a) Vigencia del Derecho hispánico

Al producirse la Revolución de Mayo, con la que comienza la emancipación, se encuentran vigentes las leyes que la metrópoli había

sancionado para las Indias, y otros textos que, como las Partidas de Alfonso el Sabio, no tenían sanción oficial pero se aplicaban efectivamente.

Por lo demás, las instituciones judiciales eran naturalmente impuestas por España.

Esos textos hispánicos generaban todo tipo de problemas. Nunca se sabía a ciencia cierta cuáles eran aplicables, y en ocasiones se exigía la prueba efectiva del uso.

b) La emancipación nacional: el Derecho Patrio

Pero amén de ello, esa legislación devino incompatible con la emancipación nacional. Por esa razón a partir de 1810, de manera incoherente, los sucesivos gobiernos provinciales van dictando leyes aisladas que conforman lo que se denomina Derecho Patrio.

Por lo tanto, a la época de la sanción del Código estaban en vigor los viejos textos hispanos y la dispersa legislación provincial (casi no la había nacional en materia civil). Ése era el panorama sobre el cual Vélez Sarsfield debía redactar su Código.

7. La organización nacional

La Constitución de 1853 estableció en el art. 67, inc. 11, que es atribución del Congreso Nacional el dictado de los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería. Se advierte la exclusión del Código de Procedimientos, materia que se reserva a las provincias, respetando así la tradición patria en la materia.

a) El Código de Comercio del Estado de Buenos Aires

La provincia de Buenos Aires no aceptó la Constitución de 1853, y sancionó una Constitución en 1854 conforme a la cual "Buenos Aires es un Estado con el libre ejercicio de su soberanía interior, mientras no la delegue en un Gobierno federal", lo que recién haría al aceptarse por todas las provincias argentinas la Constitución de 1860.

En ese interregno el Estado de Buenos Aires sancionó un Código de Comercio (1859) que fuera redactado por el oriental Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sarsfield.

Unificado el Estado nacional, regía el art. 67, inc. 11 de la Constitución de 1860, idéntico al de su precedente de 1853. De allí que fuera misión del Congreso sancionar los códigos de fondo.

Lo cierto es que el Código de Comercio estaba ya hecho, y por ello, por ley n. 15 sancionada el 10/9/1862, se lo convirtió en Código de Comercio de la Nación.

b) El Código Civil

Restablecida la unidad nacional, la tarea codificadora era impuesta, como quedó dicho, por el art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional. Por ello a propuesta del diputado José María Cabral, se sancionó el 6 de junio de 1863 la ley n. 36, por la que se autorizó al Poder Ejecutivo a nombrar comisiones que redactaran proyectos de códigos Civil, Penal, de Minería y Ordenanzas Militares.

El presidente Mitre, por decreto del 20/10/1864 designó para redactar el Código Civil a Dalmacio Vélez Sarsfield.

c) Vélez Sarsfield

Vélez Sarsfield vio la luz el 18 de febrero de 1800 en Amboy, valle de Calamuchita, provincia de Córdoba.

Vélez Sarsfield fue mucho más que un jurista. Fue un hombre público, que dedicó gran parte de su vida a los asuntos de Estado. Ello se manifiesta, a nuestro juicio, en la grandeza de su Código, donde más allá de la extensión desmesurada o de los errores metodológicos, debe destacarse que las ideas que lo inspiraban lo convirtieron en lo que con justicia se llamó "Código de la libertad" y en el motor del desarrollo de la Nación.

d) La sanción del Código Civil

El 25 de agosto de 1869 el presidente Sarmiento remitió al Congreso de la Nación el *Proyecto* propiciando su aprobación.

Ello se produjo a libro cerrado y en corto tiempo. El 22 de setiembre fue aprobado por la Cámara de Diputados, el 25 por el Senado y el 29 de setiembre de 1869 el presidente Sarmiento promulgó la ley 340, cuyo art. 1 dispone: *"El Código Civil redactado por el*

doctor Dalmacio Vélez Sarsfield se observará como ley en la República Argentina desde el 1 de enero de 1871".

e) Fuentes

Las fuentes principales de Vélez fueron el derecho romano, que conoció también a través de las Partidas; el derecho hispánico, indiano y patrio; el Código Napoleón y sus exégetas; el Esboço de Freitas y otros códigos, como el de Baviera, el chileno de Bello, el Proyecto de Código Civil para España de García Goyena, el Proyecto de Acevedo para la República Oriental del Uruguay, el Código austríaco de 1811; y algunas obras doctrinarias menos citadas como las de Story, Gregorio López, etc. El derecho canónico tuvo influencia en materias tales como la familia y el matrimonio.

f) Los grandes principios del Código Civil

No es necesario insistir sobre la orientación filosófica y política de nuestro Código Civil, que naturalmente respondía a las ideas en boga de la época. Muy injustamente se ha dicho en los últimos tiempos, para justificar su reemplazo, que fue un código oligárquico.

Por ello los principios fundamentales sobre los cuales se estructuró la codificación fueron: la autonomía de la voluntad, la responsabilidad fundada en la culpa, el carácter absoluto de la propiedad y la familia basada en el matrimonio indisoluble.

g) Valoración

Ya ha sido expresado que el Código respondió a las ideas de la época.

Constituyó así un avance notable respecto del régimen vigente a ese momento, que no sólo era disperso y de difícil conocimiento y aplicación, sino también arcaico e inadecuado a la organización del Estado nacional bajo una forma republicana y democrática, que garantizaba a todos la igualdad civil.

Por lo demás, supo amalgamar los avances de la doctrina científica y del derecho comparado con las costumbres locales y el Derecho vigente, logrando así un Código que se acomodó sin esfuerzos a la sociedad a la cual iba a regular.

También tuvo la virtud de que sus principios, aparentemente absolutos, tenían su contrapartida en otros principios generales. Verbigracia, la inclusión de la denominada por Spota "cláusula moral" en el art. 953, fue la llave para morigerar tanto el carácter aparentemente absoluto de la propiedad cuanto la rigidez del principio *pacta sunt servanda* del art. 1197.

Estas características del Código hacen que queden en alguna medida obviados su excesivo casuismo, su extensión (que Arminjon califica de *récord*), y su, a veces, descuidada redacción. De todos modos no está demás señalar que Alberdi criticara, y con razón, la prescindencia de toda consideración acerca de la Constitución Nacional; le achacó a Vélez la cita de códigos y autores extranjeros y la total ausencia de referencia a la Constitución.

Sin perjuicio de ello, el Código fue un adecuado instrumento para el país naciente.

8. Las reformas al Código Civil

El Código Civil sufrió innumerables reformas y actualizaciones por vía legislativa. La primera y muy relevante fue la sanción de la Ley de Matrimonio Civil 2393. Luego se sucedieron numerosas leyes sobre cuestiones particulares, hasta que la más importante reforma se produjera en 1968 en que la ley 17.711 reformó el 10% del articulado, pero más importante aún es que esa ley cambió la filosofía del código, pues admitió morigeraciones al dogma de la autonomía de la voluntad al incorporar el principio de buena fe, el abuso del derecho, la lesión subjetiva y la teoría de la imprevisión. Se admitieron factores objetivos de atribución que desplazaron a la culpa a un papel residual; la propiedad quedó sujeta a un ejercicio regular. El ámbito en el cual la ley 17.711 fue más conservadora fue el derecho de familia. Éste recibió una renovación importante con leyes sancionadas después de la recuperación de la democracia que establecieron el divorcio vincular y la patria potestad compartida.

En los últimos años se sancionaron leyes relevantes, tales como la que estableció la mayoría de edad a los 18 años, la de protección integral de la mujer, de derechos de los niños, niñas y adolescentes, de identidad de género, de derechos del paciente, de salud mental.

9. Proyectos de reforma integral

a) Planteamiento del problema

La sustitución del Código Civil por uno nuevo se intentó en reiteradas oportunidades en la Argentina. Así se sucedieron el Anteproyecto Bibiloni (1932), el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954. En 1987 se sancionó un proyecto de Unificación Legislativa que preveía la unificación de los códigos civil y comercial. Fue sancionado y finalmente vetado por el PEN.

Luego se sucedieron otros proyectos. Uno fue encargado a una comisión designada por el Poder Ejecutivo por decreto 468/1992; esa comisión fue integrada por Augusto C. Belluscio, Aída Kemelmajer de Carlucci, Federico N. Videla Escalada, Sergio Le Pera, Salvador Darío Bergel, Eduardo A. Zannoni y Julio César Rivera. También propiciaba la unificación de la codificación civil y comercial, para lo cual proyectó un nuevo Libro II del Código Civil, amén de otras reformas parciales.

Un tercer proyecto fue elaborado en el seno de la Cámara de Diputados por una denominada Comisión Federal; siguió en lo fundamental al Proyecto de 1987.

En 1994 el PEN designó una comisión que presentó un proyecto de Código Civil y Comercial, conocido como proyecto de 1998. La comisión redactora estuvo integrada por Héctor Alegria, Atilio Alterini, Jorge Alterini, Antonio Boggiano, María Josefa Méndez Costa, Horacio Roitman y Julio César Rivera.

Este proyecto de código único ha sido fuente principal del anteproyecto de 2012 convertido en CCyC de 2015.

III. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2015

10. Presentación del Proyecto

El decreto 191/2011 designó una comisión integrada por Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci que tuvo por misión proyectar un nuevo Código Civil unificado con el de Comercio. En el muy breve plazo de un año estuvo listo el proyecto, en el que participaron numerosos juristas que contribuyeron en algunas materias particulares.

El Congreso constituyó una Comisión Bicameral que recibió opiniones de instituciones, organizaciones no gubernamentales, profesores, abogados, etc. Sin embargo su tarea no fue fructífera y las únicas modificaciones que recibió el anteproyecto fueron las propiciadas por el PEN. Cabe señalar que esas modificaciones fueron siempre desacertadas lo cual desmereció bastante el trabajo final.

El Código fue sancionado por ley 26.994 publicada en el BO el 8 de agosto de 2014.

11. Justificación de la recodificación del derecho privado en la Argentina

Un autor francés, Remy Cabrillac, señala que la recodificación enfrenta siempre, dificultades serias. Existen frenos psicológicos producidos por la fuerza de los hábitos, tanto en los prácticos como en los juristas que ven en el nuevo código un útil incómodo. Y agrega —también con cierta ironía— que la recodificación se enfrenta a la fuerza paralizante de los símbolos que impiden la revisión del Código Civil y sólo autorizan una revisión discreta y puntillista.

La situación en la Argentina no era diferente a lo que aconteció en Quebec o en otros países, donde la recodificación encontró seria oposición.

Pero lo cierto es que era muy difícil decir que teníamos un Código Civil y mucho menos que hubiera un Código de Comercio. En los hechos —y como ya lo vimos— estos códigos vieron reemplazados sus principios esenciales así como habían sufrido mutilaciones y adiciones que les habían hecho perder organicidad, método, claridad. Además, muchas de sus soluciones estaban superadas. Ya en 1968 se confesaba: debemos decir la verdad, no son las ideas esenciales de Vélez las que vertebran nuestra legislación civil y del Código de 1871 queda una metodología inapropiada para los tiempos que corren; y soluciones absolutamente ajenas a las realidades actuales.

De modo pues que en la Argentina se había ido operando una reforma parcial y progresiva que había afectado a grandes áreas del derecho privado, pero se lo había hecho de manera caótica, sin ninguna directiva precisa, a medida que iban surgiendo las necesidades, todo lo cual daba un panorama anárquico de nuestro derecho privado. Y cuando no había mediado reforma alguna, las instituciones reflejaban una absoluta inadecuación con las realidades y necesidades

del presente como sucedía en materia de teoría general del contrato y de garantías.

Todo lo cual da razón de ser a la necesaria recodificación que la doctrina perseguía desde 1987 y que felizmente se ha concretado con la sanción de este Código Civil y Comercial en 2014 y que ha entrado a regir el 1 de agosto de 2015.

12. Reforma parcial o nuevo código

Recodificar el derecho privado supone la adopción de una serie de decisiones sobre cómo hacerlo. En particular ello opera en dos ámbitos: reforma parcial o código nuevo; y un código o dos códigos. La experiencia del derecho comparado muestra ejemplos de todo tipo.

En más de una oportunidad hemos manifestado nuestra preferencia por el nuevo código frente a la alternativa de la reforma parcial.

Para ello hemos sostenido que no son válidos los argumentos de los objetores de la reforma total, tales como que hay que respetar los códigos tradicionales, preservar el espíritu de Vélez; y que se puede seguir el método francés que no ha reemplazado el Código Napoleón sino que le injerta las reformas que lo modernizan permanentemente.

Ya hemos señalado que del Código de Vélez queda sólo el continente, porque el contenido de sus ideas rectoras ha sido totalmente cambiado.

El ejemplo del Código francés es real pero no necesariamente es el único ni es necesariamente bueno. Así, otros países han seguido el camino de sustituir los viejos códigos (Italia, Portugal, Perú, Bolivia, Quebec); y muchos juristas franceses se quejan de la incorporación al Código Napoleón de nuevas instituciones en un marco absolutamente inadecuado, lo cual dificulta notoriamente la interpretación y aplicación.

De todos modos queda en pie una observación seria al método del "código nuevo" y es que con él se pierde el trabajo de más de ciento cuarenta años de trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. Ya hemos dicho que esto es sólo relativamente cierto, pues este nuevo código no sale de la nada ni es una ruptura total con el derecho que nos rige hasta hoy. En realidad muchas instituciones tienen cambios sólo cosméticos, y donde las soluciones son nuevas o distintas resulta

que ellas ya han sido propiciadas por la doctrina y muchas veces recogidas por la jurisprudencia. Con lo cual las grandes obras como las de Spota, Borda, Llambías, seguirán teniendo utilidad y lo mismo la labor fecunda de la jurisprudencia en muchas áreas.

13. Un código o dos códigos: la unificación (parcial)

Una cuestión de la máxima importancia es la de la unificación de los códigos civil y comercial. Hemos expresado nuestra opinión en favor de la unificación antes de ahora y es un criterio que tiene el respaldo de una larga tradición doctrinaria. De allí que la reforma de la Constitución en 1994 incorporara expresamente la posibilidad de tal unificación en el inc. 12 del art. 75.

Ahora bien; esa unificación es necesariamente parcial. Se incorporan algunas leyes al cuerpo del Código pero muchos microsistemas legislativos subsisten; en particular en el área de lo que sería el derecho comercial perviven la Ley de Sociedades, de Concursos, de Seguros, la Ley General de Navegación, la Ley de Transporte Multimodal, la Ley de Tarjeta de Crédito, el Código Aeronáutico y muchas otras.

Ello se compadece con el rol que hoy se reconoce a los códigos y al que hemos aludido *supra*, esto es, no pretenden comprender "todo" el derecho ni ser perennes. Los códigos son el reservorio de los conceptos generales que al relacionarse con los microsistemas los hace comprensibles. Es, como decía el jurista Giorgio Cian, el tejido conectivo de la legislación.

14. El método: La "parte general"

El CCyC contiene un Título Preliminar y a partir de allí se divide en Libros que son: Libro Primero: Parte General; Libro Segundo: Relaciones de Familia; Libro Tercero: Derechos personales; Libro Cuarto: Derechos Reales; Libro Quinto: Transmisión de Derechos por Causa de Muerte; Libro Sexto: Disposiciones comunes a los derechos personales y reales. Comprende en total 2671 artículos.

Una de las cuestiones metodológicas que destaca al CCyC es la existencia del Título Preliminar, al que ya nos hemos referido en los Capítulos precedentes; y un Libro Primero que contiene la Parte General.

La inclusión de una Parte General no es uniformemente seguida en el derecho comparado, pero sí fue propuesta por el Proyecto de 1998. Se justificó aquella decisión de método en el hecho de que en la Argentina los planes de estudio contemplan la Parte General como el primer curso de derecho civil, y las obras tradicionales de derecho civil comienzan por la parte general. De modo que todos los abogados están familiarizados con la idea de que hay ciertas normas que son de aplicación a todo el Código.

Pero además es preciso señalar que cada Libro —y en ocasiones los Títulos en que se dividen los Libros— del Código contiene una "parte general". Por ejemplo, hay una parte general de obligaciones y una parte general de contratos. Ello facilita la exposición de las normas particulares y permite reducir significativamente el número de preceptos.

Por lo que desde el punto de vista del método, el CCyC no merece reproches.

15. Significación del nuevo Código

La renovación de la legislación de derecho privado era necesaria. El Código sancionado responde a criterios generalmente aceptados por la doctrina y avalados muchas veces por la jurisprudencia ya imperante. La adecuación del derecho civil y comercial al derecho supranacional de los derechos humanos y —por supuesto— a la Constitución Nacional, como lo hace el Código nuevo es un avance indiscutible.

Puede coincidirse con alguno de los autores del anteproyecto que señala que el Código va de lo conservador en materia patrimonial a lo innovador en derecho de familia donde sin duda aparece una marcada "contractualización".

De todos modos, como ha sido destacado recientemente en materia de contratos se incorporan soluciones que, aunque anticipadas muchas veces por la doctrina y la jurisprudencia, no dejan de ser novedosas. Y el régimen de la responsabilidad civil se ajusta a la intensa labor de la doctrina y la creatividad de la jurisprudencia, desarrolladas en particular a partir de la reforma de 1968.

Es cierto que en materia de personas y familia algunas reformas son altamente controversiales y han generado idas y vueltas. Así la

cuestión del comienzo de la existencia de la persona, que veremos en detalle más adelante, la gestación por otro, las uniones convivenciales, etc., dan lugar a serios debates.

Pero por otro lado, es absolutamente comprensible que la doctrina comparta algunas soluciones y cuestione otras, pero no puede ponerse en duda que la sanción de este nuevo Código Civil y Comercial constituye un avance significativo del derecho privado legislado. Él aporta una mejora significativa a la juridicidad argentina. Y me permito reproducir una vez más —pues lo he hecho en varias oportunidades antes de ahora— lo que decía el académico Julio Olivera: "*Puesto que la justicia, función esencial del derecho, es desde el punto de vista económico un bien público... la tasa de crecimiento económico de un país depende positivamente de su grado de juridicidad. Por lo tanto, dado que en una economía global los recursos se mueven desde los países de crecimiento lento hacia los países de crecimiento rápido, podemos inferir que en un contexto de globalización, a igualdad de las demás variables que regulan la tasa de crecimiento económico, los recursos se desplazan de los países de baja juridicidad a los países de alta juridicidad*".

Pero para que realmente la Argentina sea un país de alta juridicidad, es necesario mucho más que un nuevo Código Civil y Comercial. Es preciso asegurar el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones: eficacia de los contratos, cumplimiento de las sentencias contra el Estado, expropiaciones en las que realmente la indemnización justa se paga previamente. Es preciso garantizar el acceso a la justicia, lo que supone no sólo que los ciudadanos puedan recurrir a un tribunal para reclamar por sus derechos, sino también que tengan a su disposición los medios idóneos para asegurar el resultado de la sentencia cualquiera sea del demandado. Y por sobre todas las cosas, es imprescindible respetar la independencia del Poder Judicial porque sin ella todo el bello edificio del Derecho será sólo una pila de escombros que nos recordará la impotencia de la ley frente a los abusos del poder.

IV. EL DERECHO CIVIL NO CODIFICADO. EL *COMMON LAW*

16. Introducción

La codificación ha sido un método exitoso en gran parte del mundo. Pero lo cierto es que existen países centrales que conservan

derechos no codificados. Entre ellos están los países escandinavos que pertenecen a la familia romano-germánica pero no han seguido esa vía de expresión legislativa; y los países anglosajones que pertenecen a la familia del *common law*, uno de cuyos rasgos caracterizantes es la inexistencia de codificación.

Claro es que la inexistencia de codificación en Inglaterra y demás países del *common law* es resultado de la menguada importancia asignada a la ley escrita, y al —por el contrario— resaltante valor de la jurisprudencia.

17. Valor del precedente judicial en el *Common Law*

a) Rol del Poder Judicial

Para entender acabadamente la importancia de la jurisprudencia en el Derecho anglosajón es preciso tener en consideración, como punto de partida, la función asignada al Poder Judicial en Inglaterra, cuna del *common law*.

El Poder Judicial es allí verdadero poder. Dueño de la elaboración del Derecho y de su administración, manifiesta expresivamente René David, incluso determina el procedimiento mediante reglamentos procesales elaborados por los jueces o por el canciller, pero no por el Parlamento. Y se considera una costumbre constitucional el principio según el cual no existe ninguna decisión contenciosa que no caiga bajo el control de los tribunales de justicia.

Su existencia e independencia, sigue diciendo David, se conciben como condiciones *sine qua non* del respeto de las libertades y del buen funcionamiento de las instituciones a cuya creación y fortalecimiento los tribunales han contribuido ampliamente a lo largo de la historia.

b) La regla del precedente

El Derecho inglés es un derecho jurisprudencial. En Inglaterra el papel de los tribunales no ha sido sólo aplicar el Derecho sino descubrirlo. David, cuyas enseñanzas magistrales seguimos en estas líneas, afirma enfáticamente que fuera de la jurisprudencia no existe Derecho inglés.

Ello se evidencia por la obligación de atenerse a las normas elaboradas por los jueces (*stare decisis*), regla que se encuentra en la base de todo el sistema de Derecho jurisprudencial.

En los Estados Unidos la regla del precedente existe, pero no tiene la misma fuerza que en Inglaterra. Ello se debe, por empezar, a la estructura federal del Estado, y en segundo término una limitación muy importante está dada por la circunstancia de que se admite que la Corte Suprema y los tribunales supremos estaduales no están obligados por sus propios precedentes, por lo que pueden mutar su propia jurisprudencia, lo que efectivamente hacen con frecuencia.

18. Evolución

En los últimos decenios, el derecho inglés tiene un contacto muy intenso con el derecho continental, como consecuencia de la pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea. En los Estados Unidos —también refractario a la codificación— se promovieron durante el siglo XX mecanismos para conocer y entender mejor el derecho, especialmente el de los contratos; ello como una necesidad del comercio interestatal.

Por ello la primera tarea emprendida fue la de los *restatements*, emprendida por el *American Law Institute*; esta obra es básicamente una suerte de consolidación del derecho jurisprudencial, expresado en reglas concisas, seguidas de comentarios y ejemplos. Los *restatements* no son derecho positivo ni fuente autorizada de derecho, pero son permanentemente utilizados.

La tarea de codificar el derecho comercial nació aproximadamente en los años 40 y fue un jurista formado en los derechos continentales —Karl Llewellyn— quien la encabezó.

The Uniform Commercial Code —como es obvio— no es un código civil sino un código de comercio. Con lo cual carece de muchas reglas propias del primero; así no trata de la venta inmobiliaria, ni de la representación, el *estoppel*, los vicios del consentimiento u otras instituciones que serían fundamentales para un código de origen romano-germánico.

Pero tampoco es propiamente un código, sino una ley uniforme que los Estados asumen y en ciertos casos completan según sus singularismos. En realidad los cincuenta Estados han adoptado ya el UCC

y ha sido visto este proceso como un medio de obtener uniformidad sin federalizar.

Sin embargo, hoy el UCC es conocido y utilizado por los abogados como la primera referencia. Por lo demás, en Estados Unidos existe un Código Civil en el Estado de Louisiana, así como en Canadá hay un código civil de larguísima tradición en la provincia de Quebec. En ambos casos la razón es el origen francés.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

CASTÁN VÁZQUEZ, José María, "La codificación como un hecho actual", en *Estudios del Derecho Civil – Homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés*, Buenos Aires, 1980, p. 571; CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 1969; IRTI, Natalino, *La edad de la decodificación*, trad. de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, 1992, n. 8, p. 33; CUETO RÚA, Julio, *El* common law, Buenos Aires, 1948 en RIVERA, Julio César (ed.), *The Scope and Structure of Civil Codes* (Julio César RIVERA editor), Springer (Dordrech, NY, Heidelberg, London), 2013, p. 409; MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil argentino*, Córdoba, 1916; RIVERA, Julio César, "La necesaria reforma del derecho privado patrimonial", en GRAZIABILE, Darío J. (coord.), *Protección jurídica de la persona*, La Ley, 2011, p. 719.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

BORDA, Guillermo A., "Vélez Sarsfield. Legislador político", LL 135-1269; GUASTAVINO, Elías P., "Estado actual de la codificación del Derecho civil", LL 135-1296; LÓPEZ OLACIREGUI, José María, "Antes y después de Vélez Sarsfield", JA, Doct. 1969-478; RIVERA, Julio César, *The scope and structure of Civil Codes*, en *The Scope and Structure of Civil Codes* (Julio César RIVERA editor), Springer (Dordrech, NY, Heidelberg, London), 2013, ps. 3 y ss.; íd., "El Proyecto de nuevo Código Civil. Su necesario debate", Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, n. 28, ps. 34 y ss.; íd., "Reforma integral del derecho privado y su conexión con la tradición jurídica nacional en el Proyecto de Reforma del Código Civil", JA 22/3/2000; íd., *"Le droit comparé et le droit uniforme dans l'élaboration du projet de code civil argentin (1998)"*, *Revue de Droit Uniforme*, 1999-4-863; íd., "Reforma del derecho privado: ¿parcial o integral?, ED 3/8/2000; íd., "La oportunidad de la reforma del derecho privado (en colaboración con Graciela Medina)", LL 2000-F-1225; íd., "La reforma de la legislación civil en América Latina", Revista de Derecho Comparado, n. 1, ps. 169 y ss.; íd., "El Proyecto de Código Civil para la República Argentina", en Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico, volumen XXXV, mayo-agosto 2001, n. 3, p. 381; íd., "La recodificación. Un estudio de derecho comparado", Rev. Jurídica del Perú, Año LII, n. 41, diciembre 2002, ps. 83 a 130; también publicado en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires*; Buenos Aires, 2003; íd., "La reforma al Código Civil Alemán", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Dr. Jorge Avendaño Valdés*, t. II, Lima, 2004, p. 989; íd., *"Le projet de code civil pour la République argentine"*, Les Cahiers de Droit (Québec, Canadá), vol. 46, ns. 1-2, mars/juin 2005, ps. 295/314; íd., *"Le Code Civil. Son rôle comme source du droit privé"*, en ANDINO DORATO, Jimena – MÉNARD, Jean-Frédérick – SMITH, Lionel (dirs.); "Le droit civil et ses codes: parcours à travers les Amériques", Les Editions Themis, Université de Montreal, Montreal, 2011, ps. 117 y ss.; OLIVERA, Julio H. G., "Globalización, crecimiento económico y bienes públicos", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Segunda Época, Año XLIX, n. 42, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 313.

CAPÍTULO VI

LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS

I. LA RELACIÓN JURÍDICA

1. La esfera subjetiva del Derecho

Hasta ahora hemos venido empleando la palabra Derecho, en el sentido de lo que se ha dado en llamar derecho objetivo, esto es, el conjunto de normas jurídicas sancionadas por el Estado, vigentes en él en un momento determinado.

Ahora bien; el fenómeno jurídico no se reduce a lo puramente objetivo.

Por el contrario, existe lo que se denomina la esfera subjetiva del Derecho.

Esa esfera subjetiva del Derecho ha sido muchas veces reducida al estudio de la noción de los derechos subjetivos, esto es, las prerrogativas o facultades que tiene el individuo, concepto sencillo pero abarcador usado por numerosos autores.

Pero lo cierto es que frente al derecho subjetivo aparece, como otra esfera subjetiva, el "deber jurídico", que *prima facie* surge como contrapartida de ese derecho subjetivo.

De otro lado, a partir de las enseñanzas de Savigny, los autores han puesto la atención en la noción de relación jurídica y también es común la expresión situación jurídica; ambas aparecen muchas veces en el nuevo CCyC.

2. La situación jurídica

a) Concepto

La situación jurídica es un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social, regulado por el Derecho (Díez Picazo y Gullón).

b) Distinciones

Esas situaciones pueden ser unisubjetivas o plurisubjetivas.

Las unisubjetivas se refieren a la persona en sí misma (mayor o menor de edad; comerciante o sacerdote), o con relación a los bienes (propiedad, y en general los derechos reales).

Las plurisubjetivas se refieren a las situaciones en que actúan más de una persona, y dan lugar a lo que se denomina relación jurídica.

La noción de situación jurídica es útil, pues permite deslindar las situaciones en que se establece una suerte de nexo o vínculo entre la persona y la cosa (dominio y en general los derechos reales), de aquellas en las que la situación se compone de dos términos personales, y que es la relación jurídica.

Se evita así caer en el error de afirmar la existencia de relaciones entre personas y cosas.

c) Otras nociones

De todos modos estas nociones no son uniformemente utilizadas por la doctrina.

Así, cuando hemos estudiado el problema de la eficacia de la ley en el tiempo (cap. IV), hemos visto que la del art. 7 usa las expresiones relación y situación jurídica. Y que la doctrina entendía que en ese caso la situación jurídica es permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ser ejercidos indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder; está organizada por la ley de modo igual para todos. Ejemplos son los derechos reales —el dominio, la hipoteca, el usufructo— y las situaciones jurídico-familiares. Mientras que la relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable. Las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos. Estas relaciones se extinguen con el ejercicio de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que emanan de ellas.

3. La relación jurídica

a) Concepto

La relación jurídica es fundamentalmente vínculo entre dos personas tutelado por el Derecho.

Más adelante daremos mayor precisión a esta idea básica, la que de todos modos nos sirve para explicar su origen.

Esta noción ha sido desarrollada en el siglo XIX por Savigny y ha tenido el mérito de evidenciar que la vida jurídica no es una constelación de derechos autónomos e independientes entre sí. Por el contrario, en la idea de relación aparecen claramente derechos y deberes, los que incluso se entrecruzan y a veces se vinculan con otras relaciones jurídicas.

Así, no hay un derecho del comprador y un deber del vendedor, concebidos aisladamente. Hay deberes y derechos recíprocos, que incluso sobreviven a la relación (y que tienen en ella su causa) como son el deber de responder por la evicción o por los vicios de la cosa, el de usar normalmente la cosa si se quiere hacer efectiva una garantía de funcionamiento, etc.

Entonces la relación jurídica es el marco en el cual se insertan los derechos y deberes jurídicos de las personas.

De modo que es una relación organizada y disciplinada por el ordenamiento jurídico; está institucionalizada por el derecho positivo. Así, son relaciones jurídicas las que existen entre los esposos, comprador y vendedor, propietario y acreedor hipotecario. En cambio, las relaciones de mero contacto social no son relaciones jurídicas.

Por ello, siguiendo básicamente a los autores citados, podemos decir que la relación jurídica es el vínculo que une a dos o más personas respecto de determinados bienes o intereses, estable y orgánicamente regulada por el Derecho, como cauce para la realización de una función social merecedora de tutela jurídica.

4. Elementos de la relación jurídica

a) Sujetos

Las relaciones jurídicas se establecen entre personas y exclusivamente entre ellas.

Esto significa que normalmente se encuentra un sujeto activo titular del poder (derecho subjetivo) y un sujeto pasivo, titular del deber jurídico correlativo a aquél.

Naturalmente esos roles pueden estar entrecruzados. Así, en una compraventa a plazos el comprador tiene el derecho de adquirir la propiedad de la cosa comprada y el deber de pagar el precio; correlativamente el vendedor tiene el derecho de cobrar el precio y el deber de transmitir la propiedad.

b) Las relaciones entre personas y cosas

Las cosas no están en "relación" con el sujeto titular de un derecho sobre ella (propiedad, usufructo o cualquier otro), sino que aquél ejerce sobre ella una potestad (Molinario) que el CCyC denomina relación de poder.

Esto no implica desconocer que todas las demás personas tienen el deber jurídico de respetar la propiedad, que a su vez constituye un derecho subjetivo. Pero la relación jurídica propiamente dicha se va a establecer cuando alguien turbe o viole el derecho de propiedad de otro; allí nace el deber de restablecer el derecho violado, y por ende se genera una relación jurídica entre propietario y agente del hecho ilícito.

c) Otras relaciones de sujeto pasivo determinable

No sólo en el ámbito de los derechos reales se individualiza el sujeto pasivo al tiempo de la violación del deber genérico de respeto a un derecho oponible *erga omnes*.

Lo mismo sucede cuando se vulneran los derechos que emanan de la personalidad. Todos tienen el deber de respetar la integridad física y el honor e intimidad de las personas.

Cuando alguien viola esos derechos, verbigracia produciendo un daño corporal o una lesión a la intimidad, se individualiza el sujeto pasivo de una relación jurídica a quien se impone el deber jurídico de reparar el daño causado de fuente extracontractual.

d) Objeto

El objeto de las relaciones jurídicas son bienes e intereses, según lo decimos en la definición.

Ellos se resumen a conductas humanas, cuando el objeto de la relación es una prestación de servicios; ejemplo de ello son las relaciones laborales, aunque no se agotan allí: el servicio del médico o del abogado son también básicamente conductas.

De otro lado, el objeto de los derechos pueden ser bienes susceptibles de valor económico; los bienes materiales son cosas (art. 16 CCyC).

Se comprenden las energías y las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre (art. 16 CCyC).

e) Causa

La causa de la relación jurídica identifica a la fuente de la cual ellas emanan. Son, por lo tanto, los hechos y actos jurídicos que producen como efecto el nacimiento de una relación jurídica.

Verbigracia, un hecho ilícito da nacimiento a una relación entre el autor de hecho y la víctima, en virtud de la cual ésta tiene el derecho de obtener de aquél una indemnización por el daño sufrido; es una relación jurídica causada por un hecho jurídico voluntario ilícito.

Del contrato de compraventa nace una relación jurídica entre comprador y vendedor: relación causada por un acto jurídico (art. 259 CCyC).

f) Protección

Muchos autores incluyen entre los elementos de la relación jurídica a su protección, que se efectiviza mediante las acciones que son concedidas por el Estado para que puedan ser hechas valer en justicia.

Tratamos este aspecto al referirnos a los derechos subjetivos.

5. Contenido y duración de la relación jurídica

Como surge de lo que hemos venido exponiendo, el contenido de la relación jurídica está dado por poderes y deberes, o con una terminología más tradicional, derechos subjetivos y deberes jurídicos.

Esos derechos y deberes aparecen a veces con sujetos identificados *ab initio*, como acontece con las relaciones de fuente contractual (comprador-vendedor, locador-locatario).

En otros, está individualizado sólo el titular del derecho subjetivo, y el sujeto pasivo será quien de alguna manera viola ese derecho: el que lesiona en un accidente, el que vulnera el honor, el que perturba la posesión del propietario.

En cuanto a la duración de las relaciones, existen las que están destinadas a nacer, producir su efecto y extinguirse inmediatamente. Así, los contratos de cumplimiento instantáneo (compraventa manual, donación manual).

Pero por lo general aun las relaciones de fuente contractual tienen alguna permanencia en el tiempo: la compraventa cuando hay plazo para el pago o para la entrega de la cosa. Sin perjuicio de lo cual, su finalidad es la de extinguirse por vía del cumplimiento de los deberes jurídicos y satisfacción de los derechos subjetivos que constituyen su contenido.

En cambio, otras relaciones jurídicas están destinadas a permanecer; verbigracia, las relaciones de familia. A estas relaciones de familia algunos autores las caracterizan como "situaciones" justamente por su vocación a permanecer en el tiempo.

6. Relaciones y situaciones jurídicas en el CCyC

Nuestro CCyC alude las relaciones y situaciones jurídicas en el art. 7 referido a la aplicación de la ley en el tiempo, así como en la definición de hecho jurídico (art. 257), simple acto lícito (art. 258), acto jurídico (art. 259) y en el art. 2595 sobre aplicación del derecho extranjero. También aparece la relación jurídica en la definición de obligación (art. 724); en la definición de contrato (art. 957), en el art. 1520 para negar su existencia entre el franquiciante y los dependientes del franquiciado; en la definición del contrato de arbitraje (art. 1649); Por su parte el art. 10 alude a la situación jurídica abusiva a la que se define en el art. 1120 y se vuele a referir a ella en el art. 1122.

II. DERECHO SUBJETIVO

7. Concepto

La palabra Derecho se suele usar para identificar el derecho objetivo o derecho positivo. Esto es el conjunto de normas emanadas de autoridad competente —o de las otras fuentes (art. 1 CCyC)— que tienen vigencia en un Estado en un momento determinado.

Pero la palabra derecho también puede ser utilizada en otro sentido; así, se alude al derecho de propiedad sobre una cosa, al derecho del acreedor de reclamar el pago a su deudor; en fin, al derecho a la vida, al honor o a la imagen.

Se está aludiendo pues a la palabra derecho como una atribución o prerrogativa que tiene el sujeto de exigir de otro o de otros una determinada conducta. A esto se llama derecho subjetivo.

Sin embargo, nociones que aparecen simples y que pueden ser comprendidas por el común de la gente, revelan dificultades sensibles cuando se trata de descubrir su esencia.

Por ello se han expuesto numerosas doctrinas que tratan de explicar cuál es la naturaleza de estos derechos, y hay incluso las que han negado su existencia misma.

8. El derecho subjetivo como poder atribuido a una voluntad para la satisfacción de un interés

Una doctrina atribuida originariamente a Savigny, pero que ha sido desarrollada por Winscheid, sostiene que el derecho subjetivo es un poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad.

Esto tendría dos significados: por un lado representa el tener derecho a un cierto comportamiento, acto u omisión por parte de todas las personas o de una persona determinada frente al titular. Se explica

diciendo que la ley dicta una norma de conducta que pone a disposición de aquél en cuyo favor se ha dictado tal norma, dejando al beneficiario la facultad de hacer uso o no de ella. Si, por ej., alguien me fotografía, yo tengo derecho a exigir que esa fotografía no se publique o a solicitar indemnización en caso de que ya lo haya sido. De este modo es la voluntad del beneficiario la que resulta determinante para la puesta en ejecución de las reglas que prohíben la captación y la difusión de la imagen de las personas.

En otro sentido, la voluntad juega el rol de ser decisiva para la creación de ciertos derechos o para su supresión o modificación; así, el propietario tiene el derecho de vender o de alquilar, y el acreedor tiene el derecho de ceder su crédito. De este modo la voluntad es la que produce los efectos previstos en las normas jurídicas que regulan la transmisión de la propiedad o de la cesión de créditos.

Ihering ha criticado la doctrina de la voluntad y ha desarrollado la idea de que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido. Señala este autor que los elementos que constituyen los principios del Derecho son dos: uno sustancial, en el que reside el fin práctico del derecho y que es la utilidad, la ventaja, la ganancia asegurada por el derecho; el otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber la protección del Derecho, que es la acción judicial. El interés es lo que constituye el principio del derecho, al que se une la acción judicial que es la cubierta protectora del derecho.

Numerosos autores posteriores han descubierto que en realidad los elementos de la voluntad y del interés no se contraponen ni se excluyen sino que por el contrario se complementan.

Por eso, con algunos matices, se sostiene generalmente que el derecho subjetivo es *el poder atribuido a la voluntad para la satisfacción de intereses jurídicamente protegidos*. Este concepto es generalmente aceptado en la doctrina nacional cómo representativo de la idea del derecho subjetivo.

9. Teorías negatorias

Cabe puntualizar que algunas doctrinas negaron la existencia de los derechos subjetivos; así, la teoría pura del derecho elaborada por Kelsen. Más allá de la trascendencia que estas doctrinas han tenido, particularmente al enfatizar el estudio de la estructura de la norma jurídica, lo cierto es que han llevado a la construcción de una idea del

Derecho absolutamente descarnada del valor justicia, así como han terminado negando la personalidad humana. Por ello, en su momento, alguna de sus conclusiones, sirvieron de fundamento a regímenes totalitarios, aunque sus autores no hayan perseguido esta finalidad.

III. DERECHO, DEBER Y CARGA. INTERÉS LEGÍTIMO. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. FACULTADES

10. El deber

A todo derecho subjetivo corresponde en principio un deber que aparece como correlativo al mismo. Es decir que, frente al que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación, se presenta el deber de la otra parte, el deudor, de satisfacer esa prestación.

En ciertas circunstancias el deber es genérico, de modo tal que corresponde a toda la comunidad; verbigracia, respetar mi derecho de propiedad, respetar mi derecho a la vida privada.

Tanto en el supuesto del deber individualizado en alguien, como en el del deber genéricamente atribuido a toda la comunidad, se impone el sacrificio del interés propio respecto de otro ajeno, y por lo tanto, corresponde a un mandato o imperativo categórico que debe ser respetado en todo caso.

11. La carga

En la carga se exige el sacrificio de un interés propio para satisfacer otro interés propio. Por ejemplo: para hacer oponible mi derecho de dominio sobre un inmueble, debo inscribirlo en un registro de la propiedad; si no cumplo esa carga mi derecho carecerá de eficacia frente a terceros.

12. Derechos que no se corresponden con derechos subjetivos

Pueden existir deberes jurídicos que no corresponden a los derechos subjetivos de otros; por ej., la obligación del Estado de conservar los caminos no genera ningún derecho subjetivo concreto en los particulares. Pero ello hace nacer lo que se denomina intereses legítimos, y en ciertos casos derechos de incidencia colectiva.

13. El interés legítimo

a) Noción

La noción del interés legítimo como una categoría de rango inferior a la del derecho subjetivo, ha sido materia elaborada en el derecho público.

Se trata de supuestos en los que el individuo no pretende la satisfacción inmediata de un interés propio, aunque mediatamente si puede beneficiarlo.

Con dos ejemplos puede advertirse con más claridad la idea. Supongamos que existe un régimen de concursos para ingresar a la carrera docente; cualquier aspirante tiene la posibilidad de reclamar que ese régimen se respete, lo cual no quiere decir que tenga "derecho" al cargo docente, sino sólo a participar del concurso. Otra hipótesis: existe una disposición que prohíbe elevar construcciones más allá de cierta altura; sin embargo, la Municipalidad da un permiso para construir en violación a esa regla. Un vecino cuya visión se vería obstruida por el edificio a construir, tiene un interés legítimo en que se cumpla la disposición que establece la limitación.

b) Resumen: garantía de legalidad

Es decir que, fundamentalmente, se trata de reclamar que la Administración cumpla con el principio de legalidad de su actuación, cuando de no cumplirla, se afectaría mediatamente un interés propio. Es una suerte de *garantía de legalidad.*

c) Reconocimiento actual

En el derecho administrativo moderno se tiende a que los intereses legítimos sean tutelados. Ciertas leyes de procedimientos administrativos lo prevén expresamente. En el ámbito nacional, el decreto reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos admite el planteamiento de ciertas cuestiones por quienes sólo tienen un interés legítimo.

Esto tiene reflejo también en el derecho civil. Así el art. 1712 del CCyC dispone que están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño. Y el art. 1737 establece que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico.

14. Los derechos de incidencia colectiva

a) Noción

Los derechos de incidencia colectiva, en una primera aproximación identifican el interés de la comunidad en general de que se respeten ciertos derechos que corresponden a sus integrantes; por ej., el medio ambiente, la fauna y la flora, los valores espirituales o culturales, los vinculados a la protección del consumidor, etc.

Se trata de cuestiones que no son atinentes a una persona en particular, sino a muchas que conforman una colectividad que puede verse afectada por la degradación del medio ambiente, la destrucción del patrimonio cultural o la actividad de mala fe de las empresas que ponen sus productos a disposición del público consumidor.

b) Antecedentes

En muchos países existen precedentes jurisprudenciales y leyes que admiten el ejercicio de acciones judiciales por parte de sociedades intermedias, por ej., asociaciones de protección del medio ambiente, de tutela del consumidor o protectoras de animales, en orden a la efectivización de esos intereses.

En nuestro país —antes de la reforma constitucional de 1994— se plantearon acciones por particulares. Pero su reconocimiento se concretó con la reforma constitucional de 1994 que al tratar de la acción de amparo en el art. 43, dispone en su segundo párrafo: "*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*".

Cabe señalar que ya la ley 24.240 de Protección del Consumidor prevé la legitimación de las asociaciones de consumidores, así como las reglas relativas a su registración (arts. 55 y 57).

Con lo cual la legislación argentina ha dado un importante avance en la ampliación de la legitimación en aras de la protección de estos intereses colectivos.

c) La definición de derechos de interés colectivo a partir de la reforma constitucional

La noción de intereses difusos (o derechos de incidencia colectiva) no es de sencilla delimitación y es aún debatida por la doctrina. Es indiscutible —tal como la terminología lo indica— que la existencia de un derecho de incidencia colectiva presupone la afectación de los derechos de un grupo de personas. La cuestión radica en determinar en qué casos la afectación de los derechos de un grupo de individuos constituye una lesión a un derecho de incidencia colectiva. El debate no es meramente teórico puesto que la determinación de la existencia o no de un derecho de incidencia colectiva es necesaria a los fines de evaluar qué personas están legitimadas para ejercer su tutela.

Desde nuestro punto de vista la nota característica de un derecho de incidencia colectiva es que tutela intereses colectivos de naturaleza indivisible; o sea que resulta imposible dividirlos en partes. De acuerdo con este criterio, el Defensor del Pueblo o las asociaciones se encuentran legitimados para: (i) solicitar que se retire del mercado un determinado producto; (ii) cuestionar un incremento tarifario en los servicios públicos; (iii) demandar la producción de una determinada vacuna; (iv) solicitar la realización de una audiencia pública previo al dictado de un acto administrativo susceptible de afectar los intereses de los usuarios de los servicios públicos; (v) pedir la nulidad de un concurso público para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamientos de residuos peligrosos; (vi) reclamar la construcción de obras necesarias para las personas discapacitadas; (vii) cuestionar el Plan Médico Obligatorio en lo que se refiere a la cobertura de medicamentos en los casos de esclerosis múltiple; (viii) demandar la nulidad de una resolución del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios relativa al sistema de medición de consumo de agua y los sujetos obligados al pago. En todos estos casos, el bien tutelado es indivisible: no se puede tener una tarifa de subterráneos para un usuario y otra tarifa para el resto; no se puede ordenar el retiro de un producto del mercado solamente respecto de determinadas personas; no se puede prohibir la instalación de la planta de residuos peligrosos solamente respecto de los accionantes.

d) Las personas legitimadas para ejercer su tutela

El art. 43 de la Constitución Nacional (incorporado con la reforma constitucional de 1994) establece que podrán interponer la acción de amparo "*...contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*".

De esta forma, a partir de 1994 se encuentran legitimados para tutelar los derechos de incidencia colectiva: a) el afectado; b) el Defensor del Pueblo, y c) las asociaciones. Algunos autores (Bianchi) también mencionan al Ministerio Público como legitimado para ejercer la tutela de esta clase de derechos, con sustento en el art. 120 de la Constitución Nacional, que dispone que el Ministerio Público tiene "por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad".

Si bien el art. 43 de la Constitución Nacional se refiere exclusivamente a la legitimación en materia de amparo, ello no excluye la legitimación colectiva en otros procesos de conocimiento distintos del amparo.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha venido estableciendo ciertos criterios para precisar el alcance de la legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones (v. Rivera – Rivera [h]).

e) Problemas que plantean

Los procesos colectivos (o sea, aquellos en donde se debaten los alcances de los derechos de incidencia colectiva) generan ciertos problemas específicos: (i) los efectos de las sentencias dictadas en este tipo de procesos; (ii) los derechos de los individuos que no participaron en el proceso pero que se ven alcanzados por los efectos de la sentencia; (iii) la determinación del juez o tribunal competente para entender en un reclamo de esta especie; y (iv) la eventual existencia de sentencias opuestas (algo perfectamente posible en un país federal con un sistema de control de constitucionalidad difuso).

Las respuestas a estos problemas están siendo desarrolladas por la jurisprudencia, pero resulta necesaria una reglamentación porme-

norizada de estas cuestiones por parte del Congreso de la Nación, a los fines de otorgar un cierto grado de certeza y de previsibilidad a los litigantes.

f) Un avance relevante: la sentencia de la CSN en el caso Halabi

El pronunciamiento dictado por la Corte Suprema en este caso merece un tratamiento particular pues constituye un punto de inflexión en la materia.

(i) El caso

Ernesto Halabi, abogado, promovió una acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y el decreto 1563/2004 que establecen que los prestadores de servicios de telecomunicaciones deben implementar los medios necesarios, a su costo, para sistematizar los datos personales de los usuarios y registrar los tráficos de comunicaciones entre ellos por un plazo de 10 años, para la consulta gratuita del Ministerio Público o el Poder Judicial, así como a arbitrar los medios necesarios para captar y derivar las comunicaciones para su observación a pedido de los jueces o fiscales.

El demandante arguyó que tal legislación afecta el derecho a la intimidad, y colisiona con las garantías constitucionales relativas a la prohibición de la autoincriminación y la tutela del secreto profesional (arts. 18 y 19, CN), por lo que a título personal, e invocando su condición de abogado y ciudadano, planteó la inconstitucionalidad de la ley y de su decreto reglamentario.

La demanda fue acogida en primera instancia y confirmada por la Cámara de Apelaciones, con la particularidad de que el tribunal de alzada dispuso la extensión *erga ommes* de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y no con relación exclusivamente a las partes del juicio.

La Cámara entendió que por las particularidades del caso, el accionante había ejercido un derecho de incidencia colectiva que encuadraba en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional.

El Estado Nacional dedujo recurso extraordinario, pero únicamente en cuanto a la extensión *erga ommes* de los efectos de la sentencia, por lo que admitió el reproche de inconstitucionalidad que se le hizo a las normas impugnadas.

La decisión de la Cámara de Apelaciones fue confirmada por la Corte Suprema, que para resolver el caso principió por efectuar un análisis exegético del art. 43 de la Constitución Nacional.

Al respecto, y procurando desentrañar los alcances de la acción de amparo intentada, sostuvo que el art. 43 CN, plantea la existencia de tres categorías de acciones:

— en la primera categoría se ubican las acciones individuales en procura de la satisfacción de derechos individuales. A esta categoría, dijo la Corte, se refiere el párrafo primero del art. 43 CN;

— en una segunda categoría, contemplada por el segundo párrafo del art. 43 CN, se ubican los *derechos de incidencia colectiva* que tienen por objeto *bienes colectivos*. Las acciones correspondientes a estos derechos pueden ser ejercitadas por el defensor del pueblo, las asociaciones cuyo fin sea tutelar esos derechos, y el propio afectado. En estos casos se procura tutelar un derecho sobre un bien colectivo que es indivisible y pertenece a toda la sociedad. Importa, como en el caso del medio ambiente, una lesión a derechos sobre bienes colectivos y no sobre el patrimonio del peticionante. En estos casos, *cuando se ejerce en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la* causa petendi, *pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación* (cons. 11) (énfasis añadido);

— la tercera categoría, también prevista en el segundo párrafo del art. 43 CN, comprende a los derechos de incidencia colectiva relativos a intereses individuales homogéneos. Se trata aquí de los derechos personales o patrimoniales que provienen de lesiones al ambiente, la competencia, los derechos de los usuarios y consumidores, y de los sujetos discriminados. A diferencia del caso anterior, no existe un bien colectivo dañado, sino que se afectan derechos individuales y divisibles. La lesión a tales derechos individuales es provocada por un "factor único", es decir que acarrea una causa homogénea para todos los individuos o un grupo de ellos. Esa homogeneidad es la que justifica, a criterio de la Corte, la propagación de los efectos de la sentencia dictada en ese proceso a todos los individuos afectados por ese factor común.

La Corte consideró entonces que la acción entablada por Halabi se enrolaba en esta tercera categoría, haciendo el siguiente razonamiento:

— el actor asumió la defensa del derecho a la intimidad, a la vida privada y al secreto profesional en su calidad de abogado;

— la lesión a esos derechos era provocada por un factor común y único, tanto para el actor como para los usuarios de los servicios de telecomunicaciones;

— hay una pluralidad de individuos que son los usuarios de esos servicios de telecomunicaciones, y cuyos intereses son homogéneos; pues la lesión afecta a todos sus integrantes;

— en esas condiciones, la lesión a tales derechos supera el interés individual, adquiriendo incidencia colectiva;

— por lo tanto, el ejercicio del derecho individual por uno de los integrantes del grupo configura el ejercicio de derechos de incidencia colectiva, pues abarcan múltiples intereses individuales homogéneos.

La Corte hizo especial hincapié en que la pretensión estaba concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados.

También tuvo en especial consideración el hecho de que en el caso se verificaba, con relación a la comunidad de afectados, una clara afectación del acceso a la justicia, no justificándose exigir que cada uno de los posibles afectados se viera obligado a promover una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la misma norma.

Al resolver de esta manera, la mayoría reconoció los derechos individuales homogéneos, como derechos de incidencia colectiva, ya sean patrimoniales como no patrimoniales.

(ii) Requisitos de procedencia de la acción

La Corte admitió que esta especie de acción no estaba reglamentada por la morosidad del propio Estado, y que ello no podía impedir la operatividad de la cláusula constitucional que la garantizaba.

Por ello, se ocupó también de precisar los requisitos para la procedencia de esta acción de clase hasta que sea debidamente reglamentada.

Estos requisitos son:

— la existencia de un hecho único que cause lesión a una pluralidad de sujetos;

— la acción debe estar centrada en los elementos comunes, es decir, en los elementos homogéneos a todo el grupo, y no en lo que cada individuo se pudo personal o materialmente ver afectado;

— que el interés individual considerado en forma aislada no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia.

No obstante, la Corte deja abierta la puerta para el caso de que, aun no dándose alguno de estos requisitos, esta acción colectiva sea igualmente procedente cuando tratándose de derechos individuales (no homogéneos) exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados, y cuando cobren preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo, la salud o afecten a grupos postergados o débilmente protegidos.

(iii) Cuestiones accesorias

Adicionalmente, la Corte se ocupa también de otras cuestiones accesorias a estas acciones, como las siguientes:

— habrá de garantizarse una adecuada representación de los intereses de todos los individuos a quienes la acción pudiera comprender. En algunos casos, esta representación tiene soporte legal, como el caso del Defensor del Pueblo, y las asociaciones u organizaciones no gubernamentales inscriptas a esos fines;

— y deberá permitirse una adecuada publicidad del proceso, para permitir justamente el acceso al mismo de todos los interesados; esta publicidad podría, por ej., consistir en publicación de edictos, haciendo saber la existencia del proceso, audiencias públicas, etc.

(iv) Conclusión

Con el fallo Halabi la Corte dio un paso decisivo en la caracterización de las acciones colectivas, supliendo, al menos por el momento, la falta de reglamentación que generaba tratamientos jurisprudenciales disímiles que restaban eficacia a las mismas; y abre un nuevo camino para la protección de los derechos de los consumidores y del medio ambiente, permitiendo el acceso a la justicia para la satisfacción de justos reclamos que, de otra manera, por su dispersión, resultaba hasta ahora imposible encauzar procesalmente.

De todos modos sería de desear que se dictase una ley que regule las acciones colectivas.

15. Los derechos de incidencia colectiva en el CCyC

a) La mutilación del art. 14

La sanción de un nuevo CCyC parecía una oportunidad razonable para reglamentar algunos aspectos de los derechos de incidencia colectiva, tales como la legitimación para accionar y la reparación de los daños causados a ellos.

Con mayor razón si se atiende a que los Fundamentos del Anteproyecto afirman enfáticamente que trata no sólo de los derechos individuales sino también de los derechos de incidencia colectiva. En efecto, en esos Fundamentos se lee que éste pretende ser un "*Código de los derechos individuales y colectivos*" y lo explica de la manera que sigue: "*En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El anteproyecto que presentamos da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Argentina y de modo coordinado con la brasileña. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales*".

De modo que el art. 14 —bajo el epígrafe "*Derechos individuales y de incidencia colectiva*"— proponía: *En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo I; c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.*

b) La supresión de los artículos referidos al daño a los derechos de incidencia colectiva

La redacción original del Anteproyecto, elevada por la comisión al PEN contenía una sección denominada Daños a los derechos de incidencia colectiva que comprendía los arts. 1745 a 1748 que referían a la definición de daño a un derecho de incidencia colectiva, la legitimación para accionar, la hipótesis de daño a los derechos individuales homogéneos, los presupuestos para el reconocimiento de la legitimación y el alcance de la sentencia.

Estos artículos vinculados al art. 14 importaban la consagración legal de la doctrina de la CSN en el caso Halabi.

Por razones que no conocemos, el art. 14 fue truncado, y se limita a establecer "*Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva*". *La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*". Y los artículos referidos al daño directamente fueron suprimidos.

Con lo cual la regulación de los derechos de incidencia colectiva ha quedado frustrada.

c) Relación entre los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva

Sin perjuicio de que la regulación de los derechos de incidencia colectiva ha quedado raquítica, lo cierto es que el CCyC da pautas bien claras acerca de la relación entre derechos individuales y colectivos.

Ello se refleja en primer término en el último párrafo del art. 14 cuando dice que "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general", y de manera más notoria en el art. 240, que establece: "*Límites al ejercicio de los derechos*

individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial".

16. Derecho subjetivo y facultades

Las facultades son meros elementos de los derechos subjetivos. Por ejemplo, el derecho de gozar de la cosa, como facultad inherente del derecho de propiedad.

Estas facultades no tienen una vida independiente del derecho de que forman parte y aun pueden faltar sin afectar el derecho en sí. Verbigracia, el derecho de propiedad no se extingue porque el propietario no puede usar y gozar de la cosa dada a otro en alquiler.

IV. CLASIFICACIONES

17. Derechos absolutos y relativos

Derecho absoluto es aquel que, en favor de su titular, impone a los demás una sujeción genérica de no perturbar ni violar ese derecho. Se encuentran en esta categoría los derechos de la personalidad y los derechos reales. No debe interpretarse mal lo aquí afirmado: el absolutismo de estos derechos no implica sostener que sean "ilimitados", sino que se está aludiendo sólo a los sujetos frente a los cuales pueden hacerse valer: así, todos están obligados a respetar la intimidad y el derecho de propiedad de todos y cada uno.

Son derechos relativos aquellos que pueden hacerse valer frente a un sujeto determinado. Ejemplo de este tipo son los derechos llamados personales o de crédito u obligaciones que imponen al deudor el dar, hacer o no hacer algo, y al acreedor el derecho de exigir a ese deudor que cumpla la conducta prometida.

18. Derechos patrimoniales y no patrimoniales

Los derechos no patrimoniales actúan preferentemente en relación a intereses de orden moral. Pertenecen a esta categoría los derechos de la personalidad y los derechos de familia por regla general.

Los derechos patrimoniales son aquellos que tutelan directamente intereses económicos valorables en dinero.

El conjunto de los derechos patrimoniales del sujeto constituye el patrimonio (art. 15 CCyC).

19. Derechos transmisibles e intransmisibles

Algunos derechos son inalienables; no pueden ser objeto de actos de disposición y por lo tanto no pueden ser transmitidos a terceros (derecho a la vida, el derecho al honor, el derecho al nombre).

En cambio los derechos patrimoniales son por regla general transmisibles, con algunas salvedades establecidas expresamente en la ley.

20. Derechos principales y accesorios

Los derechos que tienen su vida vinculada a otros, y que se transmiten juntamente con ellos, son denominados derechos accesorios. Los típicos derechos accesorios son las garantías: hipoteca, prenda, fianza, que en nuestro Derecho deben existir siempre vinculados a un crédito.

Esa calidad de accesorios se manifiesta en que si se transmite el crédito se transmite la garantía; si se extingue el crédito se extingue la garantía.

21. Derechos reales, derechos de crédito y derechos intelectuales

Ésta es una subclasificación de los derechos patrimoniales.

Los derechos reales son aquellas situaciones jurídicas unisubjetivas que reflejan el modo de estar las personas con relación a las cosas. El más absoluto y extenso en sus facultades es el dominio, siendo reconocidos también en nuestro sistema el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido,

el cementerio privado, la superficie. La hipoteca, la prenda, el anticresis, el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres (art. 1887 CCyC).

Los derechos de crédito u obligaciones, también llamados derechos personales, son los que imponen al sujeto pasivo —deudor— dar, hacer o no hacer algo en favor del sujeto activo acreedor.

Los derechos intelectuales son los derechos que se ejercen sobre las obras de la inteligencia y del espíritu; es decir, sobre las obras literarias, musicales o cualquier otro tipo de creación artística, y sobre bienes que corresponden a lo que se denomina la propiedad industrial, marcas, patentes, etc.

Esta clasificación se estudiará con mayor profundidad en el capítulo correspondiente al patrimonio.

V. TIPOS DE DERECHOS SUBJETIVOS

22. Derechos de la personalidad

Se refieren al reconocimiento y respeto de la personalidad humana y su dignidad propia en el doble aspecto corporal y espiritual.

Quedan comprendidos en esta categoría el derecho a la identidad, al honor, a la intimidad y a la imagen como tuitivas de la personalidad espiritual. El derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la disposición del cadáver, son los que hacen a la personalidad física. Todos ellos están fundados en la idea básica de que la persona humana es inviolable y tiene una dignidad (art. 51 CCyC).

23. Derechos personales y familiares

Son derechos que tiene el sujeto en virtud de la posición que ocupa en la familia. Carecen de contenido patrimonial, y también son por regla general intransmisibles. Pertenecen a esta categoría los derechos y obligaciones que emanan de la responsabilidad parental (denominación que el CCyC da a la patria potestad), de la tutela y de la curatela, los deberes de los esposos y convivientes, etc.

24. Derechos de cooperación

Son los que autorizan a formar la voluntad y tomar parte en la actividad de sociedades, asociaciones o corporaciones, derivados de la posición de socio o miembro y sin que puedan separarse de esta cualidad social. Son derechos que permiten participar en la asamblea social, emitir el voto, controlar la gestión, etc. Tienen las limitaciones deducidas de la fidelidad del socio hacia la sociedad y respecto de los demás socios. Esto se manifiesta en el Derecho argentino, por ej., en el deber de abstenerse de votar que tiene el socio cuando su interés es contrario al de la sociedad en el tema que se debate.

VI. DERECHO Y ACCIÓN

25. Relaciones entre ambas

El derecho subjetivo, en forma dinámica, se manifiesta siempre en una acción, a través de la cual se promueve un proceso judicial.

Por lo tanto, a todo derecho subjetivo corresponde una acción, sin necesidad de que la ley expresamente la conceda.

La defensa de aquél contra quien se dirige la acción se denomina "excepción". Esta excepción puede ejercerse de dos maneras: afirmando que la acción carece de fundamento jurídico (no pago porque no existe deuda alguna, que corresponde a lo que se llama "defensa"), o contraponiendo la existencia de una circunstancia o de un derecho que destruye en todo o en parte la pretensión del actor ("excepción" en sentido estricto: "no pago porque ya pagué", o porque la deuda está extinguida por compensación).

VII. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

26. Principio general

Los derechos subjetivos se ejercen frente a un sujeto titular del deber. Éste puede cumplir voluntariamente con su deber o no; en este último caso el titular del derecho subjetivo debe ejercerlo a través de una acción que persigue el reconocimiento y la efectivización de tal derecho en una sentencia judicial.

Por lo tanto la regla es que nadie tiene derecho a hacer justicia por mano propia.

27. Excepciones

Sin embargo, hay ciertos casos en los cuales los sujetos pueden obrar de propia autoridad, e incluso causar un daño, sin que ello importe necesariamente que se incurra en una conducta antijurídica.

El art. 1718 del CCyC dispone sobre la materia con el siguiente texto: "*Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado* únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo".

VIII. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

28. El principio de buena fe

a) Noción

Obrar de buena fe implica comportarse como lo hace la gente honesta, con lealtad y rectitud.

Esta idea constituye un principio general del Derecho, que como tal se proyecta en la totalidad del ordenamiento, y por ende, en la totalidad de las relaciones jurídicas que establece el sujeto y de las situaciones jurídicas de las que forma parte.

De allí que resulta acertado que el CCyC haya establecido en el Capítulo 3 del Título Preliminar reglas sobre ejercicio de los derechos que comienzan por el art. 9, conforme al cual "*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*".

La observación que se puede hacer a este art. 9 es que más parece un consejo que una norma jurídica. En este sentido el Proyecto de 1998 preveía que quien actuara de mala fe debería responder por el daño causado (art. 395).

b) Buena fe objetiva y subjetiva

La mayor parte de la doctrina distingue un concepto subjetivo y un concepto objetivo de la buena fe.

El concepto subjetivo —buena fe creencia— importa afirmar que el sujeto obra de buena fe cuando está persuadido de actuar legítimamente, siempre que ese convencimiento no provenga de su propia negligencia. En este sentido nuestro CCyC afirma que "*El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad*" (art. 1918 CCyC). La relación de poder es lo que corrientemente conocemos como posesión o tenencia; cierta manía del CCyC de ser innovador en la terminología técnica induce a confusión antes que a beneficiar la comprensión de los textos.

La buena fe objetiva o buena fe lealtad tiene particular aplicación en el campo de los derechos personales, de crédito u obligaciones. En este sentido impone el deber de obrar con lealtad y rectitud, tanto en las tratativas anteriores a la celebración del contrato, cuanto en su celebración misma, en su interpretación y en su ejecución (arts. 729, 961, 1061 CCyC).

El art. 9 CCyC no hace distinción entre buena fe lealtad y buena fe creencia a fin de evitar alguna interpretación restrictiva.

29. Funciones del principio de la buena fe lealtad

El principio de la buena fe cumple las siguientes funciones:

— es causa de exclusión de culpabilidad de ciertas conductas que objetivamente podrían considerarse ilícitas;

— es un elemento fundamental en la interpretación y ejecución de los contratos;

— impone ciertos deberes secundarios de conducta a las partes de los contratos;

— es un límite al ejercicio de los derechos subjetivos.

Es en este último sentido que nosotros lo consideramos en este capítulo.

30. El principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos

Afirma Larenz que siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe. Y si bien no es posible indicar exhaustivamente cuándo se infringe la buena fe en el ejercicio de un derecho particular, se pueden reconocer los siguientes casos típicos:

— infringe la buena fe quien hace valer un derecho que ha adquirido mediante una conducta desleal o anticontractual;

— obra contra la buena fe quien ejercita un derecho en oposición al objeto para el cual se lo confiere el ordenamiento jurídico, a fin de lograr por ese medio algo a lo que no tiene derecho (supuesto de abuso de derecho);

— infringe la buena fe quien dilata por tanto tiempo el ejercicio de su derecho que la otra parte, según las circunstancias, puede contar y de hecho ha contado con que no lo ejercitará (fundamento de la prescripción y caducidad);

— infringe la buena fe quien con el ejercicio de su derecho se pone en desacuerdo con su propia conducta anterior, en la cual confía la otra parte (doctrina de los actos propios).

31. El principio de la buena fe en el derecho positivo argentino

a) En el Código Civil de 1869

Nuestro Código Civil en su redacción originaria no contuvo disposiciones que consagraran la regla o principio de la buena fe con carácter general, lo cual no obstó a que la doctrina sostuviera que se trataba de un principio subyacente en todo el ordenamiento. Un

texto explícito aparece con la reforma de 1968, que introduce en el art. 1071 el principio del abuso de derecho y en el art. 1198 una norma conforme a la cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

La regla del art. 1198 importa que la buena fe debe existir tanto en la etapa genética del contrato, cuanto en todo el desarrollo de su vida, es decir, hasta el momento de la extinción de las obligaciones que nacen con él. En este sentido pues, la extensión de los derechos y obligaciones que nacen del contrato y el cumplimiento de esos derechos y obligaciones, debe estar presidido por la buena fe.

Así, en ciertos casos el deudor podrá estar obligado a más de lo que pudiera surgir de la mera lectura del contrato, si de buena fe las partes entendieron o pudieron entender tal extensión; como puede estar obligado a menos, por las mismas razones. El deudor también está obligado a ejecutar de buena fe sus obligaciones.

Pero, y esto es lo que hace al tema que estamos examinando, el acreedor debe exigir el cumplimiento respetando el principio de lealtad y rectitud.

En definitiva, ambas partes pueden tener que cumplir con ciertos deberes secundarios de conducta fundados en la buena fe, como el deber de colaboración del acreedor para facilitar el cumplimiento de las obligaciones del deudor, la obligación de la parte damnificada de hacer lo necesario para no agravar el daño, la obligación de las partes de un contrato de larga duración distorsionado por el cambio de las circunstancias de negociar para intentar una recomposición de la relación, etc.

b) El CCyC

Se ha anticipado que el CCyC contiene un Capítulo que trata "Del ejercicio de los derechos" como lo hacía el Proyecto de 1998; y que el art. 9 dispone lisa y llanamente que "*los derechos deben ser ejercidos de buena fe*".

Además, el principio de buena fe es invocado en reiteradas oportunidades. Así, en el art. 729, ubicado en la teoría general de las obligaciones, se dice: "Buena fe. *Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe...*". El

art. 961, sito en la teoría general del contrato viene a cumplir la función del viejo 1198 del Código Civil reformado por la ley 17.711, pues dispone: Buena fe. *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor...*". Finalmente, el art. 1061, referido a la interpretación de los contratos reza: Intención común. "*El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe*".

Y, como veremos seguidamente, el CCyC consagra explícitamente algunos efectos del principio general de buena fe, como la doctrina de los actos propios. Y en el art. 991 se establece que las partes deben obrar de buena fe durante las tratativas contractuales de modo de no frustrarlas injustificadamente.

32. La doctrina de los actos propios

a) Concepto

La buena fe exige congruencia consigo mismo. De modo que puede entenderse que, bajo ciertas circunstancias, obra prescindiendo de la buena fe, quien vuelve sobre una conducta anterior que ha creado en la otra parte de una relación jurídica, una expectativa seria de comportamiento futuro.

b) Requisitos

Las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1983) dijeron que los requisitos de aplicación de esta doctrina, son:

— una situación jurídica preexistente;

— una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y eficaz que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro; y ha de ser un comportamiento *deliberado;*

— una pretensión contradictoria de dicha conducta, atribuible al mismo sujeto.

c) La doctrina de los actos propios en el CCyC

La doctrina aparece receptada ahora explícitamente en el art. 1067 del CCyC, el cual dice: "*Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto*".

d) Aplicaciones judiciales

Cabe apuntar que aun antes de la vigencia del CCyC, la jurisprudencia hizo aplicación de la doctrina de los propios actos en muchos casos. Se ha dicho que incurre en una conducta contradictoria quien plantea la inconstitucionalidad de una norma que ella misma ha pretendido que se aplique, o que anteriormente había aceptado; el socio que cuestiona una decisión de la sociedad que había consentido; quien demanda por rescisión de un contrato habiendo recibido los pagos aún tardíos de su contraparte; la compañía de seguros que concurría a cobrar el precio al domicilio del asegurado, y luego pretendió la aplicación de la cláusula que establecía que los pagos debían hacerse en la compañía; el vendedor que invoca la inflación para no cumplir una compraventa, y pretende devolver el precio sin actualizarlo, etc.

33. La apariencia

Otro campo de aplicación de la idea general de buena fe es el de la apariencia jurídica (De los Mozos), por lo que daremos noticia de la cuestión en los párrafos que siguen.

a) Planteo del problema

Los derechos son abstracciones, pero su ejercicio se revela a través de actos materiales.

Normalmente esos actos materiales responden a una realidad jurídica subyacente; así, la posesión de una cosa suele responder a la existencia de un derecho de dominio sobre ella; el ejercicio de la representación es consecuencia de la existencia de un mandato o de la posesión de una función representativa (gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, presidente del directorio de una sociedad anónima).

Pero también existen situaciones en que los actos materiales no responden a un derecho subyacente, pero parecen traducir su existencia. Así, el poseedor puede no ser el propietario, sino un usurpador; el que ha sido declarado heredero no lo es porque existe otro sujeto con mejor derecho que lo desplaza pero era desconocido; el mandatario que ha dejado de serlo por la muerte ignorada del mandante; el presidente de la sociedad anónima que ha sido removido pero sigue actuando como tal.

En estos supuestos se plantea una disyuntiva para el Derecho: ¿ha de prevalecer la verdad jurídica subyacente o por el contrario ha de reconocerse efectos jurídicos a la apariencia creada por el *non domino*, el heredero aparente, el representante aparente?

b) La denominada teoría de la apariencia

A esta cuestión pretende dar respuesta la denominada *teoría de la apariencia*, conforme a la cual debe subsistir el derecho adquirido en razón de una apariencia (realidad exterior visible), siempre que se den ciertas condiciones que hacen sustancialmente a la buena fe del sujeto que ha actuado sobre la base de la apariencia creada.

c) Fundamento

El fundamento de la solución que da preeminencia a la apariencia creada por encima de la realidad jurídica se encuentra en la protección del tercero de buena fe, es decir de aquel que ha actuado en virtud de una situación exterior visible creada por otro que, apreciada con la diligencia debida, reflejaba la existencia de un derecho aunque éste no existiera en la realidad. Por ello los Fundamentos del Anteproyecto de CCyC la vinculan a la buena fe creencia.

De otro lado, esta doctrina de la apariencia encuentra también fundamento en la necesidad de la tutela de la seguridad jurídica dinámica, esto es, la propia de las relaciones jurídicas, que predomina sobre la seguridad jurídica estática.

d) Principio general o aplicación a los casos previstos legalmente

Las leyes contienen supuestos particulares en los que expresamente consagran soluciones que hacen prevalecer la apariencia sobre la realidad jurídica. Algunos casos están contemplados en casi todas

las legislaciones (heredero aparente, pago al acreedor aparente, mandato aparente, etc.).

Mas la cuestión fundamental radica en determinar si de esas normas puede hacerse una generalización, y obtenerse así una regla conforme a la cual —bajo ciertas condiciones— merece protección el derecho adquirido en razón de una creencia errónea (de buena fe), fundada en una realidad visible.

La doctrina, tanto nacional como extranjera, se encuentra muy dividida en el punto.

De todos modos, quienes consideran que la apariencia puede ser elevada a la categoría de principio general sostienen su aplicación subsidiaria, es decir, que los jueces podrán recurrir a ella cuando no exista una norma expresa que dé la solución al caso.

En la jurisprudencia, si bien los tribunales pregonan —por regla general— que no cabe generalizar sin más la doctrina, lo cierto es que muchas veces han excedido los límites impuestos por las normas particulares y han fundado sus decisiones, expresa o implícitamente, en una suerte de teoría general de la apariencia.

e) Condiciones de aplicación

Para que resulte aplicable la teoría de la apariencia es necesario que exista una situación de hecho exterior, visible, que cree la apariencia de la existencia de un derecho subyacente. Esto como recaudo objetivo o material.

Por otro lado, es necesario que quien actúa en razón de la apariencia creada, lo haga de buena fe. Es decir que su error o creencia errónea se justifique en esa situación de hecho. Es el elemento subjetivo o psicológico.

En punto a la naturaleza del error, los primeros precedentes —particularmente de la jurisprudencia francesa— exigieron que se tratara de un error común o invencible.

Sin embargo, avances posteriores han determinado que no siempre se exija este recaudo. Puede bastar el error individual (error legítimo), siempre que el sujeto haya actuado con la diligencia debida según los usos del tráfico.

f) Efectos

El efecto de la aplicación de la teoría de la apariencia es crear en favor del sujeto que ha actuado en razón de ella, los derechos que éste no habría podido adquirir por el juego normal de las reglas jurídicas.

Ese derecho así adquirido resulta oponible al verdadero titular, aunque éste no haya intervenido en la relación jurídica (v.gr., supuestos de enajenaciones por el heredero aparente, o por el propietario en virtud de un acto nulo: art. 392 CCyC).

Como corolario, pueden surgir obligaciones resarcitorias a cargo del titular aparente que ha dispuesto del derecho.

g) Supuestos en el derecho positivo argentino

Nuestro Código Civil y Comercial contiene varias soluciones en favor de los derechos adquiridos de buena fe en razón de una creencia errónea producida por una apariencia creada.

A título de ejemplo, podemos señalar:

— representación aparente (art. 367);

— pago al acreedor aparente (art. 883 inc. e, CCyC);

— heredero aparente (arts. 2314, 2315 CCyC);

— adquisiciones de terceros en razón de un acto simulado (arts. 337, primer párrafo, CCyC);

— El funcionario aparente, esto es, el que actúa fuera de su competencia territorial para extender un instrumento público (art. 290, inc. a)

— Documentos firmados en blanco (art. 315 CCyC)

h) La jurisprudencia nacional

En punto al fundamento de la eficacia del derecho adquirido en razón de una apariencia creada, los tribunales han recurrido a las ideas de seguridad jurídica, cuanto a la de protección de la buena fe de quien ha contratado en razón de esa apariencia y en innumerables fallos ha recurrido a ambas ideas, puntualizando —a nuestro modo de ver acertadamente— que al aplicarse la idea de apariencia se prestigia la buena fe y al mismo tiempo se respalda la seguridad jurídica.

Pero a pesar de la amplitud con que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha hecho aplicación de la teoría de la apariencia, en general se tiende a negar que ella constituya una doctrina general, debiendo por ello examinarse las particularidades de cada caso.

34. Corolarios del principio de buena fe

El principio de la buena fe se encuentra en el fundamento de otras instituciones que constituyen también limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos. Ellas son: el abuso del derecho (art. 10 CCyC); la denominada teoría de la imprevisión (art. 1091 CCyC); la lesión subjetiva (art. 332 CCyC).

IX. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. EL ABUSO DEL DERECHO

35. Antecedentes

La doctrina del abuso del derecho ha nacido y se ha desarrollado como una reacción al concepto absoluto del derecho subjetivo propio del liberalismo individualista de los códigos del siglo XIX. En principio fundamentalmente por obra de la jurisprudencia, luego sistematizada por la doctrina, y ha encontrado más tarde recepción legislativa en numerosos países.

36. Criterios para determinar cuándo se actúa abusivamente

La doctrina ha diseñado diversos criterios, que en general se han distinguido en subjetivos, objetivos y mixtos.

a) Criterio subjetivo

Esta primera concepción vincula el ejercicio abusivo de los derechos con la idea de culpa, es decir, que el sujeto actuaría abusivamente cuando lo ha hecho con la intención de perjudicar a otro (dolosamente), y aun cuando lo haga sólo culpablemente, de modo tal que habría abuso también cuando, incluso sin dolo, sea ejercitado de tal

modo el derecho subjetivo que causa un daño a otro, si ese perjuicio pudiera haber sido evitado obrando con cuidado y previsión.

Como una variante de esta doctrina puede señalarse que algunos autores han dicho que obra abusivamente quien lo hace sin un interés legítimo o sin obtener utilidad alguna de ello.

b) Criterio objetivo

Es el que mayor repercusión tiene en la doctrina, legislación y jurisprudencia actuales. Parte de la idea de reconocer que los derechos son conferidos teniendo en miras una finalidad, por lo que los derechos pierden su carácter cuando el titular los desvía de esa finalidad que justifica su existencia. Como se dijo en uno de los primeros trabajos publicados en Francia sobre el tema, se abusa de un derecho cuando, permaneciendo dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en vista el legislador; se desvía, por así decir, el derecho del destino normal para el cual ha sido creado.

Se completa el criterio objetivo cuando se afirma que también constituye ejercicio abusivo el que contraría los límites impuestos por la moral, las buenas costumbres y la buena fe.

Como se verá, nuestra legislación actual adhiere al criterio objetivo aunque con matices.

c) Criterio mixto

Algunos autores combinan elementos de las figuras subjetivas y objetivas, es decir tanto habría un acto abusivo cuando hay intención de dañar como cuando se desvía el ejercicio del derecho de su finalidad prevista.

37. Derechos absolutos

Alguna parte de la doctrina, y esto ha sido también recogido por la jurisprudencia, afirma que si bien la regla general es que los derechos son relativos, existen algunos que pueden ser ejercidos incausadamente, de modo que no es posible juzgar la intención de su titular cuando los ejerce, abdicándose de este modo de la posibilidad de aplicar a estos supuestos la doctrina del abuso del derecho.

Se sostiene así que constituyen derechos que no son susceptibles de ser juzgados a tenor de la doctrina del abuso del derecho, los siguientes: el derecho a pedir la división del condominio, a solicitar la partición de una herencia, la facultad de adquirir la medianería, el derecho de testar dentro de los límites legales.

X. EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO ARGENTINO

38. La solución en el Código Civil de 1869

Nuestro Código Civil, como la totalidad de los códigos de su época, no receptó en forma expresa la doctrina del abuso del derecho. Por el contrario, afirmó enfáticamente que el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto (art. 1071).

Sin embargo la jurisprudencia aplicó la idea invocando el art. 953 del Código Civil, que exigía que el objeto de los actos jurídicos debe ser conforme a la moral y las buenas costumbres.

Así, la justicia declaró que existía conducta abusiva por parte de quien pretendía la demolición parcial de un edificio porque éste había invadido unos pocos centímetros de su fundo; lo mismo en el caso en que se requirió la demolición de un ornamento del edificio vecino que avanzaba unos pocos centímetros sobre el jardín del demandante.

En el año 1968 la ley 17.711 reformó el art.1071 consagrando explícitamente el abuso del derecho.

39. El art. 10 del CCyC

El CCyC ha legislado el abuso del derecho en el art. 10, incluido en el Capítulo 3 del Título Preliminar.

Su texto es el siguiente: "*Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la*

situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

a) Adopción del criterio objetivo

Se advierte de la lectura del art. 10 que se sigue en lo esencial al art. 1071 del Código Civil, según la redacción que le diera la ley 17.711, por lo que se conserva el criterio objetivo, es decir que considera que media ejercicio abusivo de un derecho cuando se desvía ese derecho de sus fines o cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

De todos modos es preciso puntualizar una diferencia importante:

— el art. 1071 decía: "*...Se considerará tal el que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos...*";

— el art. 10 dice: "*...Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico*".

La modificación ha sido explicada en los Fundamentos de la manera siguiente: "*... se evita la referencia a los fines `pretéritos´ con la expresión que se `tuvo en mira al reconocer (el derecho)´, pues el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido `histórico´. En su reemplazo, se emplea la noción de `fines del ordenamiento´ que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo. Esta decisión tiene una gran importancia por dos razones: a) los fines actuales del ordenamiento incluyen no sólo los sociales, sino también los ambientales, dándose así cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos; y b) es coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este Título Preliminar*".

b) Situación jurídica abusiva

Se advierte además que en el último párrafo, que está tomado del Proyecto de 1998, se alude a la situación jurídica abusiva.

En los Fundamentos se pretende explicar que existe una situación jurídica abusiva cuando "*...el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales. Se crean entonces situaciones jurídicas abusivas, cuya descripción y efectos han sido desarrollados por la doctrina argentina*".

Y en el texto mismo del CCyC cabe tener en cuenta el art. 1120 que dice: "*Situación jurídica abusiva. Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos*".

40. Modo de invocar el abuso del derecho

a) A pedido de parte

El abuso del derecho puede ser invocado por vía de acción, para obtener la nulidad del acto; como por vía de excepción, es decir, como una defensa frente al ejercicio irregular que se pretende por vía de acción.

b) De oficio por los jueces

Un tema que ha suscitado cuestionamiento en la doctrina y en la jurisprudencia es si el abuso del derecho puede ser aplicado de oficio por los jueces. La Corte Suprema nacional, en una integración distinta a la actual, sostuvo la improcedencia de la aplicación del abuso del derecho por los jueces sin que mediara petición de parte (1980).

41. Efectos de la conducta abusiva

Las consecuencias del abuso del derecho se operan en dos direcciones. Por un lado el abuso es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, de manera que el acto jurídico obrado en tales condiciones es inválido y la acción que pueda deducirse deberá ser rechazada.

En otro aspecto, el abuso compromete la responsabilidad del titular del derecho que ejerce sus facultades abusivamente, obligándolo al resarcimiento del daño ajeno.

El art. 10 del CCyC dispone al respecto que "*El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la*

situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

42. El abuso de la posición dominante

a) Noción

La posición dominante es la que ejerce una empresa cuando tiene posibilidad de comportamiento independiente, que la pone en condiciones de actuar sin tener en cuenta los competidores, los compradores o los proveedores; existe abuso de esa posición cuando la empresa pretende falsear la competencia o llevar perjuicio a los usuarios o a los proveedores. Esta derivación de la doctrina del abuso del derecho en el derecho empresario moderno aparece consagrada, expresamente, en los arts. 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado en Roma en 1957.

b) El abuso de la posición dominante en la legislación especial

En nuestro derecho positivo el abuso de la posición dominante puede constituir una conducta delictiva. Así aparece tipificado en la denominada Ley de Defensa de la Competencia 22.262, sancionada y promulgada el 1/8/1980.

De acuerdo con el art. 1 de esa ley, están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la misma, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

El art. 2 define qué se entiende por posición dominante, de la manera que sigue:

— una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial;

— dos o más personas gozan de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio, no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él.

La noción de abuso de posición dominante definida por la ley 22.262, puede tener repercusiones en el ámbito del derecho privado, en tanto la misma ley afirma que los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer acciones de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en lo comercial (art. 4).

c) El abuso de posición dominante en el CCyC

El art. 11 del CCyC dice: "*Lo dispuesto en los arts. 9 y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales*".

Algunos autores habían cuestionado la incorporación de una norma semejante en el proyecto de 1998, pero lo cierto es que el abuso de la posición de poder es un concepto acogido en legislaciones muy modernas, como la ley francesa del 15 de mayo de 2001 sobre "nuevas regulaciones económicas" y en el derecho australiano de las garantías.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

DABIN, Jean, *El derecho subjetivo,* trad. Francisco Javier Osset, Madrid, 1955; DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español,* Barcelona, 1965; DÍEZ PICAZO-PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos,* Barcelona, 2014; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del derecho,* Buenos Aires, 1992; FERREIRA RUBIO, Delia M., *La buena fe. El principio general en el Derecho civil,* Madrid, 1984; MARTÍN BERNAL, José Manuel, *El abuso del derecho,* Buenos Aires, 1982; MORELLO, Augusto M. – STIGLITZ, Gabriel, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos,* La Plata, 1986; PRIETO MOLINERO, Ramiro, *Abuso del Derecho,* La Ley, 2010; WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe,* trad. de José Díez Picazo, Buenos Aires, 1977; CÓRDOBA, Marcos (Dir.) – GARRIDO CORDOBERA, Lidia – KLUGER, Viviana (coord.) *Tratado de la buena fe en el derecho,* Buenos Aires, 2004.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ALTERINI, Atilio A. — LÓPEZ CABANA, Roberto, "El abuso del derecho. Estudio de Derecho comparado", LL 1990-B-1101; ANDORNO, Luis D., "La teoría de la apariencia", ED 116-930; GARRIDO CORDOBERA, Lidia, "Derechos individua-

les y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial", LL 2015-A, 835; GUIBOURG, Ricardo A., "Derechos difusos, teoría confusa", LL 2014-F-1226; LOUTAYF RANEA, Roberto G., "Abuso del Derecho", JA 2015-II-977; SAUX, Edgardo I., "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional", RDPC, n. 7, p. 111; ZANNONI, Eduardo A., "La reforma constitucional y la protección de los intereses difusos", RDPC, n. 7, p. 101; RIVERA, Julio C. — RIVERA (h), Julio C., "La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional", LL 2005-B-1053; varios autores, "Abuso del derecho", RDPC n. 16; RIVERA, Julio César, "Los derechos incausados", RDPC n. 16.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 1/4/1980, "Just, Enrique P. c/ Hevia, Ángel", LL 1980-D-207, JA 1980-IV-451.

CSN, 29/3/1990, "De Miguel, Alfredo Jorge y otros c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones", JA 1990-III-6.

CSN, 24/2/2009, "Halabi, Ernesto c/ Estado Nacional", LL 2009-B-404.

CAPÍTULO VII

LA PERSONA HUMANA

I. LA VISIÓN JURÍDICA SOBRE LA PERSONA

1. Introducción

Desde antaño, existen dos concepciones sobre la persona, enfocada ella desde el punto de vista jurídico. Por un lado están aquellos para quienes la persona es el hombre, y todo hombre por el solo hecho de serlo es una persona en el mundo del Derecho.

Por otro, otra corriente de opinión sostiene que *persona* es un concepto jurídico, mientras que *hombre* es un concepto de la naturaleza. De allí que para esta corriente de pensamiento, no todos los hombres son necesariamente "persona"; el hombre es persona cuando el mismo ordenamiento jurídico le atribuye capacidad u otros elementos accidentales como nacionalidad, *status*, etc.

Más allá de estos planteos básicos, se discute el alcance de la personalidad que el ordenamiento puede otorgar. Es decir, si además del hombre, pueden existir otras personas: colectividades de personas (asociaciones, sociedades, etc.), los seres humanos muertos, los animales; a todo lo cual nos hemos de referir más adelante.

2. Evolución de las ideas

a) El Derecho Romano

En el Derecho Romano para ser considerado persona, era necesario reunir un triple *status: libertatis, civitatis y familiae,* de donde

sólo era persona quien era libre, ciudadano y sujeto *sui iuris*, éste era el *pater familiae*, no sujeto a la potestad de otro.

Otros eran "menos" persona, como los extranjeros o los *alieni iuris* (sujetos a la potestad del *pater*); algunos no eran persona, como los esclavos.

De todos modos esta concepción había implicado un avance: hasta las enseñanzas de los profetas de Israel y del Cristianismo, la humanidad no había entendido que el extranjero era también persona; antes de ello no era un crimen matar a quien no pertenecía a la misma comunidad. Y aun entre los bárbaros que disolvieron el Imperio Romano, esta idea no tuvo una fácil cabida.

b) Iusnaturalismo

Fue la Escuela del Derecho Natural (siglos XVI-XVII) la que revitalizó la noción de persona, identificándola con el hombre.

Desde esta visión, persona y hombre son categorías asimilables y naturalmente anteriores al ordenamiento jurídico. El derecho positivo no puede negar esa realidad.

c) La persona como concepto técnico jurídico

Las concepciones del Derecho Romano nunca desaparecieron de los ordenamientos jurídicos. Así, en el siglo XVIII, se clasificaban a las personas en eclesiásticos, nobles, personas del tercer estado, siervos, nacionales y extranjeros, legítimos y bastardos, etc. Con la colonización se distinguía entre europeos e indígenas, y aún algunos códigos civiles del siglo XIX no garantizaban a los extranjeros idéntico trato que a los nacionales (arts. 11 a 14 del Código Napoleón).

No es extraño entonces que los siglos XVIII/XIX asistieran a un proceso de devaluación del concepto de persona, haciendo de él un instrumento técnico jurídico. Para Savigny las personas no eran sino un elemento de la relación jurídica. Para Thibaut, persona no era sino aquel que se considere sujeto de un derecho civil.

Entre nosotros, un jurista tan distinguido como Alfredo Orgaz sostuvo que el hombre era ciertamente una realidad natural, más no la persona; ésta es una categoría jurídica. El hombre es persona en el Derecho sólo cuando es capaz de adquirir derechos y deberes, y

que esa aptitud, por ser jurídica, no le viene de la naturaleza sino del ordenamiento jurídico.

Muchos autores nacionales han estado enrolados en estas concepciones normativistas de la persona. En forma aislada, un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2007, se adhirió a esta postura al sostener que *la personalidad no es una cualidad 'natural', algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el derecho construye para sus fines particulares*[1].

d) Las desviaciones del siglo XX

El proceso de desvalorización de la persona y su desvinculación del hombre han tenido y tienen reflejos notables en los ordenamientos jurídicos del siglo XX. Prueba de ello son los Derechos de la Alemania nacionalsocialista y de los países comunistas.

En el régimen nacionalsocialista, la Ley de Ciudadanía restableció el sistema de capacidades jurídicas escalonadas, de donde se derivaba la existencia de ciudadanos de segunda clase (los nacionales alemanes de origen judío eran los principales destinatarios). El ámbito de las no-personas se amplió considerablemente al quedar sometidos al dominio de Hitler gran cantidad de extranjeros como consecuencia de los avances territoriales de los primeros años de guerra.

Los Derechos de los países comunistas tenían sobre el nacionalsocialista la ventaja de ser más embozados, pero predicaban ideas muy semejantes.

3. Criterios actuales

A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se ha revitalizado la noción iusnaturalista de persona, identificada con el hombre. La condición de humano es el único requisito necesario para ser persona; no hace falta ser nacional, ciudadano, varón o mujer, cristiano o musulmán, etc. Ninguna cualidad accidental puede variar la afirmación absoluta de que todo hombre es persona.

(1) CSN, 22/5/2007, "Sánchez, Elvira", DJ 13/6/2007.

Esta idea se vincula directamente con la noción de igualdad que las constituciones consagran. No podría concebirse esa igualdad si pudiera el ordenamiento restringir a alguien su condición de persona. Por lo tanto, el Derecho se limita a reconocer una verdad impuesta por la naturaleza: el hombre es *la* persona, y es siempre persona.

Del reconocimiento de que todo hombre es necesariamente persona y de que éste es un concepto anterior al Derecho que el ordenamiento jurídico se limita a reconocer, se derivan determinadas consecuencias que analizaremos seguidamente:

a) Capacidad y personalidad

De lo expuesto antes, surge que deben distinguirse ambos conceptos, para evitar la confusión en que cayeron los códigos del siglo XIX y muchos autores.

La distinción está implícitamente reconocida en el CCyC, pues a diferencia del código derogado, la persona no está definida por su capacidad (art. 30 del Código Civil derogado). El CCyC considera innecesaria una definición pues directamente se refiere a la "persona humana".

b) Los atributos de la personalidad

El Derecho moderno reconoce la existencia de atributos esenciales a toda persona; son el nombre, el estado, la capacidad, el domicilio y los denominados derechos de la personalidad. Su reglamentación constituye el material legislativo del derecho de las personas.

c) Los derechos de la personalidad

Dentro de estos atributos es preciso destacar la construcción orgánica de los derechos de la personalidad (también llamados derechos personalísimos).

Se parte de la noción fundamental de la inviolabilidad de la persona humana y su dignidad personal como valor máximo a respetar (art. 51) y de él derivan el resto de sus derechos personalísimos: intimidad, honor, imagen, identidad y cualquier otro que resulte de su dignidad personal (art. 52).

d) Comienzo y fin de la persona

Numerosos ordenamientos decimonónicos dispusieron, que la personalidad comienza con el nacimiento. El Código derogado establecía, con sabiduría, que la personalidad aparecía con la concepción en el seno materno. El CCyC reafirma ese principio, disponiendo que la persona comienza con la concepción. Al no hacer aclaraciones, se entiende que ello comprende tanto a la concepción natural como a la que acontece fuera del seno materno, esto es *in vitro*.

En cuanto a los muertos existe coincidencia casi generalizada en el sentido de que la personalidad concluye con la muerte. El deber genérico de respeto a la memoria de los fallecidos persigue —en principio— la protección de los derechos de sus descendientes que pueden verse afectados en su propia dignidad por la ofensa a su ascendiente, sin perjuicio del reconocimiento de un deber genérico de respeto a la memoria de los difuntos.

e) Voluntad y negocio jurídico

Al considerar nosotros a la persona como fuente y finalidad del Derecho, destacaremos en su momento, el valor de la voluntad jurídica como fuente de derechos subjetivos y de obligaciones, esto es, su eficacia como productora de relaciones jurídicas a través de los negocios o actos jurídicos.

4. Las personas jurídicas

No sólo el hombre es persona. El Derecho ha debido reconocer que ciertas agrupaciones de hombres tienen aptitud para participar de la vida jurídica, aun cuando esa personalidad no la exige necesariamente la naturaleza de las cosas.

Sobre la personalidad de las agrupaciones humanas, remitimos al capítulo de personas jurídicas.

5. Los animales

Los animales nunca son personas para el Derecho; son cosas por cuanto son seres irracionales, de modo que su conducta nunca puede serle imputada. Cuando el Derecho se expresa en normas que tutelan

a los animales, no los personifica, sino que impone deberes a los seres humanos en orden a los sentimientos generalizados de amor a los animales, de sensibilidad, de piedad.

Fue bastante comentado por la prensa, un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, que al resolver una cuestión de competencia, destacó que era menester reconocerle a una orangutana el carácter de sujeto de derecho, sosteniendo: *los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente*[2].

Estamos totalmente en contra de esa posición: el CCyC clasifica las personas en "humanas" y "jurídicas", los animales son cosas tal como lo indica el art. 227 al referirse a los semovientes como *cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa*. Si alguna acción de protección se concede a los animales, lo es consideración a la protección de intereses difusos de toda la sociedad.

Por lo demás no se entiende cuál sería el efecto del reconocimiento de una cierta personalidad de los animales, dado que los mismos nunca podrán expresar una voluntad idónea para el otorgamiento de actos jurídicos. De allí que, como se dijo, basta con que el ordenamiento jurídico proteja a los animales de acuerdo con sus circunstancias, de tratos crueles o inapropiados.

6. El concepto de persona

a) Todo hombre es persona

Al margen del ordenamiento positivo vigente, hemos siempre aceptado el criterio de quienes consideran que la noción de persona es un *prius* del ordenamiento, el que está al servicio del hombre.

Pero de todos modos, entendemos que nuestro Derecho en definitiva también acepta la idea de que todo hombre (género humano) es persona.

Cabe partir de la Constitución Nacional, como presupuesto de todo el ordenamiento positivo. En ella, se consagra expresamente la igualdad ante la ley (art. 16), la que es extendida en favor de los

(2) CFCasación Penal, sala 2ª, 18/12/2014, "Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ hábeas corpus", LL 2015-A-339.

extranjeros (art. 20), es abolida la esclavitud (art. 15) y se garantizan como derechos de primer rango todos los que hacen a la dignidad individual (arts. 14, 19, 18 y concs.), los que se pueden hacer valer inclusive por vía de las garantías implícitas (art. 33).

El Pacto de San José de Costa Rica dispone expresamente que, toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 3), y cabe recordar que ese documento internacional tiene jerarquía constitucional conforme al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

De allí que el resto del ordenamiento no podría, en ningún caso, desconocer la personalidad de algún ser humano; una solución de esa laya atentaría contra la dignidad individual y por ello sería manifiestamente inconstitucional.

b) La definición legal

El CCyC define expresamente a la persona jurídica en el art. 141 pero no hace lo mismo con la persona humana. Ello guarda coherencia en el sistema del Código pues la asignación del término "humana" para referirse a la persona individual y diferenciarla de la colectiva, es de por sí toda una definición que reafirma la postura sostenida en el punto anterior: sólo el ser humano es persona y todo ser humano es persona.

c) Clasificación de las personas

El Código distingue las personas humanas de las personas jurídicas (art. 141).

A su vez las personas jurídicas son clasificadas en personas públicas y privadas (art. 145). A cada categoría nos referiremos en el capítulo respectivo.

7. El comienzo de la existencia de la persona

Éste es un tema que históricamente ha dividido la opinión de los juristas, amén de teólogos, filósofos y hombres de ciencias diversas, ya que el comienzo de la existencia de las personas humanas interesa no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también religioso, moral, ético, médico, etc.

Resultando evidente que el ser concebido pero no nacido reclama protección, la cuestión es determinar si el embrión puede ser considerado una persona, si lo es aun cuando la concepción se realice fuera del seno materno y si se requiere un desarrollo determinado de las cédulas embrionarias para que estas puedan ser consideradas un ser humano en formación, digno protección como "persona por nacer".

a) El derecho romano

En el Derecho Romano se consideraba que la existencia de las personas comenzaba desde el momento del nacimiento. Sin embargo, se protegía la vida concebida y, por lo demás, si el niño nacía con vida, su existencia se computaba, en cuanto a sus derechos, desde el momento de la concepción.

b) El criterio de Savigny

Según este autor al proteger al concebido el Derecho está tutelando una ficción, ya que si bien ese sujeto carece de capacidad, la ley lo ampara concediéndole ciertos derechos en su exclusivo favor; por lo tanto, esa ficción, que ha sido creada en interés del *nasciturus*, sólo a él aprovecha.

c) Criterio de los códigos decimonónicos

La mayor parte de los códigos decimonónicos, y aun los sancionados en este siglo, siguieron las enseñanzas de Savigny y la tradición que provenía del Derecho Romano. Por lo que consagraron la regla según la cual la existencia de la persona comienza con el nacimiento.

Sin embargo, al igual que sus modelos, han tenido que reconocer la adquisición de derechos y por ende una cierta capacidad jurídica en estos sujetos que se encuentran concebidos pero aún no nacidos (Código Napoleón, arts. 725 y 906; alemán, art. 1; italiano, art. 1; mejicano, art. 2; venezolano, art. 17; español, art. 29).

Se ha achacado a esta concepción incurrir en una grave incoherencia, pues se otorgan derechos sin que exista sujeto, sin que exista una persona que sea soporte de ellos.

d) Criterio de Freitas

Freitas se apartó de los modelos de la época, al establecer que la existencia comienza desde la concepción.

Antecedente de esta solución del jurista brasileño fue el art. 10 de la primera parte del Título I del Código de Prusia, según el cual los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos aún no nacidos desde el momento de su concepción.

En cuanto al fundamento de su solución, es expresada por Freitas en la nota al art. 221 del *Esboço*. Dice allí: "No se concibe que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona. Se atribuyen derechos a las personas por nacer... si los que deben nacer son representados dándoseles curador, que se ha denominado curador al vientre, es forzoso concluir que existen ya y que son personas, pues la nada no se representa". Y más adelante continúa: "Si los que deben nacer no son personas, ¿por qué razón existen leyes penales y policiales que protegen su vida preparatoria?, ¿por qué motivo se pune el aborto?, ¿por qué motivo no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada y tampoco se la juzga en el caso de que merezca dicha pena sino cuarenta días después del parto?".

e) Criterio del Código Civil derogado

El Código Civil, con una visión profunda y humanista, siguiendo en el tema el criterio de Freitas, establecía en el art. 70 que la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno.

f) El Pacto de San José de Costa Rica

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por nuestro país, determina "*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*" (art. 4.1).

Por lo demás, algunas constituciones provinciales argentinas también han reconocido expresamente este principio.

g) La Constitución Nacional

Uno de los temas más espinosos que abordó la Convención Constituyente de 1994, fue el del comienzo de la vida por la incidencia que una definición de la Constitución hubiese tenido sobre la cuestión del aborto. De allí que finalmente se incorporó un texto que atribuye al Congreso de la Nación la competencia para: "*Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*" (inc. 23, art. 75 CN).

Se trata de un texto de compromiso en el que la idea de inicio de la vida y protección de la persona por nacer desde la concepción, ha sido sustituida por la tutela desde el embarazo, condición que obviamente es de la madre y no del *nasciturus*.

h) La Convención sobre los Derechos del Niño

La ley 23.849, que ratificó la Convención de Derechos del Niño, dispone en su art. 2 que "...debe interpretarse por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años".

i) La sentencia de la CIDH en el caso Artavia Murillo

El 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en un caso vinculado con la fecundación *in vitro* (FIV) y la protección del embrión humano condenando al Estado de Costa Rica por considerarlo responsable de la vulneración de los arts. 5.1 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 11.2 (Protección de la honra y de la dignidad) y 17.2 (Protección a la familia), en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

La sentencia deriva de un reclamo efectuado por un grupo de nueve matrimonios que presentaron problemas de infertilidad y se consideraron afectados por el hecho de que en Costa Rica tales prácticas eran prohibidas en razón de una sentencia de la Corte Suprema de ese país.

La sentencia de la Corte Americana es sumamente extensa y hace múltiples consideraciones sobre la interpretación del art. 4 de la Convención. El aspecto fundamental del decisorio es que, basado

en pruebas científicas, afirma que se deben distinguir dos momentos en el desarrollo del embrión: la fecundación y la implantación. El Tribunal supranacional consideró que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción, pues *si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.*

Se ha escrito mucho en nuestro país, a favor y en contra del referido fallo. Con posterioridad a ese antecedente internacional, el 8 de julio de 2013 la Cámara Federal de Salta, al resolver una cuestión derivada de la cobertura de un tratamiento médico de inyección intracitoplasmática de espermatozoides, estableció que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ostentan sólo un carácter orientativo o "fuerza moral", pues ni siquiera las decisiones de nuestro Alto Tribunal poseen carácter vinculante, menos aún cabe predicar tal concepto de las sentencias de un tribunal internacional, en donde la Argentina no había sido parte del proceso, conforme lo establecido en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[3]. Pero éste no es el criterio de la CSN, la que por el contrario entiende que la doctrina de las sentencias de la CIDH es obligatoria para los tribunales argentinos, aun cuando la Argentina no haya sido parte del caso en que tal sentencia se dictó.

En septiembre de 2013 las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Despacho de Mayoría) recomendaron: *Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno. En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación.* También por mayoría se dijo que *la doctrina del fallo "Artavia Murillo" dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho.* Por último se estableció que *en el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación.*

Un proyecto de ley que tiene media sanción del Congreso Nacional del 12 de noviembre de 2014, admite la crioconservación y eventual supresión de embriones. Más adelante volvemos sobre este proyecto.

(3) CCFedSalta, 8/7/2013, "L. O., A. y otros c/ Swiss Medical s/ amparo", LL 2013-D.

Como puede apreciarse, la discusión doctrinaria y judicial sobre este tema no está clausurada. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al pronunciarse sobre una consulta formulada por un tribunal nacional relacionada con los límites del derecho de patentes, señaló que *todo óvulo humano a partir de la fecundación deberá considerarse un "embrión humano"* habida cuenta que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano[4].

j) El Código Civil y Comercial de la Nación

El art. 19 del Anteproyecto que precedió a la sanción del CCyC decía: "*La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado*".

El fundamento del artículo proyectado era el mismo que el sostenido por el fallo Artavia Murillo, es decir que la concepción es un proceso que comienza con la fecundación y termina con la anidación. Hasta que no se produzca la implantación del embrión en el seno materno, carece de aptitud de desarrollo. De allí que su tratamiento por la ley no puede ser igual al del embrión efectivamente implantado.

Pero el texto fue modificado de modo que el vigente dice que *La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*

Como veremos, la disposición actual no soluciona la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del embrión no implantado producto de las técnicas de reproducción humana asistida ni protege su destino.

8. Las técnicas de reproducción humana asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida que son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación.

Entre ellas, encontramos dos grandes grupos: aquellas que se basan en la inseminación artificial y las que se realizan a partir de la fecundación extracorpórea o *in vitro*.

(4) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, 18/10/2011, "O. B. c/ Greenpeace e.V.", LL 2011-F-57.

a) La inseminación artificial

Por inseminación artificial se entiende la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación.

— Inseminación artificial homóloga: Es la que se practica con semen del marido, y que se reconoce con la sigla IAH.

— Inseminación artificial heteróloga: Se practica con semen de un dador no vinculado a la mujer receptora por vínculo matrimonial o convivencial.

b) Fecundación extracorpórea o in vitro

Nos referimos en este punto al conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención del óvulo y el esperma, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo para el ulterior desarrollo del mismo, pasando por la fecundación y primer desarrollo de la célula germinal fuera del seno materno.

Se conocen distintos métodos:

El F.I.V.: En este caso el semen se coloca con los óvulos obtenidos mediante aspiración, en una plaqueta especial que permanece en una incubadora durante 48 horas hasta lograr la fertilización. Producida ésta se transfieren algunos embriones a la madre, pudiendo congelarse los restantes.

El G.I.F.T.: Consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que normalmente se produce la fecundación.

En estos casos la fecundación puede también lograrse con semen del cónyuge, del conviviente o de un dador que no tiene ningún vínculo con la dadora del óvulo.

Asimismo, la implantación puede hacerse en el vientre de la persona cuyo óvulo se fecunda, o en el de otra mujer (madre portadora).

c) Problemas que plantean

Estas técnicas están cada día más desarrolladas, y en particular la fecundación extracorpórea ha logrado notables avances por haberse podido congelar los embriones obtenidos.

Toda esta materia genera una serie de cuestiones: naturaleza de los óvulos y espermatozoides (gametos humanos); dación de los gametos, donde se debate la necesidad o no de preservar el anonimato del dador en la fecundación heteróloga; naturaleza jurídica del embrión, congelación, manipulación y destrucción de los embriones supernumerarios; la legitimidad o no de la denominada maternidad por sustitución.

Nos ocuparemos de estos importantes temas en el n. 11.

d) La Ley de Fertilización Asistida

El 24 de abril de 2013 se sancionó la ley 26.862 comúnmente conocida como "de Fertilización Asistida" y el 19 de julio de ese año, se conoció el decreto reglamentario 956/2013. Más allá de su denominación, lo cierto es que la ley es básicamente un instrumento de seguridad social, pues su objeto es *"garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" (art. 1),* para lo cual deben participar los sistemas de salud público, privado y de obras sociales.

La "reproducción médicamente asistida" comprende los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo" sean de alta o baja complejidad e incluyan o no la donación de gametos (art. 2). La distinción entre tratamientos de baja y alta complejidad se define en el art. 2 del decreto reglamentario y reposa en que la fecundación se haga en el cuerpo de la mujer o fuera de él.

La ley prevé expresamente la fecundación heteróloga en tanto obliga a cubrir el costo de la fecundación con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no y de donante (art. 8). También quedan comprendidos en la cobertura los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos para personas, incluso menores de 18 años que, aún no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo por problemas de salud o por tratamientos médicos o

intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometida su capacidad de procrear en el futuro.

En definitiva, esta ley autoriza la existencia de embriones supernumerarios, y más aún, admite que los embriones creados fuera del cuerpo de la mujer que se somete a la técnica, nunca sean implantados en aquélla.

Ello surge de su art. 7, conforme al cual el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer. De lo que resulta que en esa hipótesis, revocación del consentimiento, los embriones no serán implantados o, al menos, no lo serán en la mujer destinataria inicial.

Es evidente que la ley y el decreto reglamentario asumen la existencia de embriones no implantados, desde que prevén la existencia de bancos de embriones (art. 8, párrafo 7 del decreto reglamentario). La ley no prevé ninguna regla sobre el destino de tales embriones.

Por lo tanto, actualmente pueden existir embriones no implantados y éstos pueden ser conservados en bancos de embriones. La ley no niega la condición de persona a los embriones no implantados, pero tampoco la afirma.

e) El proyecto de ley con sanción de la Cámara de Diputados

El 12 de noviembre de 2014 la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley sobre "técnicas de reproducción medicamente asistida". Se señala en su art. 1 que tal regulación se hace en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y en la ley 26.862.

No es del caso entrar aquí y ahora a hacer una exégesis de este proyecto, pero señalamos que claramente va en la misma dirección que la ley 26.862 y de la redacción original del anteproyecto del Código Civil y Comercial

Ello así pues los embriones no implantados no tienen el reconocimiento que les correspondería a su condición de persona, desde que se autoriza que, después de cierto tiempo, se disponga el cese de la crioconservación, que se puedan destinar a la investigación, que se permita su selección a través del diagnóstico genético preimplantatorio y que se los clasifique en viables y no viables.

f) Filiación por voluntad procreacional

El CCyC reconoce claramente la existencia de las técnicas de reproducción humana asistida al establecer que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción (art. 558).

La fecundación asistida se convierte así en una técnica autorizada por la ley y de la cual emana un vínculo filial. La fertilización puede ser homóloga o heteróloga, pues el art. 564 regula sobre la información que pueden obtener las personas nacidas por estas técnicas, en el caso de donación de gametos por un tercero.

El art. 562 establece que se puede ser progenitor por "*voluntad procreacional*"; así, quien presta su consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción humana asistida es considerado tal, con independencia de quien haya aportado los gametos.

9. Duración del embarazo, época de la concepción

El embarazo es el período de gestación que corre entre la concepción y el nacimiento.

Para evitar conflictos sobre cuándo se ha producido la concepción, lo cual puede tener relevancia para resolver distintas cuestiones, el CCyC proporciona una regla. En efecto, el art. 20 establece que la "época de la concepción" es el *lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.*

De tal forma, sin contabilizar el día del alumbramiento, se cuentan trescientos días hacia atrás y luego ciento ochenta días, también hacia atrás. En el período de ciento veinte días que hay entre uno y otro término, la ley presume que se ha producido la concepción.

Esta presunción es relativa, o sea susceptible de quedar desvirtuada por prueba en contrario. La determinación del momento de la concepción resulta de suma importancia ya que de él depende no sólo la tutela de la persona, sino también —en forma específica— el estado de familia del nacido, la determinación de la paternidad, su vocación hereditaria, la suerte de las donaciones que puedan haberse hecho a su nombre antes del nacimiento, etc.

Algunas cuestiones aparecen expresamente resueltas en la ley. Así, el art. 566, dispone: *Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.*

Por su lado, el art. 568, establece: *Si median matrimonios sucesivos de la mujer que da a luz, se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene vínculo filial con el primer cónyuge; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene vínculo filial con el segundo cónyuge. Estas presunciones admiten prueba en contrario.*

Huelga resaltar entonces la importancia que ello tiene no sólo a fin de determinar la filiación del nacido, con la consecuente carga de derechos y obligaciones que la responsabilidad parental impone a quienes resultan ser los progenitores, sino también para determinar la consecuente vocación hereditaria del recién nacido.

Por otra parte, la persona por nacer puede ser titular de derechos recibidos por herencia o donación, siempre y cuando que a la fecha de deferirse la herencia, o formalizarse la donación, aquél se encontrase ya concebido.

10. Nacimiento con vida

Hemos visto que el sujeto concebido es una persona (art. 19), y goza por ello de capacidad de derecho, la que no reconoce otros límites que los ordinarios que correspondan a cualquier persona. Sin embargo, tanto esa personalidad, como los derechos de que es titular el *nasciturus* no son perfectos sino que se encuentran sometidos a la condición resolutoria de su nacimiento con vida.

El art. 21 establece: *Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.*

Es decir que si el feto es expulsado sin vida o muriese durante el parto, se reputará que la persona nunca ha existido.

Si la persona nunca ha existido, no puede operarse por su intermedio ninguna transmisión de derechos, ni se producirán los efectos relativos a la filiación, al estado civil, a la herencia, etc.

El artículo establece la presunción de la existencia de vida. Tal presunción, *iuris tantum*, pone a cargo de quien pretenda lo contrario, la prueba en tal sentido.

11. Genética y Derecho

Como hemos adelantado, la utilización cada vez más frecuente de técnicas de reproducción humana asistida y los avances de la ciencia en relación a la las practicas genéticas, generan desafíos muy importantes para el Derecho.

Nos proponemos mencionar algunos aspectos que ya han merecido la atención de nuestra doctrina y de nuestra legislación.

a) *El interés superior del niño*

Marie-Thérèse Meulders-Klein dice que a todo lo largo de la historia de la humanidad, ésta no se interrogó sobre los derechos del niño. No eligiendo nacer, procreado al azar y recibido con gratitud o resignación, el niño aparecía como un *objeto* de propiedad, de poder, de perpetuación, de culto, de amor, de rechazo o de explotación. Es el siglo XX que hace de él un *sujeto* de derecho, y en la tendencia más reciente, un sujeto de derecho *igual*, sean cuales fueren las circunstancias de su nacimiento.

Y a partir de allí la profesora belga comienza a enumerar los documentos internacionales y la jurisprudencia europea que reconoce la existencia de derechos del niño, en particular *el derecho de todo niño de tener un padre y una madre*, así como *a tener una vida familiar normal,* lo cual fue reconocido en la sentencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre del 13/6/1979 en la causa Marck c/ Bélgica, con fundamento en el art. 8.1 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, implicando correlativamente la obligación positiva para los Estados que han ratificado la Convención de reformar su legislación de tal manera que ella no implique trabas para el establecimiento de vínculos jurídicos entre el niño y sus parientes.

Estos derechos aparecen reflejados en la Convención Internacional de Derechos del Niño, reconociendo no sólo el principio de respetar su *interés superior*, sino estableciendo *que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*".

Por ello, ante el *derecho a la procreación,* reivindicado por algunos autores, se ha destacado que "no existe un derecho al niño" pues el niño no puede ser considerado un medio para obtener un fin por más importante que éste sea (Medina).

El hombre y la mujer tienen la libertad de procrear o de no hacerlo, y ello importa el derecho a la no injerencia del Estado o de terceros en esa determinación de los sujetos; en definitiva, de aquella libertad nace el derecho a la privacidad del o los sujetos comprometidos en esa decisión.

Pero estamos hablando de la procreación por métodos naturales; cuando esa procreación requiere la intervención de terceros (médicos, dadores) e importa por lo tanto la decisión consciente y deliberada de traer un niño al mundo con métodos que, en alguna medida, alteran el curso natural, ya no implica el ejercicio de una libertad individual, en la esfera íntima de la vida privada. Ya está comprometida la intervención de terceros, y porque un niño está en juego, también está comprometida la propia responsabilidad del Estado.

De modo que la utilización de las técnicas de reproducción asistida habrá de ser convalidada por el Derecho cuando la decisión de quienes pretendan utilizarla esté justificada y no cause un agravio a los derechos de los niños que hemos definido antes.

b) *La naturaleza jurídica de los gametos y su comercialización*

Un problema a dilucidar —en orden a los modernos conflictos que la genética plantea al Derecho— es la naturaleza de los óvulos y el esperma humano (gametos). Es importante conceptualizarlos para poder determinar si es lícita su venta o comercialización.

No obstante las obvias diferencias que en el plano biológico presentan, cabe señalar que los espermatozoides contenidos en el líquido espermático y los óvulos son, en su materialidad, elementos regenera-

bles, que tienen la característica absolutamente propia de llevar inscripto el código genético de un individuo determinado.

Un sector de la doctrina considera que se trata de cosas (Zannoni), otro sostiene que las células germinales son elementos regenerables que como cualesquiera de los componentes del cuerpo humano, aún separados del mismo son en principio *cosas fuera del comercio*. Aunque cabría admitir que para fines tales como la investigación o la docencia fueran objeto de tráfico, pudiéndoseles aplicar por analogía las normas referidas a la dación de sangre (Vidal Martínez).

Pero en cuanto los gametos humanos sean considerados en su funcionalidad, si se pretende aprovechar su "fuerza genética" (terminología de Cornu), ya no es posible la analogía con la sangre o los órganos que se dan para trasplante. En ese supuesto la analogía ha de buscarse en el ámbito de los derechos de la personalidad, pues de alguna manera rasgos físicos y psíquicos se transmiten, mediante los genes, de padres a hijos.

Por ello, nos permitimos calificarlos como bienes de la personalidad, que están por regla general fuera del comercio, y cuya utilización sólo podrá hacerse dentro de los límites que impone la indisponibilidad sobre los derechos de la personalidad, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

La comercialización de gametos está prohibida por nuestro derecho. El art. 17 establece que los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no pueden tener valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales. Mientras que el art. 56 establece que están prohibidos los actos de disposición del cuerpo humano que sean contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres.

En consecuencia, el principio es que la dación de gametos debe ser gratuita. Así lo reafirma el art. 8 del decreto reglamentario de la ley 26.862: "*La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial*". El proyecto de ley que mencionamos *supra* reafirma el mismo principio pero establece una "compensación económica" con el objeto de reparar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales que se derivan del aporte del material genético, pero aclara que "*en ningún caso puede constituir un incentivo económico para el aportante*".

Tampoco corresponde hablar de donación de gametos sino de dación. El negocio jurídico entre benefactor y beneficiario no es emplazable en la categoría de contrato, que rige relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957). A más de ello, no podría ser un contrato porque el objeto —semen u óvulo— se refiere al cuerpo humano (art. 1004).

c) El problema de los embriones supernumerarios

La técnica para realizar la FIV, consiste en unir fuera del útero materno el óvulo de una mujer con el esperma del hombre, para luego implantarlo en el seno materno, según ha sido ya explicado. La obtención del óvulo se logra, generalmente, mediante la laparoscopia, que exige la anestesia general.

Ante el peligro de que una primera fecundación no triunfe, y para evitar reiterar el riesgo de la anestesia, se extraen numerosos óvulos que se fecundan, dando así lugar al problema de los embriones supernumerarios. En general no se implanta un solo embrión, sino un número que va de tres a cinco. Con la implantación múltiple se trata de evitar que la F.I.V. fracase por un aborto natural. La cantidad máxima de embriones a implantar se regula con las posibilidades de viabilidad de un nacimiento múltiple.

Dentro de la técnica de fecundación *in vitro*, tiene enorme trascendencia la posibilidad de congelar embriones a 196 grados C. La congelación de los embriones supernumerarios da lugar al espinoso tema de qué hacer con ellos.

En principio, el destino del embrión no implantado dependerá fundamentalmente de sus padres, pues si éstos deciden posteriormente implantarlo no existe problema. La dificultad se presenta cuando los padres se niegan o no pueden implantar embriones congelados. Las respuestas posibles son tres: destrucción, experimentación y dación para su implantación. Dentro de la última posibilidad, la doctrina nacional también ha considerado una posible "adopción prenatal".

La criopreservación de embriones; su donación y la vitrificación de tejidos reproductivos están contemplados por el decreto 956/2013. El proyecto de ley sobre reproducción asistida que mencionamos, permite la cesación de la criopreservación, su utilización para experimentación y una selección genética de ellos a través del diagnóstico genético preimplantatorio o que se los clasifique en viables o inviables.

La experimentación con embriones puede significar una alteración de su genética, práctica expresamente prohibida por el art. 57 o una investigación sobre seres humanos que sólo puede ser realizada conforme las prescripciones del art. 58. Remitimos al comentario que de ambas normas hacemos en el capítulo destinado a los derechos personalísimos.

d) Maternidad por sustitución

Existe maternidad por otro (o maternidad por sustitución), cuando una mujer acepta que se le implante el embrión de otra pareja para lograr su desarrollo y darlo a luz, con el compromiso de entregar el niño a sus padres biológicos.

No hay maternidad por sustitución cuando la mujer acepta ser inseminada con el semen de un hombre, que no es su esposo, y procrear un hijo, el que, una vez nacido, es entregado al padre renunciando la madre a los derechos materno-filiales.

Decimos que en este caso no hay maternidad por otro porque la madre portadora coincide con la madre genética. En cambio, en el primer supuesto, existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante, que es lo característico en la hipótesis que ahora estudiamos.

La utilización de esta técnica plantea numerosos interrogantes al Derecho: la determinación de la maternidad, el derecho a interrumpir el embarazo en aquellos países que lo permiten, el derecho de la madre gestante a no entregar el niño, el derecho a repetir lo pagado cuando la madre portadora se niega a entregar al niño, la revocabilidad del acto —momentos—, la aplicabilidad o no de las presunciones de paternidad, necesidad del consentimiento expreso del marido de la madre portadora, legitimación y resultado de las acciones de filiación, posibles derechos hereditarios del niño cuando sus padres biológicos mueren durante la gestación, etc.

En un primer avance en orden a la solución de los problemas que hemos planteado *supra*, tenemos que concluir en que en la maternidad por sustitución existe un acto de disposición del propio cuerpo, en tanto que la madre sustituta "da" su útero para que en él sea implantado un embrión. Este acto no puede nunca ser calificado como contrato, por cuanto el cuerpo humano está fuera del comercio (art. 1004).

En consecuencia, el acto extrapatrimonial que importa la "dación" del útero debe ser encuadrado dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, en los cuales —por regla general— el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que con ese acto no se vulnere la ley o la moral (arts. 17, 56).

Algunos autores sostienen que lo inmoral sería pagar por la utilización del útero de una mujer. Nosotros en cambio pensamos que, en este tipo de actos, hay una distorsión deshumanizadora de la maternidad, y que por ello resulta contraria a la moral. Y con mayor razón cuando no se funda en la imposibilidad de gestar, sino en la pretensión de la madre biológica de evitar los inconvenientes del embarazo y del parto.

Además este tipo de acuerdo se hace pasible de las otras objeciones:

— En este tipo de acuerdo se tiene en cuenta el interés de los padres biológicos, pero no se considera el interés del niño, y nadie puede asegurar que el ser separado de la madre gestante, con quien lo ha unido un nexo biosíquico durante nueve meses, contribuya al interés del menor.

— Se privilegia al nexo genético, sin tener en cuenta que son también importantes los nexos creados durante el embarazo, ya que si bien los códigos genéticos del niño son determinantes, también hacen a la futura personalidad del niño la salud física y psicológica de la madre durante el embarazo, influyendo, por ej., una buena alimentación, o los trastornos emocionales de la gestante.

— Se disocia voluntariamente la maternidad, pues plantean una doble maternidad, la de la madre gestante y la de la madre biológica.

— Es contraria al orden público, porque genera inseguridades con respecto a la filiación. Ya que no se sabe si naturalmente hay que hacer prevalecer el lazo biológico o el vínculo de la gestación. También porque dispone de derechos indisponibles e irrenunciables. Si bien puede admitirse como un derecho personalísimo el derecho a disponer del propio útero, lo que sí resulta indisponible e irrenunciable es la responsabilidad parental, la madre gestante no puede renunciar por anticipado a sus derechos sobre el niño.

El anteproyecto del Código Civil y Comercial contemplaba la gestación por sustitución en el art. 562, ese artículo fue suprimido al sancionarse el texto definitivo. Así, actualmente la legislación argentina no prevé la maternidad subrogada, y cualquier contrato firmado en ese sentido, sería nulo y daría derecho a repetir lo pagado en caso de que la madre portadora se niegue a cumplir el acuerdo. Si el acuerdo se cumpliera, la filiación queda determinada por el parto; sin perjuicio de ello, el padre biológico podría reconocer al niño como hijo suyo, y la madre genética podría reclamar la adopción. De no cumplirse el acuerdo, e intentarse las acciones de filiación, los resultados a los que se podría arribar son absurdos pues el niño tendría dos madres.

La jurisprudencia extranjera se ha pronunciado sobre la maternidad por sustitución, negando su procedencia cuando ello afecte el orden público interno. En Francia, una línea jurisprudencial que se ha consolidado en los últimos años niega la inscripción de partidas de nacimiento extendidas en países extranjeros en las que se atribuye paternidad a personas francesas, con fuente en un contrato de gestación por otro que es nulo de nulidad absoluta y violatorio del orden público francés. El 6/2/2014 el Tribunal Supremo Español dictó una sentencia por la cual denegó la inscripción de un niño concebido por encargo de una pareja de hombres en el extranjero[5]. La jurisprudencia italiana se inclina en el mismo sentido. Pero el TEDH ha sancionado a Francia con motivo de su posición en la materia con lo cual es una materia todavía fluida.

En la Argentina, los tribunales se han mostrado más permisivos. En agosto del 2012, los medios de comunicación dieron cuenta del primer niño anotado en la Argentina por un matrimonio de dos hombres, que habían contratado una mujer en la India para alquilar su vientre. Otro fallo permitió la inscripción de una niña concebida por un embrión implantado en el vientre de una mujer, amiga de un matrimonio heterosexual infértil que solicitó la inscripción[6].

En fecha más reciente, la Cámara del fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires se expidió favorablemente declarando la competencia de su tribunal inferior para que éste pueda ordenar al Registro de Estado Civil y Capacidad de

(5) TSEspaña, sala Civil en pleno, 6/2/2014, "D. Ramón y D. César c/ Administración General del Estado", LL 23/4/2014, p. 4, Cita Online: ES/JUR/1/2014.

(6) JNCiv. n. 86, 18/6/2013, "N.N. o D. G., M. B. M. s/inscripción de nacimiento", LL 2013-D-195.

las Personas la inscripción de dos menores como hijos de una pareja homosexual que habían sido gestados por sustitución en el Estado de Tabasco, México. El fallo, que contó con el voto en disidencia de uno de sus integrantes, resulta francamente desacertado pues la cuestión que se traía a conocimiento del tribunal no era la mera inscripción de un nacimiento producido en el exterior sino la validez de un contrato no aceptado por nuestra legislación[7].

e) La clonación

La clonación ha generado una gran expectativa en el mundo científico y un gran revuelo en el ambiente jurídico.

Debemos distinguir dos tipos de clonación. La clonación de cédulas no reproductivas, mediante la cual se producen réplicas de un material biológico determinado (v. gr. secuencias de ADN, cédulas o tejidos), careciendo las cédulas así reproducidas de la capacidad de engendrar por sí otro ser; y la colación reproductiva, dirigida a lograr el nacimiento de un individuo clónico (vegetal, animal o humano).

A su vez, dentro de la clonación humana no reproductiva se distinguen dos especies: de un lado, la de producción y cultivo de cédulas de origen embrionario o adulto que no están destinadas a constituir un embrión, y del otro, la de producción (o destino) de embriones cuyo desarrollo se ha detenido en un estadio más o menos precoz para obtener cédulas inmuno-compatibles con el fin de hacer terapia celular.

En la Argentina el Poder Ejecutivo nacional dictó un decreto limitando esas prácticas (n. 200/1997), prohibiendo experimentos de clonación con seres humanos.

A nivel internacional, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la ONU para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) el 11/11/1997, en su art. 11 dispone que "las prácticas contrarias a la dignidad humana, tales como la clonación con fines de reproducción de seres humanos, no deben ser permitidas. Los Estados y las organizaciones internacionales competentes son invitados a cooperar a fin de identificar tales prácticas y adoptar las medidas que corres-

(7) C. Cont. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 3ª, 9/3/2015, "B. F., M. A. y otros c/ GCBA s/ amparo", JA 2015-III-fasc. 10, p. 31.

pondan, a nivel nacional o internacional, conforme a los principios enunciados en la presente Declaración".

A su turno, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, con fecha 8/3/2005 aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana. En dicho documento, se declaró que "Los Estados Miembro habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana".

En Europa, está abierto a la firma de los Estados miembro de la Unión Europea el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Estableciendo que la creación deliberada de seres humanos genéticamente idénticos es contraria a la dignidad humana y constituye un abuso de la biología y la medicina.

En el derecho interno europeo, varios países han dictado normas que prohíben la clonación. Así la ley alemana de 1990, la ley española del año 2004 y la ley italiana del mismo año.

En el Reino Unido, con fecha 22/1/2001 la Cámara de Lores aprobó un proyecto por el cual se admite la clonación de embriones de hasta catorce días de vida para su aplicación a tratamientos terapéuticos. En Estados Unidos el presidente Obama autorizó el uso de fondos estatales para la investigación de técnicas de clonación aunque aclaró que ello "no abrirá la puerta a la clonación humana".

Es evidente la coincidencia en condenar la creación de personas por este medio; esto es la clonación reproductiva humana. En cambio, la técnica de la clonación puede utilizarse para todo tipo de tejidos, lo que sirve al desarrollo de terapias aplicables al tratamiento de diversas enfermedades. Inclusive se sostiene que puede ser aceptada la clonación de células germinales, en tanto no esté dirigida a la creación de un embrión.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional del derecho a la vida*, Buenos Aires, 1996; CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008; ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, Assandri, Córdoba, 1946; TOBÍAS, José W., *Derecho de las Personas*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

BERGEL, Salvador Darío, "De embriones, patentes y dignidad humana", LL 2012-B39; CARNOTA, Walter, "La fertilización *in vitro* en sede interamericana", LL 2013-C-1255; FODOR, Sandra, "¿Existen límites al derecho a procrear? Apuntes sobre vientres en alquiler", JA 2015-III, fasc. 10, p. 40; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule", DFyP 2014 (noviembre), p. 181; GUIBOURG, Ricardo A., "Personas, monos y otras abstracciones", LL 2014-F-1251; LAFERRIERE, Nicolás, "Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas", LL 2015-A-789; MEDINA, Graciela – GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "La Ley Nacional sobre Fertilización Asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires", LL 2013-C-1192, PICASSO, Sebastián, "Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda", LL 2015-B-950; QUINTANA, Eduardo Martín, "Clonación: de la prohibición absoluta a la permisividad complaciente. Células `stem´ de embriones clonados", DFyP 2012 (enero-febrero), p. 244; RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, "El artículo 17 del nuevo Código Civil y Comercial visitado a partir de la jurisprudencia: desarrollos e interrogantes", JA 2015-II, fasc. 12, p. 54.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros (`fecundación *in vitro*´) c/ Costa Rica", LL 2013-A-160.

CAPÍTULO VIII

LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS HUMANAS

I. ATRIBUTOS DE LA PERSONA HUMANA

1. Concepto y enumeración

Desde el momento mismo de su nacimiento con vida, la persona tiene una serie de atributos que no vacilamos en calificar de inherentes a la personalidad, una serie de cualidades o circunstancias que hacen a la esencia de su personalidad y que la determinan en su individualidad.

Ellos son el nombre, el domicilio, la capacidad, el estado civil y los denominados derechos personalísimos; nociones inseparables de la persona a la que —a la inversa— no es posible imaginar sin ellos.

En resumen, esas circunstancias se dan en razón de la persona humana y ésta no puede ser considerada tal sin ellos.

2. Caracteres

Estos atributos presentan los caracteres siguientes:

— son *necesarios*, habida cuenta de que no se concibe persona que pueda carecer de ellos por cuanto la determinan en su individualidad;

— son *innatos*, pues el hecho del nacimiento con vida hace que adquieran su plenitud;

— son *vitalicios*, por cuanto se extinguen con la vida de la persona que los detenta;

— son *inalienables*, por tratarse de una materia que hace al orden público; los atributos de la persona no están en el comercio y, en principio, no pueden ser objeto de relación jurídica alguna; aunque algunos, como los derechos personalísimos son relativamente disponibles;

— son *imprescriptibles*, habida cuenta de que no se pierden ni se adquieren por el transcurso del tiempo.

3. Los atributos en relación a las personas jurídicas

En principio los atributos de la personalidad son emanaciones necesarias de la personalidad humana.

Cierto es que las personas jurídicas tienen nombre, denominación o razón social; domicilio y patrimonio (regulados en los arts. 151 a 154), como así también capacidad, mencionada en la propia definición del art. 141. También es exacto que tienen un cierto derecho a la privacidad de sus papeles y libros de comercio, y aún al respeto de su buen nombre.

Pero el sentido del reconocimiento es distinto cuando se trata de las personas jurídicas, pues esos "atributos" no son más que mecanismos tendientes a facilitar la vida de relación de las personas jurídicas y el desarrollo de su actividad. Ello se advierte, cuando se pondera que el nombre o denominación de la persona jurídica está en el comercio.

La privacidad de los papeles y libros de comercio se vincula con la propiedad industrial —que exige el secreto de los negocios—, y no con el respeto a la personalidad.

El respeto al buen nombre u honor de la persona jurídica, normalmente, tiene un contenido puramente patrimonial, pues el buen nombre hace a la penetración de la sociedad mercantil en la plaza o mercado en que actúa; esta idea merece excepcionarse cuando se trate de asociaciones civiles o fundaciones, a las que cabe reconocer un "derecho al buen nombre" de contenido extrapatrimonial.

Por ello, debe predicarse que los atributos de la personalidad son un elemento inalienable e imprescindible de las personas físicas; teniendo en las personas jurídicas otros caracteres habitualmente vinculados a la actividad desarrollada por ellas.

II. LA CAPACIDAD

4. El concepto de capacidad y la capacidad progresiva

a) Conceptos introductorios

La capacidad es del grado de aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas para ser titulares de derechos y deberes jurídicos y para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican los mencionados deberes.

La capacidad se puede observar desde dos ángulos. La capacidad de derecho que el Código la define como la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos (también llamada capacidad de goce), y la capacidad de ejercicio (también conocida como capacidad de hecho) que significa la facultad de poder ejercer el propio sujeto los derechos y deberes jurídicos de los cuales es titular.

Esta visión de la capacidad se relaciona con la posibilidad de gozar y ejercer derechos de contenido patrimonial o poder desarrollarse con mayor o menor autonomía dentro de un grupo familiar. El derecho civil codificado del siglo XIX partió de una distinción tajante entre capaces e incapaces. Era capaz de hecho quien tenía la aptitud para celebrar todo tipo de actos jurídicos patrimoniales, sin limitación alguna. El incapaz de hecho, en cambio, carecía totalmente de aptitud, salvo supuestos excepcionales.

Pero la visión tradicional que ve a la persona humana como sujeto activo o pasivo de una relación jurídica patrimonial o sólo como miembro de una familia, ha ido modificándose en el tiempo. Hoy resulta evidente que todas las personas son titulares de ciertos derechos que no se limitan a la celebración de actos jurídicos patrimoniales o familiares. Así, todas las personas (niños, ancianos, discapacitados, aborígenes, mujeres, hombres, sin excepciones) gozan de los derechos que hacen a su dignidad personal y pueden hacer valer esos derechos frente a otros particulares y frente al Estado, quien asume incluso obligaciones para hacer eficaces las declaraciones programáticas del ordenamiento constitucional.

Por ello, actualmente la capacidad de los seres humanos no puede medirse con la misma vara que fue aplicada siglos atrás. Así, por ej., las decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo, la libertad, la honra, la privacidad, la imagen y en general sobre todos los derechos

personalísimos, se deben ir tomando, conforme al grado concreto de discernimiento, de comprensión y de madurez alcanzada, sin sujetarse a una franja etaria determinada o al no padecimiento de una enfermedad mental. La idea que predomina en la materia es afirmar la autonomía de los seres humanos para participar de las decisiones que hacen a su persona y en su caso, proteger al incompetente de los efectos nocivos de una mala elección mediante un sistema amplio de asistencia que promueva su intervención no su desplazamiento.

b) Capacidad progresiva

De lo que venimos exponiendo se ha ido derivando la idea de capacidad o autonomía progresiva que propicia el reconocimiento de aptitud en los sujetos no ya en función exclusivamente de la edad, sino a medida que van adquiriendo madurez suficiente para la celebración de ciertos actos o la toma de algunas decisiones. De este modo se pretende que las personas gocen de su autonomía personal.

En los últimos años esto se ha vinculado muy directamente con los actos de disposición sobre el propio cuerpo, como el consentimiento para tratamientos médicos o las cuestiones relacionadas con la capacidad reproductiva. El CCyC es pródigo en la aplicación de esta idea sea con relación a los menores cuanto a las personas que padecen adicciones o enfermedades mentales.

Cabe puntualizar que esta noción de capacidad progresiva suele identificarse con el término "competencia", traducción literal del inglés *"competence"*, sin advertir que *"competence"* no es un concepto distinto de capacidad[1] y antes bien se relaciona con la capacidad mental.

Ahora bien, esta noción de capacidad progresiva debe estar reservada para el ejercicio de derechos no patrimoniales. La seguridad del tráfico jurídico, requiere que la capacidad o incapacidad para los negocios jurídicos patrimoniales esté basada en franjas etarias rígidas y a veces se decrete la total interdicción de una persona cuando ningún sistema de apoyo sea eficaz. El sistema de capacidad ideado por el código derogado, si bien se presentaba como insuficiente, no implicaba

(1) En general el término *"competence"* equivale a *"mental capacity"*, y refiere a la aptitud del sujeto para entender la naturaleza y efectos del acto en el cual se compromete la persona o el negocio que la persona está celebrando: v. *"Black's Law Dictionary"*, 6ª ed., St. Paul, Minn, 1990, términos *"Mental capacity or competence"*, p. 986, 1ª columna.

un "castigo" para las personas que eran declaradas incapaces, por el contrario la restricción de la capacidad de obrar en las relaciones contractuales sólo tiende a proteger el patrimonio de quienes no tengan el desarrollo intelectual o psíquico para manejarlo.

Por ello, junto con la capacidad aplicable a las relaciones patrimoniales, el CCyC regula los aspectos derivados de la denominada capacidad progresiva o competencia. Este último concepto no es nuevo en nuestro Derecho, ni nace a partir del nuevo Código pues ya se encontraba consagrado en nuestra legislación, como veremos en el siguiente punto.

5. La recepción de la capacidad progresiva en nuestra legislación

a) En el Código de 1869

Por empezar, debemos destacar que, si bien en Código Civil derogado preveía categorías rígidas (mayor/menor, incapaz de hecho absoluto/relativo), lo cierto es que tanto los menores impúberes (hasta los 14 años) y los menores adultos (de 14 a 18 años) se encontraban en una situación básica de incapacidad, pero el ordenamiento iba ampliando paulatinamente (progresivamente) su capacidad, facultándolos a realizar ciertos actos por sí solos o con la asistencia de sus padres o tutor.

Por ejemplo, en el régimen anterior, los menores podían adquirir posesión de las cosas (art. 2392) desde los 10 años de edad, actuar como mandatarios sin fijar una edad determinada (art. 1897), el menor adulto no necesitaba autorización paterna para estar en juicio cuando era demandado criminalmente (art. 286), también a partir de los 14 años podía recibir depósito necesario y responder por él (art. 2228), así como también responder por el contrato de comodato en caso de haberlo celebrado mediando dolo (art. 2259).

La reforma introducida por la ley 17.711 incorporó la habilitación de edad —anticipación de la plena capacidad que era otorgada por los padres—y reconoció capacidad a los menores que hubiera adquirido título habilitante para el ejercicio de profesión u oficio (art. 128).

Todos estos actos estaban vinculados con la ampliación de capacidad para realizar actos patrimoniales, pero nuestra legislación fue ocupándose de la aptitud de los incapaces para ejercer su capacidad

de forma progresiva en aspectos relacionados a su persona y sus derechos personalísimos.

b) El derecho constitucional y supranacional

Ya hemos destacado en el capítulo primero que la doctrina civilista se ha convencido que el Derecho Constitucional impregna todo el derecho positivo por lo que su influencia se extiende también a las reglas de derecho privado, entre ellas las del Derecho civil. También hemos destacado, la eficacia normativa y axiológica de la constitucionalización del derecho privado.

El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional impone al Congreso "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de *los niños,* las mujeres, los ancianos y las *personas con discapacidad*".

Hoy los derechos de los menores encuentran su fuente, en primer lugar, en la Constitución Nacional que ha incorporado, desde la reforma del año 1994, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. La Convención fue ratificada por nuestro país por ley 23.849, promulgada el 16 de octubre de 1990.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida comúnmente como *Pacto de San José de Costa Rica*, también prescribe en su art. 19 "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* dispone en su art. 24-1 que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

En materia de salud mental, podemos mencionar la *Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* (aprobada en Guatemala en 1999 y ratificada por nuestro país por ley 25.280 el 6/7/2000) y la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (aprobada por la ONU el 13/12/2006 y ratificada por nuestro país el 21/5/2008 por ley 26.378).

c) Legislación especial

Durante el siglo XXI, se dictaron una serie de leyes nacionales y provinciales que incorporaron los postulados de los tratados que hemos mencionado. A modo de ejemplo, citamos las siguientes normas, que no han sido derogadas por el Código Civil y Comercial de la Nación.

(i) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes 26.061, fue promulgada el 21 de octubre de 2005 y establece que la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad.

Cada provincia ha ido dictando su propia normativa, en la Ciudad de Buenos Aires rige la ley 114, en la Provincia de Buenos Aires rige, desde el año 2005, la ley 13.298 (la normativa provincial se complementa con las disposiciones que, relativas al fuero de familia, contiene la ley 13.634).

Otras leyes provinciales dictadas en concordancia con la ley 26.061 son: la 5292 de Catamarca, la 5681 del Chaco, la 4347 de Chubut, la 9944 de Córdoba, la 5773 de Corrientes, la 2703 de La Pampa, la 6354 de Mendoza, la 2302 de Neuquén, la 4109 de Río Negro, la 7338 de San Juan, la 12.987 de Santa Fe y la ley 521 de Tierra del Fuego.

(ii) Ley de Derechos de los Pacientes 26.529, promulgada el 19 de noviembre del 2009, introdujo disposiciones que reconocen el derecho del niño a ser escuchado en los temas relativos a sus tratamientos médicos. El art. 2 inc. e), establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. El art. 11 reguló por primera vez en nuestro país, las llamadas "directivas anticipadas" estableciendo las personas, previendo una futura incapacidad que les impida expresarse, pueden dejar directivas sobre aspectos vinculados a la salud y tratamientos médicos (hoy también se encuentran reguladas en el art. 60 del CCyC).

Esta ley luego fue reformada en mayo de 2012 por medio de la ley 26.742 para incorporar lo que se denomina "muerte digna", es decir el derecho del paciente a impedir tratamientos médicos que alarguen artificialmente su vida. Se termina con la "distanasia" que significaba aplicar procedimientos irracionales para alargar la vida.

(iii) Ley de Salud Mental 26.657, promulgada el 2 diciembre de 2010, recoge los postulados de la convenciones que mencionamos anteriormente, estableciendo principios que hoy incorpora el CCyC (art. 31).

Pero el aspecto más importante que ha tenido esta ley en nuestro derecho civil es que incorporó el art. 152 ter al Código derogado produciendo un cambio en el sistema de capacidad. En efecto, la nueva norma modificó el principio general en materia de incapacidad. Hasta ese momento, los incapaces eran por regla general incapaces, esto significada que la sentencia que declaraba a una persona demente o inhabilitado le impedía realizar todos los actos de la vida civil, salvo en materia de inhabilitados los permitidos en el art. 152 bis derogado. Desde la vigencia de la ley 26.657 no sólo los inhabilitados, sino también los incapaces del antiguo art. 54 pasaron a ser "en principio capaces" para todos los actos que el juez no limitaba en su sentencia. Actualmente, el art. 23 del CCyC reafirma el mismo postulado.

(iv) Ley 26.743 de "Identidad de Género", promulgada el 23 de mayo de 2012, establece que se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente y permite a toda persona, solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida. La normativa establece que los menores de 18 años de edad, pueden realizar ese trámite a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño.

6. La capacidad y el discernimiento

Son estos dos conceptos diversos en cuanto a fundamento y consecuencias, bien que —frecuentemente— se los analice en forma conjunta. Tal como lo expresamos anteriormente, la capacidad está referida a la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones. En cambio, el discernimiento es la aptitud de las personas para distinguir lo bueno de lo malo, también sustentada en su madurez o salud mental, pero cuya contrapartida es la falta de razón.

De allí entonces que el art. 261 CCyC establezca como actos realizados sin discernimiento los ilícitos cometidos por menores de 10 años, los lícitos otorgados por menores de 13 años, así como los realizados por quienes, al momento de acto, están privados de razón.

La falta de discernimiento hará que el hecho resulte involuntario, habida cuenta que el art. 260 establece que el acto voluntario debe ser realizado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior. De allí que el acto obrado sin discernimiento, resulta involuntario y por regla general, salvo la responsabilidad por razones de equidad que prevé el art. 1750.

De lo expuesto se deduce que, por ej., una persona puede ser perfectamente capaz (mayor de 18 años y sin restricciones a su capacidad) y obrar circunstancialmente sin uso de razón (drogado o alcoholizado). En tales supuestos, para lograr la nulidad del acto (art. 388) habrá que acreditar que el momento mismo del acto que se pretende anular, la persona se encontraba inconsciente.

Hasta aquí la visión tradicional que el derecho civil ha tenido sobre el discernimiento como elemento del acto voluntario y que sirve para imputar las consecuencias del mismo a quien lo realiza. Pero, como ya vimos, hoy el discernimiento de las personas sirve también para medir su capacidad progresiva. Así, desde el punto de vista de la autonomía personal, el grado de discernimiento concreto que pueda tener un individuo será una pauta para determinar su capacidad de obrar determinados actos, de allí las permanentes referencias del nuevo ordenamiento al *grado de madurez*, que indirectamente remite al discernimiento.

7. Capacidad de derecho

La capacidad de derecho es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones. Esta "aptitud", que se instala en la subjetividad, es inherente al ser humano, indesligable de su propia naturaleza (Fernández Sessarego). Esta capacidad de derecho resulta esencial para apreciar la persona desde el punto de vista del Derecho, por cuanto no se concibe a aquélla totalmente privada de la titularidad de derechos u obligaciones.

En esta orientación, el art. 22 CCyC establece que la ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados. De lo que se concluye no existen *incapaces de derecho* sino supuestos de *incapacidades de derecho*. Podemos señalar como ejemplos de incapacidades de derecho, los impedimentos matrimoniales del art. 403, las inhabilidades para contratar previstas en los arts. 1001 y 1002 y las disposiciones que impiden ser sucesores ante el fallecimiento de una persona, enumeradas en el art. 2482.

En general, con las incapacidades de derecho se trata de proteger principios superiores, o sea de orden público, y especialmente la moral y la buena fe. De allí entonces que las incapacidades de derecho no se establecen en beneficio del incapaz, sino en su contra, para evitar incorrecciones en las que pudiera incurrir con motivo del goce de ese derecho.

En cuanto a la ineficacia que ocasiona el acto obrado en contra de una incapacidad de derecho, será la nulidad que habrá de ser absoluta, de forma tal que el acto no podrá ser confirmado a fin de preservar de tal manera el fundamento y la finalidad en que se asienta esta incapacidad.

8. Capacidad de ejercicio

El titular de un derecho tiene no sólo la capacidad de gozar de él, sino que habrá de tener también aptitud para ejercer por sí esos derechos y deberes. Es este último, el concepto de la capacidad de ejercicio: la aptitud de la persona para ejercer por sí los derechos de que es titular.

En algunos casos, el ejercicio es aparentemente efectuado por otro, cuando en realidad quien actúa es el mismo sujeto titular. Tal sucede cuando quien goza de un derecho da poder a otro para que éste lo ejerza en su representación. Los actos del representante convencional se imputan directamente al representado, por lo cual, quien ejerce realmente el derecho es el titular poderdante y no el apoderado.

En otros casos en cambio, el ejercicio es efectivamente realizado por otro. Tal como sucede en la representación legal, verbigracia la de los progenitores respecto de los hijos menores. En ese caso, el representante sustituye la voluntad del representado. Propiamente entonces, estamos ante un sujeto cuya voluntad es manifestada por su representante legal, quien además posee un poder de deliberación y decisión en virtud del ejercicio de responsabilidad parental.

a) Principio General

El art. 23 establece que *toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.*

El principio general en esta materia es la capacidad plena, que sólo puede estar limitada por las propias disposiciones del Código (art. 24) o en otras leyes, o bien surgir de una sentencia judicial (arts. 38 y 49).

b) Fundamento

El fundamento de las restricciones a la capacidad de ejercicio es la falta de edad y grado de madurez suficiente o la ineptitud psíquica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos; estos son los casos de los menores de edad y las personas de capacidad restringida. En otros supuestos el fundamento es la absoluta imposibilidad material de ejercer los derechos (personas por nacer), o la imposibilidad de interactuar con su entorno y expresar su voluntad (personas incapaces).

Debemos destacar que la ley 26.994 no ha modificado el art. 12 del Código Penal, en donde el fundamento de la restricción es la falta de libertad física del sujeto condenado.

c) Sanción

El legislador, frente a tales circunstancias, declara a la persona incapaz o le restringe su capacidad a fin de protegerla en el ejercicio de sus derechos patrimoniales o ayudarla en la toma de decisiones referidas al ejercicio de sus derechos personalísimos.

Como la finalidad es tuitiva del incapaz, la sanción de la ley ha de tener un rigor menor que el que anteriormente vimos en el supuesto de incapacidad de derecho; por ello, el acto obrado por un incapaz de hecho es de nulidad relativa. Resulta razonable tal solución, habida cuenta de que estando establecida la incapacidad en protección del incapaz de ejercicio, nada impide que resultándole el acto beneficioso, éste sea confirmado por su representante legal o por él mismo.

9. Sistema de protección y apoyos

El sistema de protección de las personas con capacidad restringida y los incapaces difiere del previsto en el régimen derogado. En el Código Civil derogado prevalecía el sistema de la *representación* en el cual, el incapaz no ejercía por sí sus prerrogativas jurídicas, sino que ellas eran articuladas por su representante legal en todos los actos jurídicos que aquél debía otorgar. Excepcionalmente, existía la *asistencia*, para el inhabilitado o el supuesto del menor emancipado por matrimonio que requería el asentimiento del cónyuge mayor edad para determinados actos; en esos supuestos, el asistido ejercía personalmente sus derechos, pero la voluntad jurídica relevante para el otorgamiento de un acto jurídico se integraba con la del asistente.

Actualmente, el CCyC prevé la representación como una forma de sustitución de la voluntad que resulta excepcional y un sistema amplio de asistencia que debe ser adaptado con los apoyos que, para cada caso en particular, determine el juez. Veremos brevemente los aspectos relevantes de cada uno de ellos.

a) La representación

El art. 100 sienta el principio general que establece que *las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.* El art. 26 establece lo mismo respecto de los menores.

El art. 101 establece, en sus tres incisos, quiénes son los representantes de las personas por nacer, de los menores de edad no mancipados, de las personas con capacidad restringida y de los incapaces.

(i) *Personas por nacer:* Han de ser sus representantes sus padres, en forma conjunta, de la manera y en las especificaciones que determina el art. 641 al regular el ejercicio de la responsabilidad parental.

(ii) *Los menores de edad no emancipados:* También lo son sus padres. Para el supuesto de falta o incapacidad de los padres, o de que ambos estén privados o suspendidos de la responsabilidad parental, es representante legal el tutor que se les designe. La tutela se discierne conforme a lo dispuesto por los arts. 104 y ss., teniendo en cuenta que el art. 108 hace una enumeración de las personas que no pueden ejercer tutela.

(iii) *Las personas con capacidad restringida:* cabe anticipar que personas con capacidad restringida son aquellas que padecen una adicción o una alternación mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes (art. 32).

Estas personas conservan su capacidad, pero la sentencia puede restringirla para determinados actos; en relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El apoyo cumple una función de asistencia.

(iv) *Los incapaces:* El último párrafo del art. 32 autoriza a declarar la incapacidad absoluta de la persona que se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz. En tal caso el representante es el curador.

Para la designación de éstos, en los diferentes casos, habrá de estarse a las prescripciones de los arts. 138 a 140.

La representación de los incapaces es legal (establecida por el Código o por ley especial), necesaria (los actos deben contar con la intervención del representante) y dual pues se complementa con la actuación del Ministerio Público (art. 103).

b) La asistencia con apoyos

Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas con los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales (art. 102). Como veremos, los apoyos consisten en cualquier medida judicial o extrajudicial que facilite a la persona la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general (art. 43). Estos apoyos podrán confiarse a personas o instituciones cuya misión no será suplantar la voluntad del asistido, sino precisamente todo lo contrario, deberán promover su autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias e intereses de la persona protegida (art. 32).

Así, al dictar la sentencia de restricción de la capacidad, el juez designa los apoyos necesarios y establece en cada caso el encargo o función que tendrá asignada, la forma de realizarlo y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Por ello, el sistema de apoyos se presenta como una forma de protección flexible y adecuada a las circunstancias de cada persona (su realidad familiar y social).

10. Control judicial

El ejercicio de la representación y de la asistencia está sujeto al control judicial, ya que en todos los supuestos se trata —esencialmente— de proteger el interés del menor de edad, del incapaz o de la persona con capacidad restringida, resguardándolo de los perjuicios que pudieran ocasionársele a sus personas o bienes y facilitando su autonomía.

En el régimen del CCyC, la responsabilidad parental siempre está expuesta al control judicial para dilucidar situaciones conflictivas (conf. art. 642) o para preservar el interés superior del menor (art. 639 inc. 1). Similar situación se reproduce en el caso de la tutela, según resulta de los arts. 105, 107, 109, 112, 118, 121, 122, 136 y concs. Lo mismo en materia de curatela (art. 138).

Los asistentes y apoyos en la capacidad restringida están sujetos al control judicial para evitar posibles conflictos de intereses o una influencia indebida (art. 43).

11. Nociones básicas sobre tutela y curatela

La tutela y la curatela son dos institutos que han estado ligados al Derecho de Familia, pero hoy se encuentran regulados en el Libro Primero que se ocupa de la Parte General del CCyC. Por ello, señalaremos algunas nociones caracterizantes.

La tutela ya no tiene por finalidad *gobernar la persona y los bienes del menor de edad* que no tuviera padres que pudieran ejercer la patria potestad, como lo era en el régimen anterior; hoy el nuevo art. 104 pone énfasis en una función de *protección integral de la persona y bienes del niño, niña o adolescente* que carezca de persona que ejerza la responsabilidad parental.

La tutela puede ser unipersonal (ejercida por una sola persona) o conjunta o compartida, ejercida por una o más personas, siempre que responda al interés superior del niño (art. 105).

Existen dos tipos de tutela: la otorgada por los padres (art. 106) y la tutela dativa (art. 107). Conforme el art. 106, cualquiera de los padres (que no esté privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental) puede nombrar tutor o tutores para sus hijos menores de edad, mediante escritura pública o testamento. Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo designe tutor de sus hijos menores, pero dicha designación, debe ser discernida por el juez.

La tutela también puede ser directamente decidida por el juez, es la que se denomina *tutela dativa* y procede ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de los designados. El art. 108 regula las prohibiciones para ser tutor dativo, estableciendo una excepción importante: una misma persona puede ser tutor de dos menores si son hermanos y existen causas, a criterio del juez, que lo justifiquen. El art. 109 establece también quienes están excluidos para ser nombrados tutores.

El juez otorgará la tutela a la persona más idónea para brindar la protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar su decisión. En la evaluación de la idoneidad del tutor o tutores, se tomarán en cuenta múltiples condiciones y circunstancias (no sólo económicas, laborales, sino afectivas, morales, sociales), teniendo en cuenta que la finalidad de la tutela es la de brindar protección en un sentido amplio, integral a la persona y bienes del niño, encontrándose en juego mucho más que cuestiones económicas, sino más bien estando implicado el desarrollo integral del niño, niña o adolescente como verdadero sujeto de derechos y la construcción de su proyecto de vida (YUBA).

En materia de curatela, se aplican las reglas de tutela que no estén modificadas específicamente en los arts. 138 a 140. La función del curador será optimizar las condiciones de vida de la persona protegida, orientando su actividad hacia la recuperación. En ese sentido, las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas a ese fin. La curatela puede ser ejercida en forma unipersonal o conjunta, según resulte lo más adecuado para la persona.

Según el art. 139 toda persona capaz puede designar mediante una directiva anticipada, quien ejercerá su curatela en el marco de las

directivas anticipadas que explicaremos en el capítulo dedicado a los derechos personalísimos. También los padres pueden nombrar curadores y apoyos de los hijos incapaces o con capacidad restringida. A falta de estas previsiones, el juez puede nombrar como tutor al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, hijos, padres o hermanos de la persona a proteger, según idoneidad moral, económica y mayor aptitud.

El art. 140 dispone que el curador de la persona incapaz es tutor de los hijos menores de éste, pudiendo otorgarse por el juez, la guarda a un tercero, designándolo tutor de los hijos, para que lo represente en asuntos patrimoniales.

12. Cesación del sistema representación y asistencia

La representación de los menores por sus padres o tutores cesa —lógicamente— al llegar el menor a la mayoría de edad (art. 25) o por la emancipación (art. 27).

En el supuesto de los incapaces o personas con capacidad restringida, la representación del curador del incapaz o la asistencia de quienes ejerzan funciones de apoyo, cesan por la muerte de sus representados o sus asistidos. Fuera de ese supuesto, el cese requerirá del procedimiento judicial previsto en el art. 47, que comentaremos más adelante.

13 Conflicto de intereses y designación de tutores especiales

La ley prevé la designación de tutores especiales cuando existen intereses contrapuestos o contradictorios entre representante y representado. O sea entre padres e hijos.

La tutela especial es un remedio de excepción frente a los derechos de los padres en el ejercicio de la responsabilidad parental. Los intereses contrapuestos entre el incapaz y el representante sólo pueden fundarse en un hecho real y determinado, sin que baste la mera posibilidad de que, por algún motivo, llegue a producirse dicha situación, sino que la incompatibilidad debe existir real y efectivamente. Por lo tanto, no puede presumirse la existencia de oposición de interés en ningún caso, y el juez debe actuar con mucho tino y prudencia.

El art. 26 dispone que en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, los menores pueden intervenir en juicio con asistencia letrada. No obstante ello, la regla general es que en tales casos el juez debe nombrar un tutor especial, salvo que se trate de un adolescente en cuyo caso el magistrado puede decidir que no es necesaria esa designación (art. 109).

Existen otros supuestos en donde el adolescente —menor que ha cumplido la edad de 13 años— puede requerir la asistencia letrada para actuar en juicio ante la oposición de sus padres, por ej., cuando los progenitores se oponen a que inicie una acción civil contra un tercero (art. 678) y también cuando el menor debe reclamar a sus padres por sus propios intereses, si cuenta con edad y grado de madurez suficiente (art. 679). No parece ser necesario que en estos casos se designe un tutor especial, pudiendo el menor actuar por sí.

14. Extensión de la representación y la asistencia

Conforme al art. 100 las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes todos los actos que no pueden ejercer por sí. La enunciación de este principio resulta sumamente importante pues el representante sólo podrá remplazar la voluntad del representado cuando el ordenamiento jurídico no lo faculte a actuar por sí mismo.

En relación a los menores, veremos al desarrollar capítulo respectivo, que el art. 26 sienta un principio que parecería ampliar, de manera generosa su capacidad de obrar, al indicar que "los que cuenten con edad y grado de madurez suficiente" pueden realizar todos los actos "que les son permitidos por el ordenamiento jurídico". No obstante, esa disposición resulta congruente con el art. 100 mencionado en el párrafo anterior: el menor de edad y quienes tengan grado de madurez suficiente podrán realizar sólo los actos que el ordenamiento jurídico les permita.

En cuanto a las personas con capacidad restringida o incapaces la idea es siempre favorecer la autonomía en la toma de decisiones y como la restricción de la capacidad siempre es excepcional (art. 31 inc. 2), el curador desplaza la voluntad del incapaz declarado tal sólo cuando el juez opte una interdicción de su capacidad conforme lo dispone el último párrafo del art. 32. En los demás supuestos, cuando se disponga la implementación de un sistema de apoyos para los actos que se limitan, quien asiste al restringido en su capacidad, sólo podrá

intervenir en los actos que el juez disponga en su sentencia y con la modalidad de actuación que establezca ese decisorio.

15. Actuación del Ministerio Público

a) Qué es el Ministerio Público

Se denomina Ministerio Público al conjunto de órganos estatales que tienen como misión la representación y defensa de los intereses de la sociedad y del Estado frente al Poder Judicial.

La reforma a la Constitución Nacional del año 1994 introdujo en la Segunda Parte, Título I, la sección IV, "Del Ministerio Público", cuyo único artículo, el n. 120 establece: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y por un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones". Cada provincia, por imperio del art. 121, organiza su Ministerio Público.

El Ministerio Público es un órgano separado del Poder Judicial pero que cumple su actividad junto con este último. En el ámbito nacional, la ley 24.946 lo define como un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Cada provincia organiza su propio Ministerio Público.

Los funcionarios que ejercen el Ministerio Público en relación a los menores, incapaces y personas con capacidad restringida, reciben diferentes denominaciones según la jurisdicción: Defensorías Públicas de Menores e Incapaces, en el orden nacional, Asesorías de Incapaces y otras designaciones, en la Provincia de Buenos Aires, Asesorías Letradas, en Córdoba, Asesorías Tutelares, en la Ciudad de Buenos Aires, etc.

En general, se usa la denominación "ministerio público pupilar" para identificar a todos aquellos que representan los intereses de los incapaces o personas con capacidad restringida.

b) Actuación del Ministerio Público Pupilar

El art. 103 establece que la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

La actuación es complementaria en todos los procesos en los que se encuentren involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y personas con capacidad restringida. Este tipo de actuación significa que el ministerio público debe tomar intervención en todos los procesos en donde se encuentre involucrados los intereses de sus representados, su falta de intervención causa la nulidad relativa de los actos procesales en que tal omisión se constate.

La actuación es principal en tres supuestos mencionados por el mismo art. 103: a) cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes; b) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; c) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En definitiva, la actuación del principal o autónoma del Ministerio Público se debe cuando la representación necesaria (padres, tutores, guardadores, curadores, apoyos con facultad representativa) no ampara los derechos de la persona o los bienes del representado, por inacción, exceso o defecto de la intervención y dicha actuación puede resultar contraria a las peticiones de los representantes y debe ser oído el representado en estas situaciones de conflicto (Burundarena).

La legitimación del Ministerio Público es amplia, y por lo tanto no se agota en las normas que específicamente la prevén. La actuación a modo principal abarca genéricamente los supuestos de inacción o incumplimiento de los representantes necesarios (Polverini).

c) Actuación extrajudicial del Ministerio Público

El CCyC permite la actuación del Ministerio Público en el ámbito extrajudicial. El art. 103 en su parte final establece: *En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.*

En el marco de la protección de los menores o las personas con discapacidad, los tratados internacionales mencionados arriba, les otorgan derechos vitales para su desarrollo. El Ministerio Público se encuentra habilitado a promover todas las medidas de protección y efectividad de esos derechos cuando sus representantes no lo hacen.

16. Otras medidas de protección

Al margen de la actuación del Ministerio Público, existen una serie de organismos (nacionales, provinciales y municipales) que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (cfr. art. 42 ley 26.061). Dentro de dichos actores, adquieren particular relevancia los organismos administrativos de protección de derechos, en virtud de la competencia que la ley nacional 26.061 les otorga en cuanto a la adopción de las pertinentes medidas de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la comprobación de alguna situación de amenaza y/o vulneración de sus derechos.

A nivel nacional, la ley 26.061 creó la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y también a nivel federal, la ley establece la creación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia (cfr. art. 45 ley 26.061) como órgano de articulación y concertación, para el diseño, planificación y efectivización de políticas públicas en todo el ámbito del territorio de la República Argentina.

a) El abogado del niño

Es preciso señalar que el Ministerio Público debe actuar muchas veces en conjunto con otra persona designada para proteger los derechos de los menores: el abogado del niño. Así, en nuestro régimen legal coexisten la figura del Defensor de Menores (en representación del Ministerio Público) y la del abogado del niño.

El art. 27 de la ley 26.061, bajo la denominación de "garantías mínimas de procedimiento", establece que los niños tienen derecho "a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya". El decreto reglamentario de la ley (415/2066) aclara: "El derecho a la asistencia letrada... lo es sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar".

El derecho a contar con un abogado, deriva de la facultad reconocida al niño en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, a expresar su opinión libremente, a ser escuchado. La Observación General n. 12 emitida por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas se destaca que "El derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ej., denuncias de malos tratos y recursos contra la exclusión de la escuela, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción".

Si bien el Ministerio Público y el abogado de niño pueden intervenir en forma conjunta en los procesos, sus funciones son distintas. El Ministerio Público debe velar por los intereses generales de la sociedad y la legalidad, su función consistirá fundamentalmente en asesorar al juez. El abogado del niño ejerce la defensa de los intereses del menor, debe velar por respetar su voluntad y que se satisfaga su mejor interés como lo prescribe la ley 26.061.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

CIFUENTES, Santos, *Régimen general de la capacidad, en Capacidad Civil de las Personas*, Academia Nacional de Derecho, La Ley, Buenos Aires, 2007.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ACEVEDO, Mariano, "Incapacidad e inhabilidad para contratar", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/2/2015, 95; BERGEL, Salvador Darío, "Notas sobre la bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP 2014 (noviembre), 3/11/2014, 135; CROVI, Luis Daniel, "El daño moral y las personas jurídicas", RCyS 2014-VIII; DI LELLA, Pedro – MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina – SESIN, Patricia – CÓRDOBA, Lucila Inés, "Irrupción de los menores en el proceso. Análisis de la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el proyecto de Reforma del Código Civil", DFyP 2012 (septiembre), p. 52, FLAH, Lily R., "La incorporación de la bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación", Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, 1, FERNÁNDEZ, Silvia E., "El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial la Nación", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 25; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?", JA 2000-I-908; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Dignidad y autonomía progresiva de los niños", RDPyC 2010-3 p. 123, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011; MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A., "Ejercicio de la capacidad jurídica en el Proyecto de Código", DFyP 2013 (enero-febrero), p. 93; MIZRAHI, Mauri-

cio Luis, "Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño", LL 2011-E-1194; MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina, "El ejercicio de la tutela-curatela por personas jurídicas. El modelo español"; DFyP 2014 (abril), 1/4/2014, 37; MUÑIZ, Javier N., "Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", RDPyC, 2012-2, p. 105; POLVERINI, Verónica, "El Ministerio Público en el Proyecto de Código Civil", DFyP 2014 (octubre) p. 144; RIVERA, Julio César, "Las claves del Código Civil y Comercial en materia de personas humanas", RDPyC 2015, Número Extraordinario, p. 195; SOLARI, Néstor, "El abogado del niño en el Proyecto", DFyP 2013 (abril), p. 6; TINANT, Eduardo Luis, "Principios jurídicos y principios bioéticos. Separación, vinculación, integración", UNLP 2009-2010, 560, La Ley online AR/DOC/5097/2010, TOBÍAS, José W., "La persona humana en el Proyecto", LL 2012-D-743; YANKIELEWICZ, Daniela – OLMO, Juan Pablo, "Participación en juicio de personas menores de 14 años de edad: ¿Abogado del niño o tutor *ad litem*?", LL 2014-A-449; YUBA, Gabriela, "Cambios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de tutela y curatela", DFyP 2014 (noviembre) p. 49.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 26/6/2012, "M., G. c/ P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.", LL 2012-D-601, cita online: AR/JUR/27892/2012.

CSN, 27/11/2012, "P., G. M. y P., C. L. s/ protección de Personas", LL 2013-A-183, cita online: AR/JUR/61231/2012.

CNCiv., sala I, 15/10/2013, "B. L. A. E. c/ G., Y. A. s/ régimen de visitas", LL 2013-F-525, cita Online: AR/JUR/69621/2013.

CAPÍTULO IX

LOS MENORES DE EDAD

I. MENORES DE EDAD

1. Los menores de edad y los adolescentes

a) Introducción

Desde siempre y en todas las culturas y ordenamientos jurídicos, se ha consagrado una primera distinción entre menores y mayores de edad, atendiendo básicamente a la protección de los primeros en razón de su incipiente desarrollo físico y psíquico, que les impide tanto una cabal apreciación de los alcances de los actos a realizar, cuanto la correcta concreción de los mismos.

Es precisamente por ello, que todas las legislaciones van desplegando un abanico de aptitudes cada vez mayores a medida que el individuo se desarrolla. Así los romanos tenían clasificados a los menores en tres categorías a saber:

— *Infantia*, abarcaba desde el nacimiento hasta los 7 años, período en el cual el menor carecía de toda capacidad para cualquier acto.

— *Infantia majoris*, que comprendía hasta la época de la pubertad fijada por Justiniano en 12 años, para la mujer, y 14 años para el hombre, etapa en que el menor podía realizar algunos actos siempre que le resultaran beneficiosos y no debiesen contraprestación alguna;

— Los *puberis*, hasta la edad de los 25 años, que si bien tenían una amplia capacidad, estaban sujetos a una tutela especial para determinados actos, particularmente gravosos.

franjamorada

En lo sustancial, todos los antecedentes históricos revelan categorías similares a las del Derecho Romano sobre la base de etapas de desarrollo físico e intelectual de las personas. Las legislaciones han solucionado este aspecto de diversas formas, por ej., el Código Civil Alemán establece que es incapaz de obrar el menor que no ha cumplido los 7 años (art. 104), y reconoce eficacia de los contratos concluidos por el menores que han cumplido esa edad si la prestación es cumplida con medios económicos que el representante o un tercero con el asentimiento del representante le han proporcionado con esa finalidad o para su libre disposición (art. 110). Los Códigos de Perú y Brasil fijan la línea divisoria en los 16 años. El Código de Chile (art. 26) llama infante o niño a todo el que no ha cumplido 7 años, impúber al varón que no ha cumplido 14 años y la mujer que no ha cumplido 12, adulto el que ha dejado de ser impúber y mayor de edad, o simplemente mayor al que ha cumplido 18 años. En Paraguay la mayoría de edad se logra a los 18 años y se distingue entre menores de 14 y mayores de esa edad.

Por su lado el art. 25 CCyC dispone: "*Menor de edad es la persona que no ha cumplido 18* años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió *13* años".

b) Categorías

En el Código Civil derogado, en virtud de la reforma de la ley 26.579, la mayoría de edad se alcanzaba a los 18 años pero permanecían vigentes dos categorías de menores: los impúberes hasta los 14 años y los menores adultos de 14 a 18 años. La doctrina propiciaba la supresión de esta distinción que carecía de efectos prácticos y efectivamente el CCyC ya no la reconoce.

El CCyC crea la categoría de "adolescente", que es quien ha cumplido 13 años (art. 25 segundo párrafo) y sin consagrarla explícitamente como tal, también menciona la categoría de "adulto" refiriéndose al adolescente que ha cumplido 16 años para las decisiones atinentes a su propio cuerpo (art. 26, último párrafo).

La incorporación de categorías de menores resulta injustificada y muchas veces no tiene relevancia en los hechos.

2. El estándar "edad y grado de madurez suficiente"

Como vimos al clasificar a las personas incapaces de ejercicio, el art. 24 incluye dentro de esta categoría a quienes no cuentan *con edad y grado de madurez suficiente,* con el alcance previsto en lo dispuesto por los arts. 25 a 30 de dicho cuerpo legal.

Así el Código omite referirse a los menores cuando indica quienes son incapaces de obrar pero al mismo tiempo, el referido artículo remite a lo dispuesto en la Sección Segunda del Capítulo 2. Esto significa lo siguiente: el grado de madurez debe apreciarse conforme el régimen de capacidad previsto para los menores de edad.

El principio que parece consagrar la norma del art. 24 se esteriliza por la misma previsión del segundo párrafo del art. 26. Este último precepto —después de establecer que los menores actúan a través de sus representantes— dice: "*No obstante, la* (persona) *que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos* que le son permitidos por el ordenamiento jurídico". O sea que el teórico efecto de la "madurez suficiente" queda anulado porque de todos modos esa "madurez suficiente" sólo habilita a la persona menor de 18 años para realizar todos los actos "que le son permitidos por el ordenamiento jurídico". En otras palabras, aunque el menor de 16 o 17 años tenga madurez suficiente, no podrá actuar en el campo patrimonial como si fuere capaz salvo que el ordenamiento jurídico le permita realizar el acto que se propone.

Por ello, el menor de 18 años aunque "cuente con madurez suficiente", no tiene capacidad de ejercicio para todos los actos de la vida civil. Una interpretación contraria, lejos de lograr la protección de niño o adolescente, lo dejaría expuesto a la realización de actos perjudiciales para la preservación de su patrimonio.

No hay duda que el CCyC ha querido recoger las disposiciones de la ley 26.061 y lo normado en la Convención de los Derechos del Niño, por ello consagra en términos generales, la capacidad progresiva del menor (reflejada en la pauta de madurez suficiente o grado de discernimiento) pero con el alcance que hemos explicado en el capítulo anterior: para el ejercicio de sus derechos personalísimos y la autonomía en relación al cuidado de su propio cuerpo, como así también para que sus opiniones sean tenidas en cuenta en el ámbito judicial y extrajudicial.

3. El ejercicio de los derechos sobre el cuerpo del menor

El mismo art. 26 enuncia actos que toman en cuenta la madurez del menor para permitirle el ejercicio de sus derechos. Esos actos se

refieren a los tratamientos médicos sobre los cuales puede decidir el menor, haciendo una distinción entre aquellos menores que tienen entre 13 años y 16 años (adolescentes); y los que tienen entre 16 y 18 años (que son adolescentes calificados como *adultos* para este tipo de decisiones).

a) Tratamientos médicos en menores de 13 a 16 años

(i) Texto legal

El CCyC establece que *se presume* que los adolescentes entre 13 y 16 años tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, los adolescentes deben prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico (art. 26, cuarto y quinto párrafos).

(ii) Criterio de distinción

De tal forma, la capacidad del menor entre 13 y 16 años para decidir sobre los tratamientos médicos está regulada a partir de la distinción entre tratamientos no invasivos (cuarto párrafo) e invasivos (quinto párrafo).Ello supone un primer problema que consiste en determinar cuáles son los *tratamientos* que encajan en la categoría de *no invasivos*, pues la competencia o capacidad progresiva que se pretende reconocer se la otorga en relación a los "tratamientos" médicos.

(iii) Qué es un tratamiento

El *tratamiento* es definido por la Real Academia de la Lengua como *conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad.* Con lo que no se refiere a actos aislados como la extracción de una muela, quitar un quiste o suturar la retina.

Claro es que esta interpretación literal resultaría seguramente exactamente contraria a lo que se supone ha sido la voluntad del legislador: no tendría sentido que el menor que ha cumplido 13 años

pudiera decidir aceptar o no un "tratamiento" para el acné o para enderezarle los dientes, y en cambio debiera requerir el consentimiento de sus padres para actos médicos que podríamos calificar de "instantáneos" o que se desarrollan en un único momento o sesión (por ej., una única sesión de kinesiología, o extraerse una muela).

(iv) Qué es invasivo

Otra cuestión es definir que se considera tratamiento invasivo. Un servicio de la Biblioteca de Medicina de Estados Unidos define la materia de la manera que sigue: Los tratamientos no invasivos (atraumáticos o incruentos), son aquellos que no involucran instrumentos que rompen la piel o que penetran físicamente en el cuerpo. Los ejemplos abarcan: las radiografías, un examen oftalmológico estándar, una tomografía computarizada, una resonancia magnética, un monitor Holter, un electrocardiograma. Cualquier tratamiento cruento que implique romper la piel o tejidos sería un acto médico cuya decisión está vedada al adolescente.

Si seguimos una interpretación literal del art. 26, el menor podría decidir hacerse una radiografía si fuera parte de un tratamiento pero no si fuera un acto médico único. Tampoco podría sacarse una muela, aun cuando forme parte de un tratamiento completo de su boca, pues implicaría un acto invasivo.

(v) Efectos del tratamiento

Además, el Código exige que esos tratamientos *no comprometan la salud ni provoquen un riesgo grave en la vida o integridad física* del menor no adolescente.

Pueden existir actos médicos no invasivos que en función de las condiciones personales del paciente pudieran poner en riesgo su salud, vida o integridad física (ciertos tratamientos para la obesidad u otros trastornos alimenticios que pueden ser peligrosos para los diabéticos, celíacos, etc.).

(vi) Consentimiento. Conflicto

Por último, la norma establece que el conflicto entre el representante y el menor se resuelve teniendo en cuenta el interés superior sobre la base de opiniones médicas respecto de las consecuencias de la

realización del acto médico. Ahora bien, supongamos que un menor se opone a una operación quirúrgica de urgencia o a una transfusión de sangre, mientras su padre pide a gritos al médico que la haga. ¿Qué hará el galeno? ¿Se quedará de brazos cruzados esperando la orden del juez o lo opera o transfunde contra la voluntad del menor exponiéndose así a una demanda por responsabilidad civil porque le salvó la vida pero afectando la dignidad personal del paciente?

La solución podría buscarse en la legislación especial. Como vimos en el capítulo anterior, el art. 2 de la ley 26.529 (Ley de los Derechos del Paciente) establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud, pero luego establece que el consentimiento informado para un tratamiento (luego de una explicación adecuada sobre el procedimiento, los riesgos, las consecuencias previsibles, etc.) puede ser dado por sus representantes legales. Además, la ley exime al profesional de la salud de requerir el consentimiento cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Esto último, está también consagrado por el mismo CCyC en el art. 59 *in fine*.

De lo expuesto podemos extraer la siguiente conclusión: para tratamientos médicos de relevancia, el consentimiento puede ser dado por los representantes legales con la intervención de los menores cuya opinión debe ser tenida en cuenta. Pero cuando existe una urgencia médica de gravedad, el profesional de la salud podrá optar por tomar en cuenta la voluntad de los representantes legales quienes deben actuar en base al interés superior del menor que exige un equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común (art. 3 de la ley 26.061).

b) Tratamientos médicos en los mayores de 16 años

El art. 26 establece que a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. La palabra "adulto", aunque se la usa en otras disposiciones del mismo Código (arts. 111, 667, 2642), es un concepto que puede encontrar sentido en el ámbito de la psicología, de la sociología, de la educación, pero no tiene un alcance definido en el mundo jurídico.

El mayor de 16 años puede decidir sobre el cuidado de su cuerpo pero ello no implica que podrá tomar decidir sobre el *todo* lo atinente a su cuerpo, pues hay decisiones que le estarán vedadas por disposiciones vigentes. Por ejemplo, la ley 24.193 en su art. 15 establece que sólo podrán ser donantes de órganos las personas mayores de edad. De todos modos no es clara la solución a partir de la entrada en vigencia del CCyC, pues bien podría sostenerse que éste ha modificado la edad exigida por la Ley de Trasplantes por ser una ley posterior.

La regla parece clara en cuanto a su finalidad: el menor que ha cumplido 16 años es plenamente capaz para decidir sobre el cuidado de su cuerpo y si se la relaciona con los párrafos precedentes, habría que concluir que ello significa que decide por sí sobre todo tratamiento médico o acto relativo a esa finalidad pero no cuando el acto trasciende el mero cuidado de su salud.

4. Participación del menor en las decisiones relativas a su persona

a) Regla general

El art. 26 establece que el menor debe participar de las decisiones que se refieran a su persona. Esta disposición no limita su eficacia a los actos de disposición del propio cuerpo, comprendidos expresamente por el mismo artículo sino que se proyecta a "todas" las decisiones sobre la persona del menor. Por lo que en la medida en que éste tenga un grado de madurez suficiente deberá participar, por ej., de los contratos que impliquen la prestación de sus servicios, tales como los de espectáculo público, representaciones teatrales, intervención en filmes o televisión, actividades deportivas, etc. Es por lo demás la solución que fluye del art. 682.

b) Otros supuestos

A lo largo del CCyC, se mencionan muchos actos para los cuales se requiere el consentimiento del menor. Así:

— los arts. 64 y 66 establecen que el menor con edad y grado de madurez suficiente se puede agregar el apellido del otro progenitor y también un menor que carezca de apellido inscripto, si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede pedir la inscripción del que está usando en el juicio de adopción, el pretenso adoptado debe contar con asistencia letrada si cuenta

con la madurez suficiente y debe manifestar su conformidad expresa si tiene más de diez años o al menos, ser escuchado por el juez si posee menos edad (art. 617).

— el art. 645 establece una serie de actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Se trata de actos que refieren a aspectos esenciales de su persona que sin perjuicio de la autorización de ambos padres, debe contar con el consentimiento del menor si tiene más de 13 años (adolescente), como el ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad, la salida del país y el cambio de residencia permanente en el extranjero.

5. Capacidad contractual

Hay normas específicas que amplían la capacidad del menor en el ámbito de sus relaciones contractuales. El menor puede ser representante en términos generales (art. 364) y también mandatario en el contrato de mandato (art. 1323).

El art. 364 establece que en la representación voluntaria el representante debe tener discernimiento y el art. 261 atribuye discernimiento para actos lícitos a quien ha cumplido 13 años. El art. 1323 establece que el mandato puede ser conferido a persona incapaz; en materia de menores es lógico que esta última norma se relacione con las normas generales sobre representación, de modo que el menor a que se refiere esta disposición del art. 1323 es el adolescente.

El adolescente debe prestar la conformidad para los contratos que su padre haga a fin de que preste algún servicio o aprenda un oficio, ni obligarse por ellos de otra manera (art. 682).

También el mayor de 16 años que ejerce algún empleo, profesión o industria se encuentra autorizado para todos los actos concernientes a esa actividad. Las obligaciones que generan esos actos sólo podrán afectar el patrimonio que el menor generó con esa actividad (art. 683).

El CCyCN aclara que los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana se presumen realizados con la conformidad de los progenitores (art. 684). La norma es novedosa y sirve para aclarar el principio general establecido en el art. 26 (la que establece: quienes cuentan con

edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer los actos que le son permitidos).

6. Los alimentos

El régimen alimentario es un tema relacionado con el Derecho de Familia; no obstante, hacemos una breve referencia al mismo pues la permanencia del derecho a favor de los hijos mayores de edad que necesitan sustento para continuar con sus estudios, es fruto de una sana evolución de nuestra legislación.

La ley 26.579 que redujo la mayoría de edad a los 18 años, había dejado a salvo que la obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, se extendía hasta la edad de 21 años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

Por su lado, el CCyC establece como regla general que ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los 21 años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo (art. 658).

El CCyC establece también que la obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de 25 años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide al hijo proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive y debe acreditarse la viabilidad del pedido (art. 663).

Así, en el actual régimen legal, algunos derechos propios de la minoridad continúan hasta varios años después de alcanzada la mayoría de edad. El hijo mayor que se capacita gozará del sustento de sus estudios por parte de sus padres, siempre que demuestre que no les posible trabajar y estudiar al mismo tiempo en virtud de la carrera elegida o los estudios que cursa, o que aún trabajando no logra proveerse de los medios necesarios para costearse la carrera terciaria o universitaria elegida. El tope de edad hasta el cual se gozará ese beneficio es los 25 años pues se supone la edad promedio en la cual los jóvenes culminan sus carreras o cursos de capacitación.

7. Edad nupcial

a) Regla general

La edad para contraer matrimonio es la de 18 años (art. 403, inc. f).

b) Dispensa de edad

Sin embargo la ley autoriza la celebración del matrimonio de personas que no han cumplido 18 años si se las dispensa del impedimento de edad.

La dispensa puede ser dada por los padres si el menor ha cumplido 16 años; o por el juez a falta de autorización de los padres o si el contrayente tiene menos de esa edad (art. 404). El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales. Y la decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.

La celebración del matrimonio emancipa al menor (arts. 27 y 28), materia que tratamos más abajo.

II. LA CESACIÓN DE LA MINORIDAD

La incapacidad y el correspondiente régimen de representación (arts. 16, 100, 101) terminan con la mayoría de edad y con la emancipación por matrimonio.

8. La mayoría de edad

Conforme a lo que dispone el art. 25, se deja ser menor de edad o adolescente el día en que se cumplen 18 años de edad.

Así, se introduce una excepción al modo de contar los intervalos en derecho previsto por el art. 6. Conforme este último artículo, *el día es el intervalo de tiempo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en* días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar *al siguiente*. De aplicarse esa norma, la mayoría de edad comenzaría recién a la medianoche del día en que se cumplen los 18 años. Sin embargo, las personas cumplen años al inicio del día que marca su natalicio. Los efectos de la mayoría de edad son automáticos, es decir que se producen de pleno derecho sin necesidad de gestión alguna.

La mayoría de edad hace cesar el régimen de representación enunciado por los arts. 26, 100 y 101, y el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 699).

9. La emancipación por matrimonio

a) Regla general

La celebración del matrimonio antes de los 18 años, con autorización judicial o de los representantes legales, emancipa a la persona menor de edad (art. 27). La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en la ley (arts. 28 y 29).

b) Caracteres de la emancipación

La emancipación es irrevocable. La invalidez del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.

Si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad. Ambas reglas están expresamente establecidas en el art. 27.

c) Emancipación y responsabilidad parental

Conforme lo dispuesto en el art. 699, la emancipación extingue la responsabilidad parental, salvo lo dispuesto en el art. 644. Esto significa que los progenitores adolescentes casados ejercen la responsabilidad parental sobre sus propios hijos pero con algunas limitaciones:

— Si hay actos que resulten perjudiciales para los niños, quienes ejerzan la responsabilidad parental sobre los emancipados pueden oponerse;

— también pueden intervenir cuando el emancipado omite realizar acciones necesarias para preservar el adecuado desarrollo de sus hijos;

— para actos trascendentes en la vida del niño, como su adopción, las intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro su vida u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos, el consentimiento del emancipado debe integrarse con el asentimiento de sus propios progenitores.

d) Capacidad de los emancipados. Limitaciones

La emancipación hace cesar la incapacidad del menor, salvo las limitaciones que establecen los arts. 28 y 29. El primer artículo determina actos prohibidos al emancipado y el segundo establece cuales están sujetos a autorización judicial.

i) Actos prohibidos

El art. 28 dispone: *"Los emancipados no pueden ni con autorización judicial: 1°) aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2°) hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; 3°) afianzar obligaciones".*

Conforme lo disponen los arts. 130 y 131 el tutor debe llevar cuentas de su gestión y rendirlas (presentarlas para su aprobación) al finalizar su función. El emancipado no puede aprobar esas cuentas ni darle finiquito, este último es el acto por el que se satisface el saldo de aquélla.

Tampoco el emancipado puede hacer donación de los bienes recibidos a título gratuito, esta prohibición tiene por objeto tutelar el patrimonio recibido a título gratuito y comprende todo tipo de bienes de cualquier especie y valor. Entonces no puede donar lo que ha recibido por herencia de sus padres o le ha sido donado por estos.

Por último, el emancipado no puede afianzar obligaciones; la prohibición se justifica, pues mediante la fianza, el emancipado podría llegar a asumir responsabilidades más extensas que las previsibles al momento de la contratación y, también, a incurrir en liberalidades que no le estén permitidas.

ii) Actos que requieren autorización judicial

El art. 29 dispone: *El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente.*

La autorización judicial prevista en este artículo constituye una aplicación del sistema de asistencia. Es decir que el incapaz no es sustituido para el ejercicio de sus derechos, sino que ha de manifestar su voluntad juntamente con otro (el asistente). De modo que no se prescinde de su voluntad, sino que deben confluir ambas voluntades, la del asistido y la del asistente.

En los todos estos casos, la sanción es la nulidad relativa, pues siempre se persigue proteger el interés del menor.

III. CAPACIDAD LABORAL

10. Introducción

El régimen de la capacidad laboral es un tema abordado por la Parte General del Derecho Civil dedicada al estudio sobre la aptitud para obrar de persona que no ha alcanzado su mayoría de edad, pero también es, por supuesto, materia propia del Derecho Laboral. En realidad, la finalidad de ambas disciplinas es la misma: proteger a quienes, antes de los 18 años de edad, por opción o por necesidad, deben procurar un sustento para sí o para su familia.

11. Prohibición del trabajo infantil, legislación especial

La legislación trata de hacer realidad la supresión del trabajo infantil. Por ello, la ley 26.390 sobre "Prohibición del Trabajo Infantil y de la Protección del Trabajo Adolescente", adecuó las normas internas a los Convenios celebrados por la Argentina en el marco de la Organización Internacional del Trabajo y establece la prohibición de trabajo, en toda actividad, persiga o no fines lucrativos, exista o no contrato de trabajo, de toda persona menor de 16 años.

Los menores de esa edad sólo pueden ser ocupados exclusivamente en empresas familiares. Es decir, ocupados en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas de trabajo reducidas,

siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres y que cumplan con la asistencia escolar. La empresa de la familia del trabajador menor que pretenda acogerse a esta excepción a la edad mínima de admisión al empleo, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción.

El aprovechamiento de trabajo infantil constituye un delito (art. 148 bis del Código Penal).

12. Menor que ha obtenido título habilitante

El CCyC prevé el supuesto del menor que ha obtenido un título habilitante para el ejercicio de una profesión (art. 30) y para ello dispone: *La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.*

Por título habilitante debe entenderse aquel expedido por una institución educativa debidamente autorizada que habilita al ejercicio de una actividad profesional u oficio.

a) Edad mínima

El ejercicio de profesión u oficio en los términos del art. 30, aun cuando no exista una relación de dependencia, requiere que el menor tenga 16 años de edad. Ello porque el mencionado art. 30 debe interpretarse en consonancia con los arts. 681 y 683 que transcribimos a continuación.

Art. 681: *Contratos por servicios del hijo menor de 16* años. El hijo menor de *16* años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales.

Art. 683: *Presunción de autorización para hijo mayor de 16* años. Se presume que el hijo mayor de *16* años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. En todo caso debe cumplirse con las disposiciones de este Código y

con la normativa especial referida al trabajo infantil. Los derechos y obligaciones que nacen de estos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo.

De este modo, el CCyC se adecua a las leyes especiales en el art. 681 y a la normativa laboral en la ley 683. Así, sólo el menor que tenga 16 años podrá trabajar con la autorización expresa de sus padres; o con autorización presumida, en caso que el menor viviera separado de su padres.

IV. CAPACIDAD PROCESAL

Como vimos, la Convención sobre los Derechos del Niño ha reforzado en el mundo una corriente de ideas que propicia una participación activa de los menores en los procesos judiciales. Esta tendencia es generalizada en otros países que comparten nuestra tradición jurídica. El Código Civil Español dispone de manera general que si los hijos tienen suficiente juicio deben ser oídos siempre —por los padres— antes de adoptar decisiones que los afecten y se exceptúa la representación legal de aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo pueda realizar por sí mismo de acuerdo a su madurez. El Código Civil Francés prevé que los padres asocien a los hijos en las decisiones que le conciernen, según su edad y grado de madurez.

Uno de los méritos principales de la ley 26.061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) fue garantizar la participación del menor en determinados actos jurídicos y dentro de los derechos reconocidos, se establece que el niño debe participar "activamente" en el procedimiento judicial en el que se discutan sus derechos, con la garantía de ser asistido con un abogado que lo represente o patrocine, pudiendo recurrir por sí las decisiones que lo afecten.

13. El derecho del menor a ser oído

a) Fuentes normativas

El art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño establece: "*1. Los Estados Parte garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libre-*

mente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. 2. Con tal fin, en particular, se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de modo compatible con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Ello se reproduce en el art. 27 de la ley 26.061 que reconoce a los menores (niños, niñas y adolescentes en la terminología de ese cuerpo normativo) es a "ser oídos" ante la autoridad competente cada vez que lo soliciten.

b) Efectos

Los menores tienen capacidad procesal para ejercer por sí actos procesales, pero tal actuación no supone soslayar la representación legal de los padres, tutores o curadores, ni la que le corresponde al Ministerio Público.

c) A partir de cuándo se pueden ejercer las facultades legalmente conferidas

El cuestionamiento fundamental a esta garantía es determinar a partir de qué edad se otorga al niño esta facultad. La doctrina y la jurisprudencia han sido vacilantes al respecto. Hay quienes propician que sólo se escuchen a los adolescentes pues tienen discernimiento para los actos lícitos como veremos en el siguiente título, pero si partimos del texto de la CDN, el art. 12 dice "desde sean *capaces de formarse un juicio propio*".

En realidad si desde los 10 años el menor tiene aptitud para reconocer la ilicitud de sus actos, deberíamos entender que al menos y como presunción, desde esa edad tiene posibilidad de formarse un juicio propio sobre "lo que está mal" y va de suyo que por lo menos desde tal edad deberían ser escuchados en los procesos que los afecten. Aunque nos parece que no es conveniente establecer un fraccionamiento etario, porque ello estaría justamente en contradicción con la idea de que de lo que se trata es de reconocer la aptitud en la medida que el menor tiene grado de madurez suficiente y juicio propio. De modo que depende de cada caso singular, y el juez, defensor, o funcionario administrativo deberá valerse de su buen juicio

para sopesar si es oportuno escuchar al niño y cuál es el valor que debe asignarle a sus palabras.

d) Ante quién

Otro aspecto a dilucidar es "ante quién" expresa el niño su opinión. Es decir si admitimos que es una declaración que sólo puede ser brindada ante el director del proceso por el mismo niño, o dicha opinión puede ser expresada por el menor ante otra persona quien la expresará en el expediente u oralmente ante el juzgador. La idea es que la intervención del menor no se transforme en un mero trámite burocrático.

La Corte Suprema Nacional, en un famoso caso (Wilner c/ Oswald), interpretó el alcance de la disposición de la CDN y concluyó que el derecho a ser oído no es violentado, cuando el juez recibe al menor o delega esa entrevista en una persona capaz de entrar en contacto con los niños, que puede ser un psicólogo o asistente social auxiliar del Juzgado.

e) El derecho a ser oído en el CCyC

El CCyC sienta este principio, en forma general, en el art. 26: *La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso que le concierne.* Luego, varias disposiciones del Código reiteran este derecho de los menores. A título de ejemplo, citamos las siguientes:

- el art. 113 establece que para discernir la tutela el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente y tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez.
- en materia de adopción, el código prevé el derecho del niño adoptado a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, es obligatorio requerir el consentimiento del menor a partir de los 10 años. Así el pretenso adoptado se convierte en parte del proceso de adopción. A su vez, si el adoptante tiene otra descendencia, esos hijos deben ser oídos por el juez (arts. 595, 608, 617).
- también dentro el proceso previo de la adopción, el niño debe ser citado y su opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. La elección del apellido en la adopción

plena también requiere la opinión del adoptado y el juez "debe valorar especialmente su opinión" (art. 626).

— En materia de responsabilidad parental, el CCyC sienta un principio general en cuanto a la forma de su ejercicio: *el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez* (art. 639).

14. El abogado del niño

a) Regla general

Hoy en día no sólo se asegura al niño la posibilidad de expresarse en el proceso y que sus declaraciones sean tenidas en cuenta, sino también la posibilidad de ser asesorado y patrocinado por un profesional abogado especialista en temas de niñez.

Por ello, el art. 27 de la ley 26.061, bajo la denominación de "garantías mínimas de procedimiento", establece que los niños tienen derecho a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

b) Quien lo designa

No se trata de un abogado *ad-litem* (no es un defensor para el proceso impuesto por el juez) y por ende, no puede recibir directivas del juzgador; el abogado del niño debe interpretar los deseos y aspiraciones del menor y obrar en consecuencia.

En principio lo puede designar el propio menor, pero también puede ser designado por los padres e, incluso, por el propio tribunal.

c) Qué menores pueden actuar con abogado "del niño"

Cabe preguntarse si todo niño, niña o adolescente puede proponer la designación de su propio abogado. El art. 261 establece que sólo los adolescentes tienen discernimiento para los actos lícitos, de modo que la decisión de nombrar un abogado por quien no tiene 13 años podría ser considerada un acto involuntario y sujeto a nulidad.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en este punto ha ido cambiando, en un fallo dictado en octubre de 2010, no hizo distinciones y ordenó se designe abogado a dos niñas, una menor impúber y otra púber.

d) Actuación del abogado del niño

El letrado no obra de conformidad a la voluntad de los representantes legales, sino que representa al niño. Generalmente se recomienda que los tribunales acudan a cuerpos especializados que han ido creando en los Colegios de Abogados. El factor ético y la independencia de todo aquello ajeno a la protección del menor, lleva a proponer la conveniencia que el ejercicio de esta especialización se desarrolle en ámbitos como los colegios de abogados u organismos afines donde pueda existir además un control de los servicios que se presten.

La actuación del abogado del menor no se contrapone y, es más, se debe complementar con la del Ministerio Público Pupilar. El abogado del menor tiene una tarea específica para cada caso y que depende del requerimiento del Juzgador, del interesado o de su familia; función que puede llevarse a cabo dentro de una esfera judicial o bien extrajudicial y cuyo objetivo es compatibilizar lo que él o ella quiere o necesita en consonancia con el interés superior del mismo.

15. Capacidad procesal del menor que trabaja

En la Ley de Contrato de Trabajo, los menores tienen reconocida su capacidad para reclamar en juicio. El art. 33 de la ley 20.744: *Las personas desde los 16* años están facultadas para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento otorgado en la forma que prevén las leyes locales, debiéndose cumplir en cualquier circunstancia las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales y administrativos establecidos por el *art. 27 de la ley 26.061, que crea el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.*

V. IMPUTABILIDAD DE LOS MENORES

Imputar es atribuir las consecuencias de una conducta. Imputabilidad es, entonces, la cualidad de las personas que, basada en la vo-

luntariedad de sus actos, las hace responsables por las consecuencias dañosas basadas en factores subjetivos, el dolo o la culpa (art. 1724) o bien de los involuntarios (art. 1750).

El discernimiento es un elemento del acto voluntario (art. 260) y por ende la base de la imputabilidad. A raíz de ello, el Código considera como acto involuntario el que se obra sin discernimiento (art. 261). En tal virtud, al menor de edad sólo podrán imputársele las consecuencias de los *actos ilícitos* a partir de los 10 años, ya que recién a esa edad la ley le reconoce aquella cualidad. En cuanto se trata de actos lícitos el menor adquiere discernimiento a los 13 años.

Consecuentemente con lo expuesto, el Código Civil en su art. 1750 establece que la responsabilidad por un hecho involuntario sólo puede ocasionar una indemnización por equidad que la fija en juez en función del patrimonio del deudor que ocasiona el daño, la situación personal de quien lo sufrió y las circunstancias del hecho. Los menores de 10 años no serán responsables por un acto ilícito, en razón de no considerarlos producto de la libre determinación del autor.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

BENAVENTE, María Isabel – SOLARI, Néstor Eliseo (dirs.), *Régimen de los Menores de Edad*, La Ley, Buenos Aires, 2012; D´ANTONIO, Daniel Hugo, *La ley 26.579 —Mayoría de Edad— y la capacidad de los menores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010; KEMELMAJER DE CARLUCCI, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en BERGEL, Salvador – MINYERSKY, Nellu (comps.), *Bioética y Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; TOBÍAS, José W., "La persona humana y el proyecto", en RIVERA, Julio C. (dir.) – MEDINA, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa – MIZRAHI, Mauricio Luis, "Interés superior del niño", LL 25/8/2014, 4, cita online AR/DOC/2891/2014; BRANDONE, María Mercedes, "La capacidad de las personas menores de edad ¿Una cuestión menor?", DFyP 2015 (marzo), p. 117; COBAS, Manuel O., "La emancipación en el Proyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio", DFyP 2014 (octubre), p. 31; CROVI, Luis Daniel, "Nuevo régimen de capacidad de los menores", SJA 14/4/2010; HIGHTON, Elena I., "Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial", LL 2015-B-901; ITALIANI, María Inés, "El abogado del niño y el rol del Ministerio Público de la Defensa", RDF 62-157; MIZRAHI, Mauricio Luis, "Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño", LL 2011-E-1194, MORENO, Natalia, "Ejercicio de los derechos de los menores de edad y adolescentes en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP 2013 (abril), p. 35; RIVERA, Julio César, "Las claves del Código Civil y Comercial en materia de personas humanas", RDPyC 2015, Número Extraordinario, p. 195; SOLARI, Néstor, "El abogado del niño en el Proyecto", DFyP 2013 (abril), p. 6; YANKIELEWICZ, Daniela – OLMO, Juan Pablo, "Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño", LL 2014-A-449.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 14/6/1995, "Wilner c/ Oswald", LL 1996-A-260, JA 1995-III-434, cita online: 953147.

TS Ciudad Autónoma Bs. As., 14/10/2003, "Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ Ciudad de Buenos Aires", LL 2004-B-413, cita Online: AR/JUR/3606/2003.

CSN, 16/8/2011, "V., D. L. s/ restitución de menores – ejecución de sentencia extranjera"; "V., D. L. s/ restitución de menores – ejecución de sentencia extranjera", LL 2011-E-35; cita online: AR/JUR/42535/2011.

CSN, 26/6/2012, "M., G. c/ P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.", LL 2012-D-601, cita online: AR/JUR/27892/2012.

STCorrientes, 26/11/2014, "F., L. A. c/ E. A. A. s/ alimentos y litisexpensas"; "F., L. A. c/ E. A. A. s/ alimentos y litisexpensas", DJ 17/6/2015, 46, cita online: AR/JUR/64903/2014.

CAPÍTULO X

PERSONAS INCAPACES Y CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

I. INTRODUCCIÓN

1. La finalidad de la legislación en esta materia

Las funciones y disfunciones del cerebro humano son materia de profundos estudios por parte de especialistas; los operadores jurídicos sólo pueden acercarse a esa compleja realidad y sobre la base de los conocimientos actuales, sugerir las normas adecuadas que cumplan la misión que tiene todo el ordenamiento jurídico: el respeto de la persona y la defensa de sus derechos.

Naturalmente las medidas jurídicas respecto de las personas que sufren alteraciones mentales han ido variando a lo largo del tiempo.

a) En la codificación

A partir de la codificación y casi hasta los primeros años del siglo XXI la preocupación de la legislación se centró en:

— Asistir o sustituir a la persona para prestar su consentimiento en distintos actos de su vida civil (un contrato, un acto jurídico familiar, etc.);

— El cuidado y la defensa de su patrimonio;

— Evitar que provoquen daño a sí mismos o a terceros.

De allí que la legislación organizara la declaración de incapacidad absoluta de las personas "dementes" y su efecto fuera la designación de un representante que sustituía su voluntad.

b) En la actualidad

Lo cierto es que la ciencia médica en sus distintas ramas ha evolucionado notablemente, muchos padecimientos mentales son tratados hoy con fármacos eficaces, las internaciones se reducen a los casos en que es estrictamente indispensable, se recomienda el respeto a la mayor autonomía del paciente, etc. Y ello, naturalmente tiene su reflejo en el ámbito de la legislación, que reconoce nuevos objetivos, tales como:

— El respeto a su libertad y al resto de sus derechos personalísimos, fundamentalmente a su dignidad y autodeterminación;

— Permitir la mayor participación posible del discapacitado, asegurándole el pleno goce de sus derechos y el ejercicio gradual de su capacidad.

Ello ha tenido reflejo en la legislación supranacional y también en la legislación interna; en el primer plano con la Convención sobre Personas con Discapacidad y en el segundo con la denominada Ley de Salud Mental. Finalmente, el CCyC consagra los avances con una renovación completa de nuestro derecho en la materia.

2. Evolución de la legislación

a) Criterios que presiden la evolución

El Código Civil derogado, en su versión original definía a los dementes como "los individuos, de uno y otro sexo, que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos o la manía sea parcial" (art. 141).

Obviamente esta definición del Código era absolutamente insuficiente y pronto fue criticada por la doctrina, la reforma de 1968 impuso el criterio médico-jurídico para la declaración de la demencia: se debía acreditar la enfermedad mental y que esa enfermedad impedía al insano dirigir su persona o administrar sus bienes. Ese criterio resultó insuficiente para atender la realidad actual como veremos seguidamente.

La evolución en esta materia ha operado en un triple sentido.

(i) Personas con discapacidad

Por un lado, se advierte que las personas que tienen derecho a una protección especial del ordenamiento no son sólo los enfermos mentales; hay otras personas que sin padecer una enfermedad mental, presentan ciertas "discapacidades" que las hacen merecedoras de una mirada particular de la ley; así los ancianos, los disminuidos motrices, los débiles mentales, ciegos, sordos, los que padecen adicciones, etc., padecen limitaciones que exigen del sistema jurídico una respuesta adecuada para el reconocimiento y ejercicio de su dignidad personal.

(ii) Reconocimiento de su dignidad

En un segundo plano, se advierte que el derecho reacciona ahora tratando de atender a estas personas no sólo como propietarios o como titulares de relaciones jurídicas patrimoniales sino que se persigue el reconocimiento a la dignidad personal que tienen, lo que requiere la puesta en acción de medidas concretas que van mucho más allá de los sistemas de representación y asistencia que se organizaban para que estos sujetos pudieran actuar en el mundo jurídico.

(iii) Preservación de la autonomía personal

Finalmente, la tendencia de la legislación contemporánea en materia de personas con discapacidades es la de preservar en lo posible la autodeterminación de estas personas, lo que lleva a sustituir el régimen de compartimientos estancos —capaces/incapaces— por regímenes que admiten graduaciones de la incapacidad, de modo que la persona con discapacidades pueda mantener el mayor grado de autodeterminación de acuerdo con su estado de salud y su grado de discernimiento.

b) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Estos criterios a que venimos aludiendo —como anticipamos— tienen repercusión en la legislación tanto supranacional como interna.

Como hemos ya destacado, las Naciones Unidas aprobaron en el año 2007 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ella fue ratificada por la Argentina por la ley 26.378.

La Convención reconoce la diversidad de las personas con discapacidad, así como la importancia que para ellas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Por ello, su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

El texto del tratado define como personas con discapacidad a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

En cuanto a la capacidad, la Convención en su art. 12, bajo el acápite "Igual reconocimiento como persona ante la ley" establece en su inc. 2: "Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida". Esta disposición, como veremos, genera algunas discusiones sobre su presunta inobservancia por parte de la Argentina al sancionar el Código Civil y Comercial.

c) Ley de Salud Mental

La ratificación de la Convención impuso a la Argentina la reforma de su régimen legal. El primer paso en esa materia fue dado por la Ley de Salud Mental (26.657) sancionada el 25 de noviembre de 2010 y publicada el 3 de diciembre de 2010. Esta ley y su decreto reglamentario (603/2013), son derecho vigente y no fueron derogados por la ley 26.994 que sancionó el CCyC.

En su art. 2, la ley reputa como parte integrante de su normativa a una serie de principios que no son técnicamente tratados internacionales y forman parte de lo que se denomina *soft law:* Los principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119 de 17/12/1991; la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, de 14/11/1990, y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, de 9/11/1990", los

que la ley considera "instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas".

La metodología de la ley es muy peculiar, pues tales declaraciones o principios no son más que eso, carecen por regla general de contenido preceptivo, sin perjuicio de señalar que al no estar publicados son de dudosa eficacia.

(i) Principios fundamentales de la ley 26.657

Interesa señalar cuáles son los aspectos relevantes de la normativa pues, como destacamos, esta ley especial sigue vigente y complementa las disposiciones del CCyC. Los principales fines perseguidos por la Ley de Salud Mental son:

— Limitar la actividad del juez en los procesos de interdicción y de internación, dando a la par un mayor protagonismo al equipo interdisciplinario, conformado por profesionales de distintas disciplinas: "psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes";

— Establecer que la internación es el último recurso y debe ser hecha en hospitales comunes, la idea es ir hacia una política de *desmanicomialización* que propone el cierre definitivo de la institución "manicomio" y la construcción de modelos alternativos extramuros;

— Imponer la revisión, por parte del juez, de las sentencias que limiten la capacidad cada tres años.

d) El principio general de capacidad

La modificación más importante que introdujo la ley que venimos comentando, fue la incorporación del art. 152 ter al Código Civil derogado. A partir esa reforma legislativa, los jueces tuvieron que, al dictar sentencias sobre incapacidad o inhabilitación, *especificar las funciones y actos que se limitaban, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible*. Con ello, se consagró este principio: las personas declaradas dementes o inhabilitadas eran "capaces" para todos los actos que "el juez no limitara en su sentencia".

Esa modificación legislativa resultó fundamental pues cambió el sistema en materia de capacidad del código derogado. Empero, la fórmula legal empleada generaba dificultades interpretativas al momento de determinar su alcance y, en especial, la compatibilidad y la coherencia de ese texto legal con las restantes normas del ordenamiento civil que no habían sido derogadas ni adecuadas al nuevo principio general de capacidad.

Efectuada esta breve reseña, veremos la regulación del nuevo Código en esta materia.

II. LAS RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD EN EL CCYC

3. Personas con capacidad restringida e incapaces

El CCyC distingue entre personas con capacidad restringida y personas incapaces. El art. 32 establece: *El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.*

Luego, el último párrafo del mismo artículo prescribe: *Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.*

Veremos primero los principios básicos y los presupuestos para la restricción de la capacidad, para luego explicar la declaración de incapacidad que constituye la excepción en el nuevo régimen legal.

4. Principios básicos para la restricción de la capacidad

El art. 31 sienta los principios básicos para la restricción de la incapacidad, estos constituyen las pautas rectoras del proceso judicial que deberán ser observadas por el juez:

a) La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial.

Este principio, como vimos, tiene su antecedente legislativo interno en el derogado art. 152 ter del Código Civil y en el ámbito internacional trata de cumplir con las disposiciones de la Convención que destacamos.

El principio rige incluso cuando la persona se encuentra internada en un establecimiento asistencial, puesto que no debe olvidarse que los presupuestos fácticos que habilitan por un lado, la internación de una persona, y por el otro, las restricciones de la capacidad jurídica, son diferentes y no debería uno ser consecuencia del otro (Olmo).

b) Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona.

Como derivación del principio anterior, las limitaciones a la capacidad son siempre la excepción y son impuestas para beneficiar a la persona no para castigarla; la idea es cuidar no sólo del patrimonio sino de la persona que sufre una disminución en sus facultades mentales u otra discapacidad que requiera protección.

c) La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial.

Las declaraciones de incapacidad en el código derogado quedaban en manos del juez quien se basada en informes de médicos psiquiatras. La normativa actual refuerza el rol de los equipos interdisciplinarios no sólo en lo relativo al diagnóstico y el tratamiento de la persona, sino fundamentalmente en lo relativo a la internación.

Hay detrás de la nueva normativa, una tendencia a la que se ha sido denominado "antipsiquiatría" y sostiene el "modelo social" en el tratamiento de la enfermedad mental. Esta posición predica un nuevo concepto de los padecimientos mentales, como así también el rol no excluyente de los médicos en su determinación.

Dentro de esa concepción, la enfermedad mental no es un fenómeno individual sino social y por ello compromete a toda la sociedad a tener una mirada distinta hacia quien es diferente. Esa visión lleva a la intervención de otros profesionales para que opinen ya no sólo sobre el padecimiento mental sino sobre sus consecuencias en la vida en relación de quien lo sufre, su posibilidad de recuperación, su inserción social, etc. No nos incumbe dar una opinión sobre este enfoque, pero lo cierto es que tiene reflejo en la ley en la medida que —sin prescindir de los médicos— se recurre también a la opinión de otros profesionales.

d) La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.

Esta disposición es congruente con la Convención de las Personas con Discapacidad que en su art. 2 dispone que la "comunicación" a los fines de la satisfacción de los derechos reconocidos en el tratado incluye: *los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso*. Por "lenguaje" se entiende tanto el *lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal.*

El Código ha querido cumplir con lo prescripto por la Convención que también obliga a *promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información* (art. 9 inc. f CDPD). La idea es que las dificultades en la comunicación que pueda tener una persona no signifiquen ignorarla o no tener en cuenta sus opiniones.

e) La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado, si carece de medios.

Al igual que para el caso de los menores edad, el Código trata de favorecer la autonomía personal de las personas con discapacidad para que puedan expresarse con la asistencia de un abogado, el principio se repite en el segundo párrafo del art. 36.

Cuando la persona carece de recursos, el abogado debe ser proporcionado por el Estado. En este punto hay que recordar que la carencia de recursos por parte del Poder Judicial o Ejecutivo, muchas veces hacen caer en letra muerta las buenas intenciones de la ley.

Una buena política en este tema sería implementar la formación de cuerpos de profesionales especializados y en realidad, ése es el compromiso asumido por la Argentina al firmar la Convención: los Estados deben *promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos* (art. 4 inc. 1, ap. I CDPD).

f) Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

La Ley de Salud Mental establece el derecho de toda persona con padecimientos mentales a ser tratado con la alternativa terapéutica que *menos restrinja sus derechos y libertades*, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria (art. 7 inc. d). El CCyC reafirma ese mismo principio.

5. Personas a las que se les puede restringir la capacidad

Los requisitos para que proceda la restricción de la capacidad están establecidos en el primer párrafo del art. 32 y son los siguientes:

a) Que la persona sea mayor de 13 años.

El CCyC establece que las restricciones a la capacidad sólo proceden desde que la persona es adolescente, los menores de edad que no han alcanzado la edad de 13 años no pueden ver restringida su capacidad pues son incapaces y por regla general ejercen sus derechos a través de sus representantes (art. 26, primer párrafo).

Además, un prematuro proceso de restricción de capacidad podría resultar inconveniente para quien, precisamente por su corta edad, puede recuperar sus funciones cognitivas, sin contar con lo traumático que sería para un menor no adolescente verse expuesto a un juicio de este tipo.

b) Padecer una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad.

El Código, con sano criterio, establece que lo primero que hay que acreditar para restringir la capacidad es que la persona sufre una adicción (por ej., a las drogas) o padece una enfermedad mental de suficiente gravedad. Acreditado ese extremo, el juez debe proponer los apoyos y medidas de protección necesarias, pero sin ese presupuesto no puede existir restricción alguna.

Algunos autores sostienen que los diagnósticos psiquiátricos son estigmatizantes y contrarios al *modelo social de la discapacidad* (aquel que considera que las causas de los padecimientos mentales son preponderantemente sociales y no individuales), pero al margen de estas posiciones doctrinarias, hay un dato ineludible: en nuestro

derecho sin enfermedad mental o patología de adicción no hay restricción posible a la capacidad.

Esa adicción o alteración mental debe no debe ser pasajera o transitoria, una afección aislada o transitoria nunca podrá dar lugar aun cuando esa circunstancia ocasione una internación.

c) Que del ejercicio de la plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes.

Como ya lo requería el Código derogado, al margen de la existencia de la adicción o alteración mental, ese padecimiento debe incidir en la persona o en la administración de sus bienes.

El juez deberá evaluar no sólo la incidencia del padecimiento mental en el manejo del patrimonio del implicado sino también cuales son los aspectos de su vida personal que se encuentran afectados. Ello implicará entrevistar a la persona y a su entorno familiar, requerir opinión del equipo interdisciplinario sobre la mejor forma de protección y cualquier otra medida que sirva para designar los apoyos que requiera el interesado.

6. El sistema de apoyos

El art. 32 sigue diciendo: *En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida....*

La restricción de la capacidad implica un sistema de asistencia a la persona afectada que tiende siempre a preservar, en la medida de sus posibilidades concretas, la mayor autonomía en la toma de decisiones. Por ello, se crea un sistema de "apoyos" que el juez puede diseñar "a medida" del caso que le toca juzgar.

Veremos las características de este sistema al momento de comentar los alcances de la sentencia de restricción a la capacidad.

7. Las personas incapaces

a) Presupuesto para ser declarado incapaz

Como vimos, el art. 32 en su último párrafo establece, como excepción, la posibilidad de declarar la incapacidad cuando la persona se *encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado.*

Para que sea viable esta declaración, la persona no debe mostrar ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente y estar imposibilitada de interaccionar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados. A este criterio debe sumársele otro requisito exigido por el Código: la insuficiencia o ineficacia del sistema de apoyos (Kraut, Palacios).

b) Crítica a la incorporación de esta categoría

Esta solución del Código ha sido criticada por un sector de la doctrina, que considera que la declaración de incapacidad violaría lo dispuesto en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se ha sostenido también que la Argentina podría incurrir en responsabilidad internacional por la violación de un tratado (Olmo).

Lo cierto es que, al margen del reconocer la igualdad en el ejercicio de los derechos humanos para las personas con cualquier tipo de discapacidad y fundamentalmente, la necesidad de respetar su autodeterminación, hay supuestos en donde resulta totalmente imposible y hasta inadecuado pensar en cualquier sistema de apoyo o asistencia pues el discapacitado está totalmente aislado del mundo por su propia afección.

Pensemos en una persona absolutamente inconsciente por haber sufrido un accidente cerebrovascular que lo tiene postrado en una cama sin poder expresarse y sin reacción frente a cualquier estímulo. El sistema jurídico debe intervenir allí declarando la incapacidad; no se trata de discriminarlo o desconocerle sus derechos humanos, sino de protegerlo en su vida civil, pues es evidente que dicha persona no puede celebrar ningún negocio jurídico por sí misma y el ordenamiento no puede desentenderse de esa realidad.

La declaración de incapacidad, en el supuesto que estamos analizando, no es un castigo sino la mejor tutela que el Derecho puede otorgarle a una persona, a quien además se le brinda la posibilidad de dejar directivas médicas anticipadas en previsión de su propia incapacidad (art. 60), tal como lo explicaremos en el capítulo dedicado a los derechos personalísimos.

c) Personas alcanzadas

Aunque el CCyC no lo diga en forma expresa, entendemos que la declaración de incapacidad también está prevista para los mayores de 13 años por las mismas razones que explicamos en relación a las personas con capacidad restringida.

III. EL JUICIO DE RESTRICCIÓN DE LA CAPACIDAD O DE DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD

8. Personas legitimadas

El art. 33 establece: *Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:*

a. el propio interesado;

b. el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;

c. los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado;

d. el Ministerio Público.

La declaración incapacidad o de capacidad restringida no puede ser hecha de oficio por el juez; el Código se encarga de determinar quienes están legitimados:

a) El propio interesado.

Ésta es una novedad introducida por el CCyC; en el régimen anterior esta posibilidad no estaba incluida, pero la doctrina mayoritaria entendía que el insano tenía una legitimación implícita. El interesado puede presentarse ante el juez sin abogado, luego el juez debe indicarle que tiene derecho a nombrar uno (art. 36).

b) El cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado.

No sólo se incluye al cónyuge mientras conviva con quien padece la adicción o alteración mental sino también al conviviente. Esta última referencia hace alusión a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o diferente sexo (art. 509).

c) Los parientes.

Se incluyen aquellos que se encuentran dentro del cuarto grado, sea que se trate de parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida o por adopción (por ej., padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos); si fueran por afinidad, sólo quedan incluidos quienes se encuentran en el segundo grado (por ej., suegro-suegra, yerno, nuera, cuñado, cuñada).

d) El Ministerio Público.

Los funcionarios que actúan en la órbita del Ministerio Público, en la forma que se encuentre organizado en cada provincia (curadores oficiales, asesores de incapaces, etc.), puedan efectuar la denuncia cuando el propio interesado no puede hacerlo, cuando no existen parientes para iniciarla o cuando es un amigo u otra persona no legitimada quien le acerca la inquietud.

9. Juez competente

El art. 36 establece que la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad se debe interponer *"ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación"*.

La regla apunta a asegurar la inmediatez del juez y que sea el más cercano al lugar donde se encuentre la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso, quien tome rápida intervención en el juicio.

Éste ha sido el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia en dos famosos fallos (Duarte y Tufano). La idea es evitar que una contienda de competencia (en cual dos jueces discuten entre sí a quien le corresponde el expediente), ponga en situación de desamparo a la persona cuya realidad hay que atender de forma rápida y eficaz.

10. Intervención del interesado en el proceso

A diferencia de lo que sucedía en el Código derogado donde al presunto demente se le nombraba un curador *"ad litem"* (para el proceso) que lo representaba en el juicio, el CCyC establece en el art. 36: *La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa....*

Así, el interesado es parte del proceso y puede aportar las pruebas para defenderse de la petición iniciada por otro. También la persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.

Si quien asume el carácter de parte en el juicio se ha presentado sin abogado, el artículo establece que se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada. Conforme los principios que establece el art. 31, si carece de recursos económico, es el Estado quien debe proporcionar la representación letrada.

11. Medidas cautelares

El art. 34 establece: *Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo personas que actúen con funciones específicas según el caso.*

El régimen derogado sólo preveía una norma tendiente a resguardar los bienes del presunto insano. Era la designación de un curador de los bienes (*ad bona*). Ahora, el CCyC establece que el juez puede tomar todas las medidas cautelares que tiendan a proteger a la persona en cuyo beneficio se inició el proceso de restricción de la capacidad y esas medidas pueden estar dirigidas a preservar su patrimonio como también el cuidado de su persona.

Estas medidas se dictan provisoriamente, hasta que se produzca el dictado de la sentencia y allí el juez decida el régimen de protección definitivo. La norma permite al juzgador designar apoyos para la realización de determinados actos y de acuerdo a las necesidades propias del interesado.

12. La entrevista personal con el juez

El Código establece una exigencia que, al margen que se encuentre prevista en los códigos procesales, pasa a convertirse en una obligación establecida por la legislación de fondo: *El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias* (art. 35).

Así, la entrevista con el interesado no resulta facultativa sino una obligación del juez; el magistrado debe conocer a quien está tratando de proteger antes de dictar la resolución que disponga el sistema de asistencia. Ese contacto directo debe servir al juzgador para ver las preferencias del sujeto que motiva al proceso, indagar sobre su entorno familiar y sus necesidades concretas.

La inmediatez del juez es una obligación que debe respetarse durante todo el proceso; él deberá revisar la prueba y tomar contacto con el equipo interdisciplinario y con el Ministerio Público. La idea del legislador es que el magistrado tenga un rol activo en este tipo de juicios y que ese protagonismo no se reduzca a una entrevista formal con el interesado antes de dictar la sentencia.

13. Contenido de la sentencia

El art. 37 prescribe cuál debe ser el contenido de la sentencia: *La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:*

a. diagnóstico y pronóstico;

b. época en que la situación se manifestó; recursos personales, familiares y sociales existentes;

c. régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

Analicemos los puntos sobre los cuales el juez debe expedirse.

a) Diagnóstico y pronóstico.

La sentencia, guiada por el dictamen del el equipo interdisciplinario, debe describir la patología que justifica la restricción de la capacidad. El pronóstico (la posible evolución de esa patología) y como impactará ella en la vida en relación del implicado, adquiere mucha importancia para que el juez pueda decidir los apoyos concretos que necesita la persona restringida en su capacidad.

b) Época en que la situación se manifestó.

Resulta sumamente importante establecer cuál es la época en que alteración mental se manifestó pues, como veremos, ello influirá sobre validez o nulidad de los actos jurídicos celebrados por la persona con anterioridad a la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, en función de lo normado por el art. 45.

c) Recursos personales, familiares y sociales.

La inmediatez que impone el Código, obliga al magistrado a determinar los recursos económicos y el patrimonio que la persona cuya capacidad se restringe para preservarlos de una administración incorrecta por parte del afectado.

El juez debe también evaluar los recursos personales del afectado (su grado concreto de discernimiento, su educación o formación intelectual, etc.), y los recursos familiares y sociales que posee (contención familiar, sus amigos, las instituciones a las que concurre o pueden asistirlo, etc.) para establecer los apoyos y salvaguardas necesarios.

d) Régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Como veremos al tratar los sistemas de apoyo, el CCyC establece un amplio margen de elección del sistema de asistencia que sea aconsejable para cada sujeto en concreto, siempre tratando de ocasionar la menor restricción a la autonomía personal del afectado. En el supuesto excepcional de declarar la incapacidad, deberá designar el sistema de curatela adecuado para el caso.

14. Alcances de la sentencia

En cuanto a los alcances de la sentencia, *el juez debe pronunciarse sobre: La extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el art. 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación* (art. 38).

a) Extensión de la restricción a la capacidad

Uno de los principios caracterizantes del régimen vigente es el respetar la mayor autonomía posible del sujeto. De allí que partiendo de la presunción de su capacidad, el juez tiene que establecer claramente cuáles son los actos que no podrá realizar por sí solo quien se encuentra restringido en su capacidad; cualquier otro acto jurídico no mencionado en la sentencia es ejercido válidamente por el implicado.

Estas limitaciones pueden versar sobre actos patrimoniales (por ej., normalmente celebrar todos o algún tipo de contratos, etc.), derechos personalísimos (por ej., disponer de su imagen o de su propio cuerpo). De acuerdo al art. 702, inc. c), queda suspendido el ejercicio de la responsabilidad parental por existir sentencia firme de limitación de capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio. No resulta claro si ese efecto se produce también cuando la sentencia se funda en la existencia de una adicción, que obviamente es un supuesto distinto de "razones graves de salud mental".

b) Las funciones de los apoyos o designar curadores

El juez decide no sólo el sistema de protección (asistencia a través de apoyos o representación a través de la curatela) sino que además detalla las funciones específicas que deberán cumplir quienes brindan el apoyo o designa uno o más curadores si se trata de personas incapaces.

c) Condiciones de validez de los actos

Aparte de establecer las funciones de los apoyos o curadores, el juez establece las consecuencias legales de no proceder conforme lo indicado en la sentencia. Es decir, la sentencia debe establecer el grado de inefidacia del acto que no cumple la condición impuesta en la resolución.

La amplitud de la norma permite al juez determinar otras sanciones distintas de la nulidad, por ej., la infracción a determinadas modalidades del apoyo podría generar (en los términos de la sentencia) una multa a favor de la persona protegida.

15. Inscripción de la sentencia

El art. 39 dispone que una vez dictada la sentencia, *debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.*

Sin perjuicio de lo que dispongan los códigos procesales de cada provincia, el CCyC se ha preocupado por resolver la cuestión de la publicidad de la sentencia. Es necesario que quienes contraten o se relacionen extrapatrimonialmente con las personas restringidas en su capacidad o incapaces puedan tener cómo conocer los actos que le fueron restringidos o prohibidos.

La finalidad del CCyC resulta loable pero los registros de la capacidad de las personas son provinciales y es posible que una persona que contrate con un sujeto restringido en su capacidad no pueda enterarse que el acto que fue objeto de ese contrato le estaba vedado pues la sentencia fue dictada e inscripta en el registro perteneciente a otra provincia. Es de esperar que se implemente un registro de anotaciones personales a nivel nacional donde todos quienes necesiten verificar la capacidad de una persona (p. ej., los escribanos cuando hacen una escritura o un abogado cuando asesora en la firma de un contrato) puedan consultarlo.

16. Revisión periódica de la sentencia

a) La obligación de revisión de la Ley de Salud Mental

El Código Civil derogado, luego de la modificación efectuada por la Ley de Salud Mental, establecía la obligación de revisar las sentencias de incapacidad e inhabilitación cada tres años. Ello provocó un debate doctrinario sobre si ése era un plazo de caducidad y por ende, de no cumplirse con la revisión la persona recuperaba su total capacidad de manera automática por el transcurso del tiempo, o si era un plazo que imponía la revisión para ver si se mantenía, agravaba o morigeraba el régimen de capacidad pero su no cumplimiento no ocasionaba la pérdida de efectos de la sentencia dictada con anterioridad. La posición mayoritaria se enroló en esta última tesis.

b) La revisión en Código Civil y Comercial

El CCyC aclara que *la revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el art. 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido* (art. 40).

En el nuevo régimen la revisión la puede pedir el interesado en cualquier momento pero al mismo tiempo se establece que, de no suceder eso, el juez debe revisar la sentencia en un plazo máximo de tres años. Esa revisión requiere nuevos dictámenes interdisciplinarios y una audiencia personal con el interesado. En caso de inacción por parte del interesado o del juez, es obligación del Ministerio Público verificar el incumplimiento e instar la revisión.

La omisión de la revisión no causa la vuelta de la persona al ejercicio de su plena capacidad.

17. Cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad

Así como la restricción a la capacidad o la incapacidad necesita de una sentencia judicial, el Código ordena un procedimiento judi-

cial para el cese, estableciendo que *debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del art. 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo* (art. 47).

El juez que declaró la incapacidad o la restricción de la capacidad es el encargado de disponer su cese cuando ya no resulta necesario mantener esta restricción o esa incapacidad.

Se encuentran legitimadas para promover el proceso de cese de las restricciones las personas enumeradas en el art. 33 del Código, debiéndose también incluir a los curadores designados o demás personas que tienen asignadas funciones, en términos de apoyo, para asistir a la persona (Olmo).

El proceso para el cese se rige por las mismas normas que el proceso para la declaración de la incapacidad o capacidad restringida; por ello son aplicables las disposiciones que hemos comentado en este título.

Puede suceder que la nueva evaluación determine no es posible el cese de las restricciones pero disponga liberar alguna de ellas. También es posible que una sentencia de incapacidad se convierta en un nuevo régimen de restricción a la capacidad, modificando la situación de incapacidad existente.

IV. LOS SISTEMAS DE APOYO

18. El origen del término

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que a fin de garantizar el pleno ejercicio la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad, *los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica* (art. 12.3).

19. El concepto de apoyo

El art. 43 aclara que se debe entender por apoyo, *cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.*

El apoyo es cualquier medida dispuesta de manera judicial o extrajudicialmente que sirva para fomentar la autodeterminación de las personas; la idea es ayudar al interesado para desarrollarse como persona, permitiéndole tomar sus propias decisiones. El objetivo principal del apoyo es "facilitar" a la persona la "toma de decisiones". Con lo cual resulta evidente que el objetivo del apoyo no es decidir "por" la persona, el apoyo no desplaza o sustituye a la persona, sino que se sitúa a lado, procurando que sea ésta quien en última instancia decida (Kraut-Palacios).

20. Funciones

En cuanto a las funciones, el segundo párrafo del art. 43 establece que será la de *promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus efectos.*

21. Propuesta por el mismo interesado

El Código otorga la posibilidad que sea el interesado quien *proponga al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas* (art. 43, párrafo tercero).

22. Apoyos extrajudiciales

El juez puede nombrar a una persona que asista a quien padece una enfermedad mental en el ejercicio de tareas cotidianas al frente de un negocio sin desplazarlo de la administración, como así también

una asociación civil puede actuar extrajudicialmente formando parte de una "red de apoyo" para promover la formación o la capacitación de la personas y logrando su integración en la sociedad.

23. Conflictos de intereses

El Código establece además que el juez debe tomar medidas tendientes a procurar la protección de la persona frente a eventuales conflictos de intereses o influencia indebida por parte de quienes ejerzan los apoyos.

Estas medidas constituyen, en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las llamadas *salvaguardias judiciales*, es decir resoluciones judiciales que tienden a respetar la voluntad y los deseos de las personas con padecimientos mentales evitando abusos, la captación de la voluntad de su protegido por parte del apoyo o cualquier otro accionar indebido por parte de quien asiste al discapacitado.

V. LA INTERNACIÓN

24. Principio general

Como vimos, al tratar las reglas generales en materia de restricción de la capacidad, el Código dispone que deben siempre priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades (art. 31 inc. f).

La internación es un recurso al que se acude en situaciones de extrema vulnerabilidad, que requiere una especial atención y que sólo es procedente cuando otro recurso terapéutico resulta ineficaz. Por ello, el CCyC establece un piso mínimo de garantías que se complementa con la legislación especial sobre la materia.

25. Requisitos

El art. 41 dispone: *La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección.*

En particular:

a. debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el art. 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;

b. sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;

c. es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;

d. debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión. Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.

Se reivindica la facultad del equipo interdisciplinario para disponer la internación; el juez será el garante de que esa internación no se prolongue más allá de lo necesario y se respete el debido proceso. Así, siguiendo el sistema de la Ley de Salud Mental, el juez aprueba la internación pero la decisión es del equipo interdisciplinario.

Es necesario que exista el riesgo que se ocasione un daño al interesado o a un tercero, ese riesgo no deber ser hipotético sino inminente. Lo inminente alude a la imposibilidad de frenar ese resultado por otro medio sustitutivo al encierro (Kraut). La internación debe ser dispuesta por el menor tiempo posible, es decir aquel que requiera el tratamiento terapéutico.

En la internación involuntaria se deben respetar las garantías procesales que aseguren el derecho de defensa al internado, quien puede oponerse a esa situación.

La internación no presume la incapacidad de la persona, tal como lo prescribe el art. 31. Además, la persona internada sigue gozando de todos sus derechos fundamentales, entre ellos el de la dignidad en el trato que le deben dispensar.

26. El traslado a un establecimiento asistencial

El art. 42 dispone: *La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato.*

El CCyC permite que cualquier autoridad pública (fuerzas policiales o de seguridad, funcionarios públicos de la salud, jueces, etc.) disponga el traslado de una persona a un centro de salud mental cuando la situación de peligro para ella o para terceros sea inminente, pudiendo contar con el auxilio de la fuerza pública para lograrlo.

El traslado es para su evaluación; si de esta última no surge la necesidad de la internación, el individuo recupera su libertad ambulatoria. La actuación del juez es posterior a la internación.

El CCyC sienta así los requisitos que debe cumplirse para internar a una persona que sufre un padecimiento mental o para trasladarla a un establecimiento, sin su consentimiento. Estas disposiciones deben ser complementadas con la ley nacional 26.657 de Salud Mental y su decreto reglamentario 603/2013, sin perjuicio que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrán aplicar controles por medio de leyes locales.

27. La Ley de Salud Mental

La Ley de Salud Mental prevé dos tipos de internaciones: voluntarias e involuntarias.

Las voluntarias en principio no son controladas judicialmente; pero si se prolongan por más de sesenta días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión creado por la ley y al juez, y este último debe requerir el consentimiento informado del interesado para renovarla por otros sesenta días y así sucesivamente; en caso contrario pasa a considerarse involuntaria y se le da el trámite judicial correspondiente.

La internación involuntaria sólo puede ser dispuesta si a criterio de un equipo interdisciplinario de salud, existe un riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona o para terceros. La situación de riesgo cierto e inminente se acredita previamente con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra.

La internación involuntaria debe notificarse al juez competente y al órgano de revisión en un plazo de 10 horas y el juez tiene tres días para denegar o autorizar que la persona siga internada. La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación.

VI. ACTOS REALIZADOS POR LA PERSONA INCAPAZ O CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

Los arts. 44 a 46 del CCyC regulan lo referido a la validez de los actos realizados por la persona incapaz o con capacidad restringida.

28. Actos posteriores a la inscripción de la sentencia

El art. 44 establece el principio general en esta materia: *Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.*

Una vez dictada la sentencia de restricción de la capacidad o de incapacidad, ella debe inscribirse para darle publicidad frente a terceros. Los actos que contradigan la sentencia, realizados luego de la inscripción, son de nulidad relativa, es decir impuesta en beneficio de la persona que realizó el acto (art. 386) y como veremos en el capítulo respectivo, pueden ser confirmados. Es el incapaz o persona de capacidad restringida quien puede proponer la acción de declaración de nulidad, pero esa legitimación la pierde el incapaz o persona de capacidad restringida que obró con dolo, esto es, que ocultó su incapacidad. Téngase en cuenta que esto puede suceder justamente por lo que decíamos antes, esto es, que la sentencia se inscribe en el Registro Civil (art. 39) pero no adquiere emplazamiento en los registros de bienes (inmuebles o del automotor, por ejemplo), con lo cual puede

pasar desconocida para la contraparte de aquél que contrata con el sujeto cuya capacidad está limitada.

Aquí no tiene relevancia si el padecimiento mental era ostensible (podía ser advertido) o no, ni tampoco la buena o mala fe del contratante, ni si el acto era oneroso o gratuito. En todos los casos, la sanción es la nulidad.

29. Actos anteriores a la inscripción

El art. 45 se ocupa del supuesto de celebración de actos con anterioridad a la registración de la sentencia. La norma prescribe que dichos actos pueden ser declarados nulos *si perjudican a la persona declarada incapaz o con capacidad restringida y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito.*

Como puede observarse, la norma se refiere a los actos anteriores a la registración de la sentencia. Esos actos sólo pueden ser atacados, cuando perjudiquen a la persona incapaz o con capacidad restringida, si se cumple cualquiera de estos requisitos.

a) La enfermedad era ostensible en la época de la celebración del acto.

No es necesario en este caso probar que en el mismo momento de la celebración del acto la persona se encontraba sin uso de razón, en ese caso el acto sería involuntario (art. 261 inc. a) y no produciría efecto. Aquí basta con acreditar que un tiempo antes o un tiempo después del acto (en la época) la enfermedad era notoria, que cualquiera podía advertirla.

Probado esto, no es necesario justificar la buena o mala fe de quien contrató con el restringido en su capacidad o incapaz y tampoco tiene trascendencia que el acto sea oneroso o gratuito; en todos los casos se puede demandar la nulidad del negocio celebrado.

b) Quien contrató era de mala fe.

La mala fe consiste en que el tercero que contrató con la persona sabía al tiempo de contratar que este padecía una adicción o alteración mental que le impedía advertir, conocer, apreciar, todas las consecuencias del acto.

c) La gratuidad del acto.

Cuando el acto anterior a la declaración de incapacidad o de restricción de capacidad es a título gratuito, se presume de alguna manera que la persona no ha comprendido su alcance y por ello puede ser anulado aun cuando la alteración mental no fuese notoria a la época de celebración del acto y el beneficiario de la liberalidad fuese de buena fe.

30. Personas fallecidas

El art. 46 prevé el supuesto de impugnación de actos entre vivos después del fallecimiento de la persona: *Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.*

La redacción del artículo resulta confusa. Lo que normalmente prevén las legislaciones son los actos de las personas que fallecen sin haber sido declaradas incapaces. Éste parecería ser también el objeto del precepto, pero se alude a los actos anteriores "*a la inscripción de la sentencia*". Con lo cual se supone que hay sentencia de declaración de incapacidad, hipótesis comprendida en el art. 45.

Parecería que la única forma de entender este galimatías es prescindiendo de esa frase, y entendiendo que el CCyC quiere referirse a los actos otorgados por quien fallece sin estar declarado incapaz o de capacidad restringida.

Esos actos sólo podrán ser anulados en los supuestos que la ley enumera de manera taxativa y que pasamos a analizar.

a) Que la enfermedad mental resulte del acto mismo.

En primer lugar cabe puntualizar la falta de coordinación entre este precepto y el art. 32; el art. 32 alude a alteración mental, mientras que éste habla de de enfermedad mental.

Yendo al tema de fondo, la razón de ser de la habilitación de la acción de nulidad reposa en el hecho de constituir el mismo acto la prueba de la irrazonabilidad invocada, la que resulta del carácter

absurdo de sus disposiciones, la incoherencia de estas u otros índices similares, todo lo cual viene a salvar la imposibilidad probatoria que representa la muerte del insano.

Además, es fácil presumir la mala fe de quien contrata con una persona y por el mismo acto de su contratante, se advierte que éste último no se encuentra en su sano juicio. Es lógico, en esas circunstancias que aun cuando la sentencia de incapacidad no se encuentre inscripta, los herederos del fallecido puedan impugnar el acto.

b) Que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida.

La iniciación de la demanda crea una presunción que justifica la revisión de los actos celebrados con posterioridad a dicha denuncia, tanto más cuando el requisito de la seriedad que debe satisfacer la formulación de ésta, afirma dicha presunción.

c) Que el acto sea a título gratuito.

Cuando el acto realizado por el difunto fue a título gratuito y lo hizo luego de interpuesta la demanda, el legislador permite la nulidad pues, en principio, al margen de la buena o mala fe de su contratante, no existiría perjuicio al anular el acto.

No es muy razonable la presunción; quien regala no necesariamente está sufriendo una alteración mental, puede simplemente ser generoso.

d) Que se pruebe que quien contrató con la persona actuó de mala fe.

En este caso habrá que probar la mala fe de quien contrató con la persona conociendo su padecimiento mental.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

KRAUT, Alfredo J., "Salud Mental", 83, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006; KRAUT, Alfredo J. – PALACIOS, Agustina, en LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. I, ps. 125 a 269; OLMO, Juan P., *Salud mental y discapacidad*, Duken, Buenos Aires, 2014; ROSALES, Pablo O. (comp.) *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), Comentada*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, íd. en RIVERA, Julio – MEDINA, Graciela (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. 149 a 190; TOBÍAS, José W., *Derecho de las Personas*, La Ley, Buenos Aires, 2009; ZITO FONTÁN, Otilia del Carmen (coord.), *Hacia un nuevo modelo de capacidad jurídica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

BASSET, Úrsula Cristina, "Consideraciones acerca de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", DJ 2008-II-2411; BERIZONCE, Roberto O., "Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas", La Ley 12/5/2015, p. 1; CIFUENTES, Santos, "Tutela de los enfermos mentales", LL 2005-A-1051; CLÉRICO, Laura, "Los Derechos de las personas con discapacidad: notas y preguntas a 20 años de la reforma constitucional", Sup. Const. 2014 (octubre), 2/10/2014, p. 42, LL 2014-E; CROVI, Luis D., "Capacidad de las personas con padecimientos mentales", LL 2011-F-758; DIANA, Nicolás, "El respeto de las personas con padecimientos mentales. En la soledad del olvido", JA 2007-IV-1530; GIOVANNETI, Patricia S. – ROVEDA, Eduardo G., "La revisión periódica del art. 152 ter. El derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable"; DFyP 2015-185; JUNYENT DE DUTARI, Patricia, "Nuevos paradigmas en materia de derechos humanos y personas con padecimiento mental. Respeto a su autodeterminación y articulación de modos de apoyo superadores de la curatela", DFyP 2014 (noviembre), p. 165; KRAUT, Alfredo J., "Derechos específicos de las personas con trastornos mentales", RDPyC 2010-3-161, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011; KRAUT, Alfredo J. – GARAY, Oscar Ernesto; *"Salud Mental. La reglamentación de la ley 26.657 consolida nuevos paradigmas"*, DFyP 2013 (agosto), p. 125; KRAUT, Alfredo J. – DIANA, Nicolás, "Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria"; LL 2011-C-1039; íd., *"Apuntes sobre la reglamentación de la ley 26.657"*; DFyP 2013 (octubre), 7/10/2013, p. 149; íd., "El instituto de la internación como derecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial", RDPyC 2013-1-57, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013; KIELMANOVICH, Jorge L., "El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657)", LL 2011-A-1136; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás – MAYO, Jorge A. – TOBÍAS, José W., "La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil", LL 2011-A-949; MUÑIZ, Carlos, "La capacidad jurídica de las personas con enfermedad mental durante el proceso en el nuevo Código Civil y Comercial", SJA 2015/02/18, p. 3, JA 2015-I; LLORENS, Luis R., "Algunas consecuencias en materia de capacidad de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378)", LL 2009-A-1054; MILLÁN, Fernando, "Intervención de los equipos interdisciplinarios en la nueva Ley de Salud Mental", DFyP 2014 (enero), 23/1/2014, p. 172; MUÑIZ, Carlos M., "El abordaje interdisciplinario de la salud mental. Situación actual a partir de la ley 26.657 y el decreto 603/2013"; DFyP 2014 (marzo), 3/3/2014, p. 162; OLMO, Juan Pablo, "Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?", DFyP 2012 (julio), p. 340; íd., "Comentario a la reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 (dec. 603/2013)", DFyP 2013 (agosto), 20/8/2013, p. 172; OLMO, Juan P. – LAVALLE, Mariana, "Ver o no ser: la entrevista personal con el juez en la revisión de la sentencia sobre el ejercicio de la capacidad jurídica", DFyP 2015 (febrero), p. 118; RIVERA, Julio

César – HOOFT, Irene, "La nueva ley 26.657 de Salud Mental", SJA 25/5/2011, cita online 0003/015428; ROSALES, Pablo O., "Un estudio general de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", JA 2008-III-1022; VALENTE, Luis Alberto, "Derechos personalísimos y protección de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP 2014 (noviembre), p. 201; VILLAVERDE, María Silvia, "Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o personas con apoyo? El Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación ante la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU)", DFyP 2012 (septiembre), p. 151; YUBA, Gabriela, "Derechos de la persona con discapacidad. Observaciones sobre un informe de la Argentina", LL Sup. Act. 4/4/2013, p. 2, cita online: AR/DOC/18/2013.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 27/12/2005, "Tufano, Ricardo A. s/ internación", Fallos 328:4832, LL cita online: FC328_4832.

CSN, 19/2/2008, "R., M. J.", LL 2008-B, 409, cita online: AR/JUR/52/2008.

CSN, 12/6/2012, "B., J. M. s/ insania", LL 2012-E-166, cita online: AR/JUR/23570/2012.

SCBA, 7/5/2014, "Z., A. M. s/ insania", JA 2014-IV-35, cita online: AR/JUR/19440/2014.

CAPÍTULO XI

LA INHABILITACIÓN Y LA ANCIANIDAD

Dedicaremos este capítulo a dos situaciones que merecen la protección del ordenamiento jurídico.

La primera es la prodigalidad, de la cual nuestra legislación civil se ha ocupado desde el año 1968, habiendo el legislador actual decidido mantenerla como el único supuesto que habilita el pedido de inhabilitación. Se trata de una institución que implica la restricción de la capacidad de una persona mayor de edad y capaz en virtud de un desorden en su conducta.

La segunda es la inevitable mirada que el legislador nacional e internacional debe tener hacia una etapa de vida que requiere, muchas veces, una protección especial. La ancianidad coloca a los seres humanos en una situación especial: se ha alcanzado la máxima experiencia para desarrollarse socialmente, pero al mismo tiempo las funciones físicas y, a veces, las cognitivas, comienzan un lento e inexorable deterioro. Las medidas de protección, respetando la dignidad y la autonomía, deben ser la respuesta del ordenamiento jurídico hacia estos adultos mayores.

I. INHABILITADOS

1. Antecedentes y noción

La inhabilitación es una institución incorporada a nuestro derecho por la ley 17.711 que reformara al Código de Vélez en 1968. Comprendía tres hipótesis: los disminuidos en sus facultades, los ebrios consuetudinarios y toxicómanos y los pródigos.

Los inhabilitados eran una suerte de intermedio entre la plena capacidad y la absoluta incapacidad de los dementes. De modo que los inhabilitados eran personas capaces limitadas en su capacidad de disposición; no estaban sujetos a una representación sino a un régimen de asistencia que funcionaba para los actos de disposición y los de administración que hubiere individualizado la sentencia.

El nuevo régimen establecido por el conjunto de Convención, Ley de Salud Mental y CCyC, asimila la situación de las personas con capacidad restringida al régimen de los que el Código derogado llamaba en general inhabilitados. O sea que quienes padecen adicciones —antiguamente individualizados como toxicómanos o ebrios consuetudinarios— y los disminuidos en sus facultades quedan comprendidos en la categoría de personas con capacidad restringida que prevén los arts. 32 y ss.

De allí que el CCyC limita la categoría de los inhabilitados a los pródigos.

2. Situación jurídica del inhabilitado

Si bien volvemos sobre este punto más adelante, señalamos que el inhabilitado es una persona capaz, que requiere la asistencia de un apoyo para el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y los demás actos que el juez fije en la sentencia (art. 49).

3. Pródigo. Concepto

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la prodigalidad se define como "Profusión, desperdicio, consumo de la propia hacienda, gastando excesivamente". El concepto jurídico clásico, expuesto por Planiol, es "aquel individuo que por desorden del espíritu o de las costumbres disipa su fortuna en gastos sin sentido".

En términos actuales, el pródigo es la persona mayor de edad que dilapida su patrimonio, exponiendo a su familia a la pérdida de su sustento.

Dilapidar es derrochar, es gastar más allá de lo habitual y de las posibilidades concretas de cada persona conforme su situación económica. Por ello, ese examen objetivo no puede hacerse, sino en función de la fortuna de cada implicado. Lo que para cualquier persona puede ser un gasto extraordinario para un multimillonario será una actitud normal que no modifica sustancialmente su composición patrimonial.

Debemos señalar que según algún criterio, todo pródigo revela una personalidad alterada o disminuida. Es posible que eso sea así en el plano de la psicología o psiquiatría, pero no lo es en el plano jurídico. Quien pretende la inhabilitación de un pródigo debe probar el hecho de la dilapidación de la fortuna, pero no debe acreditar ningún estado patológico ni alteración mental alguna.

4. Personas que pueden ser inhabilitadas por prodigalidad

El art. 48 dice: *Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.*

La finalidad del instituto es la protección del patrimonio familiar, por ello una persona mayor de edad, soltera y sin hijos, podrá hacer con su patrimonio lo que desee. Para que pueda declararse la inhabilitación deben existir los beneficiarios de la norma.

El presupuesto requerido es que la gestión de los negocios del pródigo exponga a las personas protegidas a la pérdida del patrimonio que constituye su sustento. En el código derogado se requería el prodigo hubiese dilapidado una parte importante de su patrimonio, así era necesario que existieran actos de prodigalidad anteriores al inicio del juicio para obtener la protección.

Ahora en cambio, sólo ser requiere la "exposición", es decir el "peligro" inminente que se trasluce por actitud de la persona, cuya conducta habitual comienza a desordenarse. Por ejemplo, supongamos que una persona empieza a tener una adicción al juego y su familia ve en ella un hábito extraño que puede perjudicar el patrimonio familiar. Claro es que la adicción al juego también puede quedar comprendida en el art. 32.

5. Personas protegidas

Las personas protegidas son el cónyuge, el conviviente, los hijos menores de edad o con discapacidad.

a) El cónyuge y el conviviente

El cónyuge se encuentra amparado, sea cual fuere el régimen de bienes del matrimonio por el cual se hubiera optado. La finalidad no es proteger la ganancialidad de los bienes sino la defensa del sustento familiar.

La protección del conviviente tiene el mismo sentido pues los convivientes se deben asistencia; el amparo también puede tener fundamento en los términos del pacto de convivencia que haya celebrado la pareja.

b) Los hijos menores de edad

El CCyC protege a los hijos menores.

Algunos autores sostienen que en ciertas circunstancias, los hijos mayores también se encuentran protegidos por la declaración de prodigalidad. Ello por cuanto el art. 658 extiende la obligación alimentaria de los progenitores hasta los veintiún años cuando el hijo no posea recursos económicos propios. A su turno, el art. 663 prorroga el derecho alimentario hasta los veinticinco años si el hijo prosigue sus estudios y la preparación profesional de arte u oficio le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente.

c) Personas con discapacidad

El Código aclara quienes son consideradas personas con discapacidad. La definición de discapacidad como *una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral,* es la misma que recoge la ley 22.431 (Sistema de Protección Integral de los Discapacitados).

Esta definición no coincide con la que recepta Convención Internacional sobre las Personas con Discapacidad, que considera tales a quienes *tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

De todas formas, queda claro que las personas discapacitadas protegidas de la prodigalidad son aquellas que sufran deficiencias físicas o mentales y que dependan económicamente del pródigo.

d) Los ascendientes

El Código no menciona a los ascendientes dentro de las personas protegidas, como hacía el texto derogado, pero les otorga legitimación para iniciar el proceso. Así, los abuelos de los menores desprotegidos por actos de prodigalidad de un padre viudo podrán iniciar el juicio en beneficio de aquellos pero no podrán iniciarlo en provecho propio.

6. Legitimados para iniciar la acción

El Código establece que se encuentran legitimados para iniciar el juicio de prodigalidad, el cónyuge, el conviviente, los ascendientes y descendientes.

Cabe preguntarse si es posible que la propia persona solicite su inhabilitación. La enumeración del artículo es taxativa, pero si lo que se busca es proteger el patrimonio familiar y el propio pródigo advierte el peligro de su conducta, no debería impedirse que promueva el proceso, aunque —claro está— el juez debe darle al mismo el trámite de una restricción a la capacidad solicitada por el propio interesado (arts. 32 y 43).

7. Efectos de la declaración

El art. 49 regula los efectos de la declaración de prodigalidad: *La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.*

a) La restricción a la capacidad

La persona inhabilitada es capaz para todos los actos que no se encuentren limitados por la ley y la sentencia. El principio sigue

siendo en este caso la capacidad (arts. 23 y 31 inc. a) aunque restringida en los términos del mismo art. 49 y en lo que disponga el juez para cada caso particular.

Se le priva al pródigo de realizar actos de disposición. Acto de disposición es aquel que altera sustancialmente la composición del patrimonio (por ej., la venta de un inmueble), en cambio los actos de administración son los que tienen por objeto hacer producir a los bienes los beneficios que normalmente pueden obtenerse de ellos, sin alteración de su naturaleza y destino (p.ej., cobrar la renta producida por un bien).

La doctrina ha señalado que sistema protector quedaría suficientemente conformado, limitando la necesidad de asistencia a los actos de disposición entre vivos. Es a través de ellos que se produce el riesgo o la exposición a la pérdida de los bienes que conforman el patrimonio. Desde esta posición, se sostiene que el interés familiar que se busca tutelar queda suficientemente resguardado con la necesidad de la asistencia para ese tipo de actos; el riesgo o exposición no puede materializarse a través de actos de administración cualquiera sea el punto de vista que se tenga acerca de su concepto y naturaleza. Menos aún, cuando se trata de actos extrapatrimoniales o de derecho de familia (Tobías).

Nosotros hemos señalado que prodigalidad en la gestión no puede quedar vinculada sólo a los actos de disposición; la administración tiene importancia en tanto da cuenta de una tendencia a la dilapidación, aunque lógicamente, la prodigalidad no puede apreciarse exclusivamente a través de actos de administración o meramente conservatorios.

El juez puede limitar otros actos al pródigo en su sentencia. En el régimen anterior se aclaraba que sólo podían limitarse los actos de administración; ahora las facultades del juez son más amplias e incluyen todo tipo de actos. Así, entendemos que el juez puede limitar el ejercicio de otros actos o actividades, por ej., impedirle concurrir a determinados lugares, como asistir a casinos, bingos u otros lugares que fomenten su adicción a gastos desproporcionados.

En cuanto al ejercicio de actos derivados del derecho de familia, la limitación de la capacidad del inhabilitado, en supuestos de gravedad, podría dar lugar a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del art. 802 inc. c ya que, como lo hemos dicho, la prodigalidad expresa un problema de salud mental.

b) Los apoyos

Que se le impida al pródigo otorgar actos de disposición no significa que está totalmente privado de hacerlo pues podrá hacerlo con un apoyo que lo asista.

La asistencia que debe brindar el apoyo no necesariamente se condice con la de otorgar el asentimiento para perfeccionar el acto, sino que, por analogía, se aplicará lo dispuesto en el art. 38 del Código, con relación a la posibilidad de señalar condiciones de validez de los actos y la modalidad del apoyo (Olmo).

Como en otros supuestos de restricción de la capacidad, se podrán nombrar más de un apoyo y dentro de las medidas extrajudiciales, sería conveniente acudir, en algunos casos, a la colaboración de instituciones especializadas (por ej., las asociaciones que reúnen a jugadores anónimos).

8. El cese de la inhabilitación

El cese de la inhabilitación está regulado por el art. 50: *El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo.*

a) Procedimiento para el restablecimiento

El CCyC establece que el cese de la inhabilitación debe ser decretado por el mismo juez que la declaró.

No hay en el Código una expresa remisión al régimen de revisiones periódicas de la sentencia que establece el art. 40 pero es lógico que dicho procedimiento se aplique por analogía, de modo que si de las nuevas evaluaciones interdisciplinarias surge que la persona se ha restablecido (que su adicción a los gastos excesivos ha cesado), podrá decretarse el cese de las restricciones a la capacidad a pedido del propio interesado, de las personas designadas para brindarle apoyo o del Ministerio Público.

b) Aspectos que se evalúan

El Código obliga a realizar un examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.

La exigencia resulta curiosa, pues como el pródigo no es un enfermo mental, no se exige el examen médico ni de un equipo interdisciplinario para inhabilitarlo. Pero, el Código lo requiere para que cese la inhabilitación, como si la tendencia a la disipación del patrimonio fuese siempre una enfermedad o alteración mental. Adviértase que, si así lo fuera, no sería necesaria la institución en sí, ni sería razonable que sólo se pudiese inhabilitar a quien tiene familia.

Ahora bien; el equipo interdisciplinario debe pronunciarse sobre el *restablecimiento* de la persona, lo cual será bien difícil habida cuenta que no hay un diagnóstico previo.

Algunos autores sostienen que además y aprovechando el carácter interdisciplinario de la evaluación, habrá que centrar el análisis en la tutela del patrimonio familiar y si los presupuestos que la sustentan se mantienen. Por ejemplo, el cambio del nivel económico de los beneficiarios podría influir sobre el nivel de "exposición a la pérdida del patrimonio" en relación a determinados actos que antes parecían muy gravosos y con el cambio de situación económica no lo serán tanto.

La inhabilitación también cesa si los beneficiarios dejan de existir o de serlo, por fallecimiento, por divorcio, cese de la convivencia o por haber llegado a la mayoría de edad (o a los 25 años si forman parte de la categoría de sujetos a los cuales los padres tienen que mantener hasta esa edad).

II. LA ANCIANIDAD

Una consideración aparte merece, en el orden jurídico, el caso de la ancianidad, en tanto representa un marco singular en el que especialmente se insinúan las peticiones de restricción de capacidad y a veces, no todas ellas inspiradas en una auténtica nobleza de sentimientos y propósitos.

9. El anciano

El anciano es considerado un sujeto débil, sometido a una triple situación de debilidad. La dinámica jurídico-social torna vulnerable al viejo, en tanto lo estereotipa y lo constriñe en su ámbito de actuación. El sistema normativo lo debilita por no ofrecerle completamente un marco de protección jurídica adecuado a su naturaleza. Y también

lo debilitan los valores jurídicos imperantes, cada vez que no reconocen suficientemente a la persona anciana como fin en sí.

Desde hace varios años, se sostiene la necesidad de desarrollar un "Derecho de la Ancianidad" (el profesor Ciuro Caldani ha sido uno de los impulsores de esta idea en el país), cuya autonomía material se funda en la exigencia de una justicia derivada de la necesidad de especial protección del anciano. Este derecho reviste un carácter tuitivo y comprende un conjunto de derechos subjetivos que debe consagrar.

Los autores que se han ocupado del tema, suelen citar los siguientes derechos de los ancianos: a) Derecho a la existencia como el derecho a disfrutar de su intimidad familiar y recibir un trato digno; b) Derecho a la subsistencia que comprende la posibilidad de trabajar y de gozar de su propiedad en el sentido amplio que nuestra Corte Suprema Nacional ha dado al término; c) Derecho a la consistencia que significa la posibilidad de tener un rol en la sociedad, un modo de vivir, una misión; d) Derecho a la asistencia que implica la obligación de brindar alimentos a los ancianos, atender su enfermedad y garantizarles una muerte digna.

10. Terminología

Algún sector de la doctrina cuestiona la utilización del término "anciano" por considerarlo estigmatizante y propicia por ello la utilización de otras expresiones como "personas de edad" o "adultos mayores".

Internacionalmente se ha impuesto el término "personas mayores", tal como lo demuestra la reciente sanción de la *Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos de las Personas Mayores*, de la que nos ocuparemos más adelante.

11. La importancia actual del tema

Si bien siempre se ha reconocido un declinar de la fortaleza física, en tiempos pasados se valoraba y respetaba la experiencia, el temple, la capacidad de reflexión para brindar "sabios" consejos. Tal vez las características de la época, el vértigo con que todo transcurre, la escasez de puestos laborales, han ido progresivamente dejando de lado a la persona de edad, obligándola a jubilarse, a retirarse de las tareas habituales; desde una mirada puramente utilitarista no son genera-

dores de riqueza. Pero el deterioro que conlleva la mayor edad, no implica de por sí que no puedan conservarse intactas las facultades mentales y la persona pueda autodeterminarse según sus propias decisiones, y en especial aquéllas que tengan repercusión sobre su persona o bienes a futuro, para cuando la declinación afecte su capacidad y pleno raciocinio (Juanes).

La evolución que se vive de la adultez a la vejez no es comparable a la del menor, en sentido inverso. Incluso, la elevada edad ha sido históricamente condición para el ejercicio de las más dignas funciones. Es que no existe una pérdida progresiva de la madurez en la tercera edad, que sea equivalente al progresivo acceso a la madurez de parte del menor. Aún afectado por la declinación de su fortaleza y de su salud física, el anciano puede conservar intactas y, más aún, enriquecidas por la experiencia, las facultades mentales de su mejor edad (Méndez Costa).

Es por todo lo expuesto, que resultan hoy opinables algunas normas que obligan al "retiro" a personas totalmente aptas para determinadas funciones, como aquellas que imponen la jubilación a profesores universitarios a los sesenta y cinco años.

Un dato necesario en el abordaje del tema que los adultos mayores es tener presente el crecimiento mundial de la expectativa de vida producido notoriamente durante el siglo pasado, así como las progresiones que se vienen adelantando para el siglo que estamos transitando. Al incremento notorio de la población mayor debe relacionarse la permanente disminución de la natalidad, con lo cual la población en general va engrosando la franja etaria de las personas ancianas. Esa disminución de la natalidad produce también la verticalización de las familias, donde los recursos humanos propios van disminuyendo con el correr de los años, desde que cada vez hay menos hermanos, tíos, sobrinos, etc., es decir que van disminuyendo las relaciones laterales, y esta realidad obliga a una mayor y más eficaz intervención del resto de la sociedad para la atención de las personas mayores (Cadoche).

El envejecimiento de la población, un fenómeno que hasta hace unas pocas décadas era característico sólo de los países más desarrollados y de unos pocos de los menos desarrollados, se está extendiendo inexorablemente a todo el mundo, de manera que el siglo XXI ya ha sido denominado como el siglo del envejeciendo. Las ganancias en longevidad que se registran sobre todo en los países más desarrollados y benefician principalmente a las mujeres son también sin

precedentes. En este panorama, la población de la Argentina, como las del Uruguay y Cuba, estuvo y está a la vanguardia del proceso de envejecimiento demográfico en América Latina, si bien se encuentra aún en un nivel intermedio, lejos de los niveles preocupantes de algunos países europeos y del Japón.

La realidad brevemente expuesta, obliga a una respuesta del sistema jurídico, veamos cual ha sido ella.

12. Tratamiento de la ancianidad en el Derecho Positivo

a) En el derecho constitucional

El tratamiento legislativo de los derechos de los ancianos debe partir de la Constitución, pues en ella se reconocen los derechos básicos de los ciudadanos y las garantías frente al poder público. La enunciación de principios luego de ir acompañada de una legislación específica que podrá corresponder a distintas ramas del Derecho, entre ellas el Derecho Civil.

En nuestro país, la Constitución Nacional de 1949 incorporó en su art. 37 los "derechos de la ancianidad", el art. 37 de la Constitución de 1949 reconocía los siguientes derechos: a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, al cuidado de la salud física, al cuidado de la salud moral, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad, al respeto y consideración de sus semejantes.

Cuando dicha Constitución fue abrogada en 1957, sólo quedó en el art. 14 bis la mención a los beneficios de la seguridad social con carácter *integral e irrenunciable*. Lego de la reforma del año 1994, nuestra Constitución no cuenta con normas específicas relacionadas a la ancianidad, pero los tratados internacionales que han quedado incorporados en virtud del art. 75 inc. 22, reconocen derechos en esta materia (la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La mayoría de las Constituciones provinciales han previsto normas de protección de la ancianidad. La Constitución de Buenos Aires del año 1994 en su art. 36; Catamarca de 1988 en el art. 65; Chaco de 1994 en el art. 35; Ciudad Autónoma de Buenos Aires de

1996 en su art. 41; Formosa de 2003 en el art. 71; Jujuy de 1986 en su art. 49; Chubut de 1994 en el art. 29; La Rioja de 1994 en su art. 37; Misiones de 1988 en su art. 37; Río Negro de 1988 en su art. 35; Santiago del Estero de 2005 en su art. 34; Salta de 1998 en su art. 35; San Juan de 1986 en su art. 57; Santa Fe de 1962 en su art. 23; Santa Cruz de 1998 en su art. 150; San Luis de 1987 en su art. 51; Tierra del Fuego de 1991 en el art. 21; Tucumán de 2006 en su art. 40.

b) En la legislación infraconstitucional

La legislación nacional ha ido incorporando disposiciones que protegen aspectos no patrimoniales de la vida de los adultos mayores. Por ejemplo, la Ley de Protección Contra la Violencia Familiar (n. 24.417), establece la obligación de denunciar los hechos de violencia sobre menores, incapaces, *ancianos* o discapacitados a los servicios asistenciales, sociales o educativos públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor (art. 2).

Esta legislación constituye un hito importante en el reconocimiento de las personas vulnerables dentro del marco familiar. Frente a la antigua visión de la familia que en muchos casos sacrificaba la personalidad de alguno de sus miembros, hoy existe una nueva concepción en la que el familiar, antes de ser tal, es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre una limitación de sus derechos fundamentales ni siquiera frente a los otros miembros de su familia (Medina).

13. Antecedentes internacionales

La preocupación la ancianidad se ha manifestado desde hace ya varios años, en varios foros nacionales e internacionales. En 1982 tuvo lugar en Viena la Asamblea Mundial del Envejecimiento. En 1983, el Primer Seminario Internacional sobre la Atención del Anciano en Latinoamérica tuvo lugar en Cuba. La Organización de Naciones Unidas (ONU) declaró al año 1999 como el "Año Internacional de las Personas de Edad", con el lema "Una sociedad para todas las edades", y el 7 de abril del mismo año, Día Mundial de la Salud, se celebró bajo el lema: "La Vejez Activa marca la Diferencia". La misma observación fue propuesta por la OPS (Organización Panamericana de la Salud, oficina regional de la Organización Mundial de la Salud), creada en 1902, en el año 1999: "Sigamos activos para envejecer bien". En el mes de setiembre de 2000 tuvo lugar en la ciudad de Mar del Plata, la V Conferencia Mundial del Envejecimiento: "Congreso del Milenio sobre los desafíos de la Vejez.

14. El derecho comparado

La experiencia del derecho comparado es rica en esta materia. La Unión Europea está conformada actualmente por veintisiete países. Cada uno de los Estados que la integran tiene su propia norma fundamental. Algunas receptan los derechos de los ancianos y otras no. Sin embargo, en estos últimos países es posible encontrar algún tipo de legislación para este sector social en sus normas inferiores, verbigracia, leyes, decretos o resoluciones.

El 3 de diciembre de 2007 los Estados de la Unión Europea firmaron el Tratado de Lisboa, en el capítulo IV, "Solidaridad", se encuentra el art. 34 sobre "Seguridad social y ayuda social", y específicamente en el capítulo III, "Igualdad", en su art. 25 se mencionan los "derechos de las personas mayores".

Algunas reformas recientes en los ordenamientos civiles europeos marcan una tendencia a incorporar nuevas instituciones que se hagan cargo de la realidad de los ancianos y de otros discapacitados, bajo la premisa del respeto más amplio a su autodeterminación. Al comentar las directivas anticipadas en el capítulo de Derechos Personalismos, daremos noticia de estos avances.

15. La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos de las Personas Mayores

El 15 de junio de 2015, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, con la firma de la Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay, aprobó la *Convención Interamericana sobre Protección de las Personas Mayores*. El convenio está abierto a la firma de los 34 Estados miembro de la OEA y de esta manera, la flamante Convención exigirá que los Estados que forman parte dispongan los recursos para garantizar el reconocimiento, el pleno goce y ejercicio de los Derechos Humanos de las personas mayores del continente. Aún no se encuentra en vigencia.

En los términos de la Convención, personas mayores son quienes tienen sesenta años o más. Su objetivo es "promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad", según indica el texto y en caso de que los derechos mencionados en la convención no estén reflejados en los sistemas legislativos o jurídicos nacionales, los Estados parte de la misma se comprometen a "adoptar las medidas legislativas o de otro carácter" necesarias para garantizarlos.

Entre los derechos protegidos por esta convención se encuentran: la igualdad y la no discriminación por razones de edad, el derecho a la vida y la dignidad en la vejez, el derecho a la independencia y la autonomía, el derecho a la participación y la integración comunitaria y el derecho a la seguridad y a una vida sin violencia.

16. La ancianidad en el Código Civil y Comercial

El Código no regula a la ancianidad en forma específica, como una franja etaria a proteger, pero existen diversas normas que indirectamente se ocupan del tema. Citaremos algunas, a modo de ejemplo:

— El art. 1 obliga a resolver los casos que el Código rige por la Constitución Nacional y los *tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*. Ello incluye obviamente las normas que tutelan a las personas mayores.

— Los arts. 32 y 43 permiten *restringir la capacidad y brindar apoyos* a las personas que posean una alteración mental permanente o prolongada. Esa alteración puede estar dada por la senilidad.

— El art. 332 permite demandar la nulidad o la modificación de un acto jurídico cuando de las partes de un negocio jurídico explotando la *debilidad síquica* de la otra, obtuviera una venta patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Así, se incorpora un supuesto al vicio de lesión que puede proteger a las personas mayores con debilidad mental. El Proyecto de 1998 era mucho más explícito en este punto.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

GHIRARDI, Juan Carlos, *Inhabilitación judicial*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1991; NOVELLI, Mariano H., *Los derechos constitucionales de los ancianos en la Argentina*, Dunken, Buenos Aires, 2006, ps. 31 a 38; TOBÍAS, *La inhabilitación en el derecho civil*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1992.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

CADOCHE, Sara N., "Violencia hacia los ancianos", RDF 2003-24-31; DABOVE, María Isolina – NOVELLI, Mariano H. – GONEM MACHELLO, Graciela N. – NAWOJCZYK, Erika – PRUNOTTO, Mariana E. – RODRIGO, Fernando M., "Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos", LL 2008-D-751; GIAVARINO, Magdalena B., "La inhabilitación por prodigalidad en el Proyecto: ¿Acierto o desacierto?", DFyP 2012 (julio), p. 353; GIOVANNETTI, Patricia S. – ROVEDA, Eduardo G., "La inhabilitación por prodigalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial", DFyP 2012 (julio), p. 371; GONEM MACHELLO, Graciela N., "Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos", La Ley 20/6/2008; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "La prodigalidad como causal de inhabilitación en el Derecho Civil Argentino", DFyP 2011 (marzo), p. 293; JUANES, Norma – PLOVANICH DE HERMIDA, María Cristina, "La problemática del adulto mayor en orden a sus posibilidades de autodeterminación en el ejercicio de sus derechos. Experiencia local y extranjera", DFyP 2011 (diciembre), p. 151; MEDINA, Graciela, "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-287; MÉNDEZ COSTA, María J., "Los ancianos en la legislación civil", LL 1983-A-312; SEDA, Juan Antonio, "Inhabilitación de personas con deterioro cognitivo leve", DFyP 2013 (enero-febrero), p. 223.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 12/6/2012, "B., J. M. s/Insania", LL 2012-E-166, cita online: AR/JUR/23570/2012.

CNCiv., sala B, 7/5/2010, "G., M. S.", DFyP 2010 (octubre), p. 251, cita online: AR/JUR/26630/2010.

CNCiv., sala E, 1/7/2010, "M. de R. G., C. M.", DFyP 2011 (marzo), p. 293, cita online: AR/JUR/41331/2010.

CNCiv., sala J., 25/6/2011, "Ruiz Moreno, Ana Elena c/ Martínez Dormal de Ruiz Moreno, María Elena s/régimen de visitas", DFyP 2011 (noviembre), p. 245, cita online: AR/JUR/82893/2011.

CAPÍTULO XII

LOS DEMÁS ATRIBUTOS DE LA PERSONA

I. ATRIBUTOS DE LA PERSONA. REMISIÓN

Hemos definido a los atributos como las cualidades o circunstancias que hacen a la esencia de su personalidad y que la determinan en su individualidad (capítulo VI al cual remitimos).

Ellos son el nombre, el domicilio, la capacidad, el estado civil y los denominados derechos personalísimos; nociones inseparables de la persona a la que —a la inversa— no es posible imaginar sin ellos.

En este capítulo nos dedicaremos al estudio del nombre, el domicilio y el estado. Lo hacemos en el orden en que se encuentran regulados en el CCyC. El estado no está regulado como tal, pero el Código lo menciona en varias oportunidades y legisla sobre la prueba del nacimiento, la muerte y la edad.

II. EL NOMBRE

1. Definición

El nombre es el medio de identificación de las personas en la sociedad. Está compuesto por el prenombre o nombre de pila y por el apellido. El primero es la forma de designación de un individuo y se adquiere por su inscripción en el Registro Civil; el segundo es una designación común a todas las personas pertenecientes a una familia.

2. Evolución histórica y legislativa

El nombre nace como una necesidad del lenguaje, ya que es imprescindible la identificación de los individuos y de las cosas.

a) Derecho antiguo

En un comienzo se utilizó un solo vocablo equivalente al nombre propio o individual. Esta denominación no era transmisible como los actuales apellidos.

Con el correr del tiempo al nombre individual se le adicionaron otros elementos como el nombre del padre en genitivo (por ej., Agamenón hijo de Atreo o "El Atrida"; Aquiles hijo de Peleo o "Pélida"); o la alusión a alguna característica peculiar del sujeto (por ej., Diógenes "El Cínico") o el lugar de su procedencia (por ej., Tales de Mileto).

b) Derecho Romano

En Roma en un primer momento, se mantiene la designación de las personas por un solo nombre. Así, por ej., a Rómulo, el fundador de Roma, no se le conoce apellido.

Luego la complejidad de la vida en la ciudad origina el uso del nombre integrado. Aparece así el *tria nomina* compuesto por: *praenomen*, o designación individual que distingue a los miembros de una familia, y que era impuesto por el padre en una fiesta familiar religiosa que tenía lugar el octavo o noveno día del nacimiento; el *nomen* que era la denominación común de todas las familias de la *gens*; y el *cognomen* que servía para distinguir las diversas ramas de la *gens*.

En circunstancias excepcionales y para evitar la homonimia se utilizaba el *agnomen*, que era un sobrenombre honorífico que distinguía generalmente el valor. Así, por ej., en el nombre Publio Cornelio Escipión Africano; Publio era el *praenomen*, Cornelio el *nomen*, Escipión el *cognomen* y Africano el *agnomen*.

Este régimen era sólo para los hombres; a las mujeres se las conocía por un solo nombre (Marcia, Julia, etc.); salvo el caso de las casadas *in manum* que adicionaban el nombre de su marido (por ej., Tulia Metelli).

c) Derecho español

En España a partir del siglo IX se comienza a agregar al nombre individual una característica: el lugar de nacimiento, o el nombre del padre, o su profesión (por ej., Canus, Calvus, Carpintero). Pero estos nombres no se transmitían a los hijos, es decir, no individualizaban a una familia.

Es en la baja Edad Media cuando los nombres comienzan a vincularse a la familia. La costumbre de designar a las personas por sus características es el origen de muchos apellidos actuales (por ej., Calvo, Blanco, etc.).

d) Evolución legislativa en nuestro país

El Código Civil de 1869 no previó disposiciones expresas sobre nombre, y por ello su régimen fue diferido al derecho consuetudinario. El primer cuerpo normativo que lo reguló fue el decreto 11.609/1943, completado por la ley 13.030 y el decreto ley 8204/1963. Estos primeros cuerpos legales recogieron el derecho consuetudinario y algunos criterios judiciales, pero en general fueron insuficientes.

Recién en el año 1969 se dicta ley 18.248 que reguló el nombre de manera orgánica. Ella fue modificada por distintas leyes: 19.134 (Adopción que fuera reformada por le ley 24.779), la ley 23.162 (Nombres Indígenas), 23.264 (Ley de Filiación y Patria Potestad), ley 23.515 (de Matrimonio Civil) y 26.618 (de Matrimonio Igualitario).

3. Naturaleza jurídica

En doctrina se han elaborado distintas tesis para explicar la naturaleza jurídica del nombre.

Descartada la idea de "propiedad", una parte de la doctrina actual entiende que el nombre al ser utilizado como forma de distinguir al individuo, es un atributo esencial de la personalidad. No hay duda que el nombre es un atributo pero definirlo como tal no precisa su naturaleza jurídica.

También se sostiene el nombre de las personas humanas es un derecho subjetivo extrapatrimonial, distinguiéndolo del nombre de las personas jurídicas que generalmente tiene un contenido patrimo-

nial (por ej., el nombre de las sociedades). Tampoco dudamos que el nombre es un derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial pero indudablemente cumple además otra función.

Por ello, otra importante corriente sostiene que el nombre debe ser considerado una institución de policía civil pues es impuesto por la ley en forma obligatoria a los fines de identificar a los individuos. Ahora bien, el nombre no puede ser sólo considerado como un mero instrumento de clasificación y control.

Entendemos que corresponde distinguir el nombre en sí de las facultades a que puede dar lugar. En sí, el nombre es un atributo de la personalidad que contribuye a la individualidad del ser humano, y que por lo tanto, corresponde a toda persona humana por el solo hecho de ser tal.

Desde otro punto de vista, existe un verdadero derecho subjetivo al nombre. Pero las personas también están obligadas a usar un nombre, pues en ello está interesada toda la sociedad. De allí que es adecuado que el ordenamiento legal argentino caracterice al nombre como un derecho-deber de identidad. Así es legislado por el CCyC, cuyo art. 62 dice: *La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden.*

4. Caracteres

Las características del nombre son:

a) Obligatoriedad: Según el art. 62 toda persona debe llevar un nombre.

b) Unidad: El nombre es único porque las personas no pueden tener más de un nombre.

c) Indivisibilidad: Nadie puede tener un nombre frente a unos y, frente a otros, uno distinto.

d) Oponibilidad erga omnes: Esta característica consiste en la posibilidad de usar el nombre frente a todos. El nombre es oponible por la persona a quien corresponda contra todos, sea mediante el ejercicio de facultades, sea mediante acciones frente a quienes pretendan desconocerlo o vulnerarlo.

e) Valor moral o extrapatrimonial: El nombre en sí es inestimable en dinero, pero puede generar derechos patrimoniales. Por ejemplo, el nombre de una personalidad famosa no puede ser usado —sin su consentimiento— como marca o para hacer una publicidad y quien lo hiciera debería resarcir patrimonialmente al afectado.

f) Inalienabilidad: El nombre no puede ser enajenado o transmitido mediante acto jurídico alguno. El principio no está establecido en forma expresa pero surge de la función de identificación que tiene el nombre, pero además de otras disposiciones del CCyC, el art. 279 referido al objeto de los actos jurídicos, el art. 944 que establece sólo se pueden renunciar los derechos que afectan intereses privados o el art. 1644 que impide transigir sobre derechos en los que está comprometido el orden público.

g) Imprescriptibilidad: El nombre no se puede adquirir —ni perder— por el transcurso del tiempo, pues de otro modo se afectaría el principio fundamental de la inmutabilidad, ya que quienquiera podría modificar su apellido simplemente usando uno distinto al de su filiación.

5. Reglas concernientes al prenombre

El art. 63 establece las reglas relativas a la elección del prenombre.

a) Elección del prenombre

En su inc. a), el art. 63 establece que *corresponde a los padres o a las personas a quienes ellos den su autorización para tal fin; a falta o impedimento de uno de los padres, corresponde la elección o dar la autorización al otro; en defecto de todos, debe hacerse por los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.*

El derecho a elegir el nombre surge de la responsabilidad parental. Así, en primer lugar, la elección del prenombre le corresponde a ambos padres o a quienes ellos autoricen a tal fin, pues la inscripción del nombre en el Registro de Estado y Capacidad de las Personas puede hacerse por apoderado.

Si existiere desacuerdo, podría uno de los padres acudir al juez competente quien deberá resolverlo por el procedimiento más breve posible, previa audiencia con los progenitores con intervención del Ministerio Público (art. 642).

Pero si falta uno de los progenitores o se encuentra impedido de hacerlo, la elección la podrá hacer el otro padre o la persona a quien este autorice.

En caso que ninguno de los progenitores pudiera efectuar la elección, lo podrán hacer quienes tienen la guarda del menor en los términos del art. 104 y 634 (cuando los padres han delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente) o el Ministerio Público en el caso del art. 103 (cuando el recién nacido carece de representante legal y es necesario proveer la representación).

También en defecto de los padres y sus representantes, podrá elegir prenombre el funcionario del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas encargado de inscribir el nacimiento de la persona.

b) Límites a la imposición de prenombres

Conforme el art. 63 inc. b, *no pueden inscribirse más de tres prenombres, apellidos como prenombres, primeros prenombres idénticos a primeros prenombres de hermanos vivos; tampoco pueden inscribirse prenombres extravagantes.*

La elección del nombre de pila de los hijos es, en principio, libre pero el Código establece límites. Estas restricciones han sido declaradas constitucionales por la jurisprudencia de la Corte Suprema pues siendo el nombre el elemento primario a través del cual el individuo se relaciona e integra a la sociedad, la razonabilidad de las limitaciones está dada por buscar las formas de identificación que faciliten esa integración y el resguardo de situaciones que la tornen más dificultosa[1].

El CCyC ha dado mayor libertad para la elección del prenombre que el régimen derogado. Cabe recordar que en los fundamentos del Proyecto del año 2012, sus autores habían expresado que la elección

(1) CSN, Fallos 302:457 y todos los dictados posteriormente que ratifican el mismo criterio.

del nombre de los hijos es un derecho de los padres y que el Estado debe tener la menor injerencia posible en el tema.

Las únicas limitaciones hoy contiene el inciso que comentamos son muy concretas y de fácil aplicación. Sólo la última —nombres extravagantes— podría dar un mayor margen de interpretación.

Sobre este último supuesto, nuestros tribunales han tenido oportunidad de expedirse en numerosísimos casos denegando o concediendo autorizaciones de nombres de pila, conforme a las reglas antes expuestas. Como nombres extravagantes se han considerado tales a Júpiter, Zoroastro, Pelópidas, etc.

c) Nombres aborígenes

Pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas (art. 63 inc. c).

Esta posibilidad ya había sido incorporada en la Ley del Nombre en el año 1984 por la ley 23.252. Sobre la base de esta regla se autorizó el nombre Qori Wamancha.

6. Reglas relativas al apellido

El apellido es la designación común a todos los miembros de una familia. Corresponde distinguir entre doble apellido y apellido compuesto.

El doble apellido resulta de la agregación del apellido materno al paterno. Este apellido va variando de generación en generación por las distintas agregaciones. El apellido compuesto es el que se presenta integrado por dos apellidos inseparables, de modo tal que si se suprime uno de ellos la denominación queda incompleta. El apellido compuesto es inalterable (por ej., Martínez de Hoz, Álvarez de Toledo, Montes de Oca).

El apellido se adquiere en principio por filiación y no por voluntad de los progenitores. En el caso de los cónyuges puede adquirirse por el matrimonio. También puede ser fruto de un acto administrativo como acaece con la persona que no tiene un filiación determinada o cuando alguien pide se le inscriba con el nombre que viene usando (arts. 65 y 66).

a) Apellido del hijo matrimonial

En cuanto a los hijos matrimoniales (de matrimonio heterosexual u homosexual), la norma del art. 64 dice: *El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro.*

Se ha introducido un cambio fundamental en nuestra legislación pues se puede imponer al hijo matrimonial el primer apellido de cualquiera de los padres. Así, se permite elegir el llamado "apellido de familia" con una limitación impuesta por la misma norma: *Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.*

Nótese que se impone la obligación de transmitir, al menos, el primer apellido. Así si alguno de los cónyuges ya tiene un apellido doble, será el primer componente de ese apellido el que obligatoriamente se deberá transmitir, sin perjuicio de poder imponer el apellido doble en su integridad. A diferencia de los prenombres, no existen límites en cuanto a la cantidad de apellidos que puede tener una persona, salvo el impuesto por el buen gusto. El apellido compuesto se transmite de generación en generación en forma idéntica.

Para el supuesto de falta de acuerdo entre los progenitores, el apellido del hijo matrimonial será determinado por el sorteo que se efectúe en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La equiparación de derechos entre ambos progenitores para la elección del apellido de los hijos es una consecuencia de la igualdad absoluta que existe entre los cónyuges reconocida en nuestro derecho a partir de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16) y otros instrumentos supranacionales incorporados al derecho argentino. Incluso antes de la vigencia del CCyC algunas sentencias habían declarado la inconstitucionalidad de los artículos pertinentes de la antigua ley del nombre que imponía el apellido paterno a los hijos.

También se prevé la agregación del apellido del otro cónyuge. *A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro* (art. 64).

Habíamos señalado este supuesto como un ejemplo de la capacidad progresiva que se concede a los menores en aspectos vinculados a su persona. De todas formas, coincidimos con quienes indican la inconveniencia de la utilización del término "edad suficiente", en tanto hubiese sido preferible la determinación de una edad para formular la adición del apellido del otro progenitor. Ello por cuanto en cada caso, y ante el pedido concreto, el solicitante deberá demostrar que goza de la madurez intelectual necesaria para formular el planteo (Fissore).

b) Apellido del hijo extramatrimonial

El último párrafo del art. 64 prescribe: *El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño.*

En esta materia el principio general es que el hijo extramatrimonial lleva el apellido del progenitor que lo reconoce como tal si es que existe uno solo que adopta esa actitud. Si ambos progenitores asumen su responsabilidad parental, se aplicará la norma primer párrafo, esto es que puede llevar el primer apellido de cualquiera de los cónyuges, pero si la segunda filiación se determina después, ambos padres deberán acordar el orden de los apellidos.

A falta de acuerdo entre los progenitores, será el juez quien deberá decidir cuál de los apellidos llevará el hijo extramatrimonial, teniendo como pauta el interés superior del niño.

c) Apellido del menor de edad sin filiación determinada

Puede ocurrir que una persona menor de edad no cuente con filiación determinada y en ese caso, el art. 65 establece que *debe ser anotada por el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con el apellido que está usando, o, en su defecto, con un apellido común.*

El sistema de atribución administrativa de nombre es correcto, porque se aplica a aquellas personas de filiación desconocida y se les provee, de manera adecuada, de un signo individualizador que con-

tribuye a su derecho a la identidad personal. Es el caso, por ej., de un menor abandonado por sus padres o de una persona indocumentada.

La idea en estos casos es dotar a la persona de un apellido común que no genere confusiones de parentesco con apellidos homónimos. La decisión administrativa es provisional, ya que establecida la verdadera filiación, se deberá suplantar ese apellido común por el que corresponda.

Si el interesado ha usado en su vida social un apellido, no procede la elección arbitraria de otro: se debe imponer ése.

d) Persona con edad y grado de madurez suficiente que carece de apellido

El art. 66 contempla un caso similar al anterior, pero no referido necesariamente a un menor de edad. *La persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando.*

Obviamente si se trata de una persona aparentemente mayor de edad, pero indocumentada, es probable que no se tenga certeza respecto de su edad, lo cual puede poner en movimiento la mecánica que a tal fin contempla el art. 99 del mismo Código, que requiere una sumaria información judicial con intervención de peritos (Saux).

e) Apellido del cónyuge

El art. 67 acuerda la regla general de que cualquiera de los cónyuges, sea del matrimonio hétero u homosexual, puede añadir su apellido al del otro cónyuge con la preposición "de" o sin ella.

Así, el principio general es que el matrimonio no modifica el apellido de ninguno de los contrayentes, salvo que, tanto el hombre como la mujer, opten por agregar el apellido de su cónyuge al propio. Así, podrá el hombre agregar a su apellido el de su esposa, sin perjuicio que los hijos llevarán obligatoriamente el primer apellido de alguno de ellos.

f) Divorcio o anulación del matrimonio

El mismo art. 67 dispone: *La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo. El cónyuge viudo puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial.*

Así, ante el divorcio o la nulidad del matrimonio, la regla general es la pérdida del apellido del cónyuge que se había optado por agregar, salvo que existan motivos razonables para conservarlos, como, por ej., que el cónyuge divorciado sea conocido profesionalmente con ambos apellidos.

El principio es distinto para el caso de viudez, pues el viudo o viuda puede seguir usando ambos apellidos, salvo que se vuelva casar o forme una unión convivencial.

7. Adopción

El art. 68 remite a las normas sobre adopción: *El nombre del hijo adoptivo se rige por lo dispuesto en el Capítulo 5, Título VI del Libro Segundo de este Código.* El estudio de la adopción pertenece al Derecho de Familia pero a los fines de este capítulo debemos mencionar que existen tres tipos de adopciones definidos por el art. 620:

— La adopción plena *confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo;*

— La adopción simple *confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante;*

— La adopción de integración *se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente.*

El art. 623 establece como regla general y principal que el prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.

a) Apellido en la adopción plena

La adopción plena puede ser unipersonal o conjunta, el art. 626 establece las reglas que rigen la adquisición del apellido en cada uno de estos casos.

— en la adopción unipersonal el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante. Si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que así sea mantenido en el adoptado.

— en la adopción conjunta se aplican, para la adquisición del apellido del adoptado, las mismas reglas relativas al apellido de los hijos matrimoniales.

En el segundo supuesto se formula una remisión a lo establecido en el art. 64, primero y segundo párrafos, trátese de matrimonios de distinto sexo como del mismo; es decir que se puede elegir el "apellido de familia" como hemos explicado.

El Código derogado, luego de la reforma de la Ley de Matrimonio Igualitario (26.618), no otorgaba a las parejas heterosexuales la posibilidad elegir el apellido del hijo adoptado, sino que el adoptado debía llevar el apellido del padre adoptivo o agregar al primero de éste el primero de la madre adoptiva. Esta posibilidad sólo se contemplaba en el caso de parejas del mismo sexo. Ahora, la situación de cualquier tipo de pareja ha quedado igualada.

En cuanto al apellido de origen del adoptado, la regla general es que no lo conserva. Sólo como excepción, a petición de la parte interesada y con fundamento en el derecho a la identidad del adoptado, *el juez podrá disponer que el apellido de origen del adoptado se incorpore en cualquier lugar de ubicación, antes o después del apellido del adoptante o al de uno de ellos, si la adopción fuera conjunta* (art. 626 inc. c).

Para reforzar el criterio previsto en el art. 26, la última parte del art. 626 dispone que *en todos estos casos el juez deberá valorar especialmente la opinión del adoptado, si cuenta con la edad y grado de madurez suficientes.*

b) Apellido en la adopción simple

El art. 627 establece entre los efectos de la adopción simple que *el adoptado que cuente con la edad y grado de madurez suficientes o los adoptantes, pueden solicitar que se mantenga el apellido de origen del adoptado en cualquiera de las ubicaciones posibles, antes o agregado al apellido del adoptante o de uno de ellos.* Si no existe esa petición, la adopción simple se rige por las mismas reglas que la adopción plena.

La adopción simple (a diferencia de la plena) puede revocarse. Por ello la parte final del art. 629 dispone que *una vez revocada, el adoptado pierde el apellido de adopción. Pero el juez podrá autorizar que el adoptado lo conserve a fin de resguardar su derecho a la identidad.*

c) Apellido en la adopción por integración

El Código no trae normas especiales sobre el apellido para este tipo de adopción, pero aclara que se mantiene el vínculo filiatorio entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. De tal modo, el menor mantendrá el apellido de su progenitor.

8. Cambio de nombre

a) Principio general

El principio general en materia de nombre es la inmutabilidad, esto significa que una vez impuesto el nombre no puede ser modificado.

El fundamento de este principio radica en razones de seguridad, porque admitir el cambio arbitrario del nombre implicaría desorden, inseguridades e incumplimientos de deberes y obligaciones. La inmutabilidad del nombre fue un tema discutido en la doctrina patria, hasta la sanción de la ley 18.248 que lo acogió expresamente, en el nuevo CCyC el principio surge de forma implícita.

b) Supuestos contemplados

El art. 69 determina los supuestos de excepción que permiten el cambio del nombre: *El cambio de prenombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez. Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a. el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad; b. la raigambre*

cultural, étnica o religiosa; c. la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad.

(i) Justos motivos

La norma primero formula un criterio general que permite el cambio de nombre: la existencia de "justos motivos" que en principio queda librada a la apreciación judicial, aunque luego se exponen supuestos específicos que deben ser considerados como tales y entre ellos lucen algunos que llevan el juego de la autonomía de la voluntad hacia fronteras interesantes, sobre todo en un tema impregnado de orden público, como es la identidad de las personas (Saux).

(ii) Seudónimo

El primer supuesto permite que el seudónimo (protegido por el art. 72) pueda sustituir al prenombre o al apellido cuando adquiere notoriedad.

(iii) Raigambre cultural, étnica o religiosa

El segundo supuesto se refiere a la raigambre carácter cultural, étnica o religiosa. De donde debe inferirse la adhesión o el rechazo de una religión justificaría, por ej., cambiar el nombre Cristiano por Cristaldo. También el respeto a la identidad cultural o étnica, abren esa posibilidad, supongamos, por ej., un menor de origen africano adoptado por padres argentinos, podría (con edad y grado de madurez suficiente) solicitar el cambio de nombre Carlos por Shaka.

(iv) Afectación a la personalidad

El último supuesto específico se refiere a la afectación de la personalidad de quien solicita el cambio de nombre. La jurisprudencia ha admitido el cambio de nombre cuando existen lesiones al honor, por ej., cuando el nombre es públicamente deshonrado por los padres.

Para modificar el nombre no es suficiente la comisión de un ilícito por los padres o parientes, sino que éste debe ser grave y debe haber adquirido notoriedad.

(v) Justos motivos que no requieren intervención judicial

El Código vincula su normativa a la Ley de Identidad de Género y permite el cambio del nombre, por vía administrativa, cuando se adopta el género conforme la vivencia interna del mismo (arts. 2 y 4 de la ley 26.743).

Tampoco requiere intervención judicial (aunque si acreditación del delito en forma previa en un proceso penal), el cambio que solicite quien ha sido víctima de apropiación ilegal o alteración del estado civil o de la identidad.

9. Proceso judicial para cambiar el nombre o el apellido

El Código establece normas procesales mínimas para proceder al cambio de apellido o el nombre.

El art. 70 establece: *Todos los cambios de prenombre o apellido deben tramitar por el proceso más abreviado que prevea la ley local, con intervención del Ministerio Público. El pedido debe publicarse en el diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Puede formularse oposición dentro de los quince días hábiles contados desde la última publicación. Debe requerirse información sobre medidas precautorias existentes respecto del interesado. La sentencia es oponible a terceros desde su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios.*

Con estas medidas el Código pretende proteger los intereses de terceros.

Entre ellas, se alude a "informes para determinar la existencia de medidas precautorias, a nombre del acto". No se señala a quién se le deben solicitar los informes pertinentes, ni se establece cuál es el efecto de la existencia de medidas. Entendemos que los informes deberán ser solicitados a los registros, como por ej., al Registro de la Propiedad Inmueble y Registro Público (antes Registro Público de Comercio); el problema se presenta con el Registro del Automotor porque éste no

lleva folio personal, por lo que no podrá informar sobre la existencia de medidas cautelares. Por otra parte los informes serán solamente provinciales, con lo que el proceso genera inseguridades.

De todos modos, la existencia de medidas precautorias no impide el cambio de nombres; simplemente deberá hacerse constar el cambio en el registro donde se halle asentada esa medida.

La sentencia tiene efectos *erga omnes* y debe ser comunicada al Registro Civil y de Capacidad de las Personas. Deberán rectificarse las partidas, títulos y asientos necesarios pues si se rectifica el apellido de una persona mayor con hijos, se deberá rectificar su partida y la de sus hijos si el apellido modificado fue el elegido como apellido de familia.

10. Acciones de protección del nombre

El CCyC organiza tres acciones para proteger el nombre de una persona: acción de reclamación o reconocimiento de nombre, acción de impugnación, contestación o usurpación de nombre y acción de supresión de nombre.

El art. 72 dispone: *Puede ejercer acciones en defensa de su nombre: a. aquel a quien le es desconocido el uso de su nombre, para que le sea reconocido y se prohíba toda futura impugnación por quien lo niega; se debe ordenar la publicación de la sentencia a costa del demandado; b. aquel cuyo nombre es indebidamente usado por otro, para que cese en ese uso; c. aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso. En todos los casos puede demandarse la reparación de los daños y el juez puede disponer la publicación de la sentencia. Las acciones pueden ser ejercidas exclusivamente por el interesado; si ha fallecido, por sus descendientes, cónyuge o conviviente, y a falta de éstos, por los ascendientes o hermanos.*

Así, con mínimas variantes en relación al régimen del Código derogado, se reconocen las tres acciones judiciales a que hemos aludido. Está legitimado a iniciarlas el interesado, y si ha fallecido, podrán hacerlo sus descendientes, su cónyuge o conviviente, y a falta de éstos, sus ascendientes o hermanos. En todos los casos, podrá reclamarse además los daños y perjuicios ocasionados.

a) Acción de reclamación o reconocimiento del nombre

Es la acción que se confiere a quien se le ha negado, afectado o desconocido el derecho de usar su nombre, a fin de obligar a quien incurra en esas actitudes a cesar en ellas y, si correspondiere, a publicar la sentencia que lo decida.

La publicación de la sentencia que antes el juez podía ordenarla en forma optativa, ahora es obligatoria.

b) Acción de impugnación, contestación o usurpación del nombre

Es la acción que se otorga al titular del nombre o a su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, contra aquel que lo usa sin derecho para que cese en su uso indebido y resarza daños y perjuicios.

Para que la acción prospere es necesario que se use indebidamente el nombre. No procede la acción si el demandado lo usa correctamente, como ocurriría en el caso de homonimia.

c) Acción de defensa del buen nombre o de supresión del nombre

Es la acción que se confiere al titular del nombre y, en su caso, a sus herederos cuando su nombre ha sido usado maliciosamente para designar una cosa o producto industrial, comercial, fabril, etc., o un establecimiento, o como marca o insignia comercial, con tal que ese uso le acarree al actor un perjuicio material o moral y que tenga como objeto suprimir ese medio de individualización de la cosa o personaje, y obtener la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El fundamento de la acción radica en que el uso indebido del nombre para individualizar un personaje de fantasía o una marca, puede lesionar la personalidad o la intimidad de un sujeto.

Mientras que en la usurpación, una persona se atribuye un nombre que no le es propio y se hace conocer o firma con él, en la acción de supresión el nombre, no es usado por una persona determinada sino que es empleado para designar una persona de fantasía o una cosa. Así se ha declarado procedente la acción promovida por una persona de apellido Chipy contra quienes habían creado un personaje de fantasía llamado "dragoncito Chipy".

11. El seudónimo

Etimológicamente la palabra seudónimo significa nombre falso. Nosotros lo concebimos como la designación que una persona voluntariamente se da a sí misma, sea con el objeto de ocultar su verdadera identidad o de darle realce en el ejercicio de una actividad, y que puede formarse con un nombre y apellido, con un prenombre o con una designación de fantasía.

En la vida cotidiana, pueden surgir apodos o motes que se caracterizan porque: trascienden de una esfera de la vida; son impuestos por otras personas; en general reflejan determinadas condiciones físicas o habilidades con las que se identifica a una persona; y a veces, son de carácter peyorativo. Surgen de lo que se ha dado en denominar un "bautismo popular". Estas designaciones no son seudónimos y en el ámbito del derecho privado, el apodo tiene importancia en el testamento. Así el heredero instituido que se designa con un sobrenombre o apodo no controvertido, está suficientemente individualizado. En sentido concordante, en doctrina se admite que un testamento esté firmado con el sobrenombre.

Los diminutivos familiares son designaciones que se les dan a personas en el seno de la familia o de los amigos íntimos; al igual que el sobrenombre, son impuestos por otras personas, pero a diferencia de éste, generalmente sólo se usan en el ámbito familiar o social y viene a sustituir al nombre propio y no al apellido.

A diferencia del nombre, el seudónimo no es de uso obligatorio, mientras que el seudónimo es voluntario, no se adquiere ni se transmite por filiación y puede cambiarse libremente y dejar de usarse; además, el seudónimo se adquiere por su uso prolongado.

Los seudónimos tienen la protección de un derecho intelectual en la ley 11.723 que faculta a los autores que usan seudónimos a registrarlos, adquiriendo así la "propiedad" de ellos. De modo que el seudónimo puede formar parte de la propiedad intelectual de una persona pues es una creación ideal destinada a resaltar una personalidad dedicada a alguna actividad generadora de provecho económico. En este sentido, el seudónimo se acerca en su naturaleza a los derechos que se ejercen sobre las marcas, patentes y nombres comerciales.

El art. 72 protege al seudónimo hubiere adquirido notoriedad aclarando que goza de la tutela del nombre. Ello implica la extensión al seudónimo de las acciones de reclamación, usurpación y supresión del nombre. El seudónimo ha de protegerse en todo supuesto en que el titular se vea vulnerado por una confusión perjudicial entre su actividad y la que cualquier otra persona despliegue.

Para otorgar protección al seudónimo, el Código requiere que adquiera notoriedad. Ello implica que no basta la inscripción como propiedad intelectual, lo que aparece como lógico teniendo en cuenta que, si no se alcanza cierta fama aunque sea modesta, no se podría invocar un mejor derecho frente a quien usa el seudónimo. Pero por otro lado, el seudónimo notorio goza de protección aunque no esté inscripto. En un caso ya antiguo se declaró procedente la acción promovida por un célebre humorista que utilizaba el seudónimo Landrú contra los propietarios de un restaurante denominado "La taberna de Landrú".

III. EL DOMICILIO

La persona tiene o entrelaza relaciones con otros sujetos; esas relaciones suponen que los sujetos se comunican entre sí. Para que dichas comunicaciones sean posibles es necesario localizar a los individuos, vale decir, reconocerles una ubicación jurídica, un punto de conexión geográfico.

Por ello, el Derecho se ocupa del domicilio de las personas humanas, el domicilio geográfico sigue siendo importante para las relaciones jurídicas, aunque hoy muchas de ellas se materializan por intermedio de domicilios virtuales, sitios o direcciones en internet que permiten a los individuos interactuar entre sí en tiempo real, aunque físicamente se encuentren a miles de kilómetros de distancia.

12. Concepto

Podemos conceptualizar al domicilio como el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona para la producción de determinados efectos jurídicos.

Así, el domicilio es un concepto jurídico, la ley señala el lugar donde se van a producir determinados efectos jurídicos y para determinarlo, adopta elementos de hecho diferentes en cada caso estimados como objetivamente preferibles: sea la residencia efectiva, sea donde se ejerce una función pública, etc.

La ciencia jurídica ha sistematizado las distintas relaciones de la persona con el lugar en que se encuentra, configurando un concepto para cada tipo de estas relaciones con diferencias graduales entre sí, que van de la simple habitación, a la residencia y, por último, al concepto jurídico de mayor trascendencia, cual es el "domicilio", que acabamos de definir.

13. Residencia y habitación

La residencia, entendida como una noción vulgar, alude al lugar donde habita la persona de manera ordinaria con cierto grado de estabilidad, aunque sin requerir el propósito de permanencia indefinida, ni el de centralizar allí su actividad.

Implica entonces, la permanencia en un lugar con carácter temporario y sin ánimo de vivir allí. Por ende, la residencia crea entre la persona y el lugar una relación de hecho semejante a la que deriva del domicilio, pero mucho menos estable y duradera.

Quien pasa sus vacaciones en Mar del Plata allí tiene su residencia en ese período. Pero cuando la residencia es habitual (permanente), es el elemento que sirve para definir al domicilio real, tal como lo determina el art. 73.

La habitación es el lugar donde el individuo se encuentra accidental o momentáneamente, verbigracia, el hotel donde el viajero se aloja para seguir camino al día siguiente.

Comparada con la residencia, advertimos que se trata de nociones de orden vulgar, no técnico y, por ende, carentes, en principio, de relevancia jurídica; diferenciándose entre sí por la nota de cierta permanencia, que caracteriza a la residencia y de la cual carece la habitación.

14. Efectos jurídicos que producen

a) El domicilio

Entre los efectos que produce el domicilio, podemos mencionar:

— La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio (art. 2616); de la misma manera se rigen por la ley del domicilio los derechos reales sobre los bienes muebles que carecen de situación permanente (art. 2670); la ley del domicilio del difunto, a su turno, rige la sucesión respecto de los bienes relictos (arts. 2644), pero a los bienes situados en el país se les aplica el derecho argentino.

— Determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas como lo establece el art. 78. Existen además normas que determinan expresamente la competencia de los jueces en función del domicilio. Por ejemplo, en los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio es competente el juez del último domicilio conyugal, o el del domicilio del demandado a elección del actor, o del cualquiera de los cónyuges si se trata de una presentación conjunta (art. 717).

— Las notificaciones o emplazamientos judiciales deben ser efectuadas, en principio, en el domicilio real de la persona notificada (art. 339 del Código Procesal de la Nación y similares de otros códigos provinciales).

— Por último, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones, en ausencia de pacto expreso, debe efectivizarse en el lugar del domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación. Si el deudor se muda, el acreedor tiene el derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior (art. 874). Esta regla no se aplica si la obligación es de entregar cosa cierta pues en ese caso debe ser entregada donde habitualmente se encuentra, ni cuando las obligaciones son bilaterales y de cumplimiento simultáneo, pues en ese caso el lugar de pago es donde debe cumplirse la prestación principal.

b) La residencia

La residencia actual (no la habitual) produce el efecto de domicilio legal en caso de transeúntes o las personas de ejercicio ambulante (art. 74 inc. c).

c) La habitación

La habitación determina optativamente la competencia de los jueces de ese lugar en materia de acciones personales para hacer efectivas obligaciones que carecen de estipulación expresa en cuanto al

sitio de cumplimiento (art. 5, inc. 3 Código Procesal de la Nación y similares de otros códigos provinciales).

15. Clases de domicilio

En principio, pueden distinguirse dos categorías fundamentales, la primera, consistente en la vinculación de la persona con un ente político, exigida por la ley desde el punto de vista del derecho público, para el ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía, vale decir, el domicilio político.

La segunda, el domicilio civil, el cual a su turno, presenta distintas categorías. El domicilio general aplicable para la generalidad de las relaciones jurídicas de una persona y en contraposición a este último, el especial, con efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas.

Dentro de la categoría de domicilio general, encontramos las siguientes especies:

— El domicilio real, definido por el art. 73 como el lugar de la residencia habitual de las personas humanas. Este domicilio está amparado por la garantía de inviolabilidad que prescribe el art. 18 de la Constitución Nacional.

— El domicilio legal, al que el art. 74 caracteriza como el *lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones. Sólo la ley puede establecerlo, y sin perjuicio de lo dispuesto por normas especiales.*

El domicilio especial, reconoce las siguientes sub-especies:

— convencional o de elección, que es el elegido por las partes de un contrato *para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan* (art. 75).

— procesal o *ad litem*, que es el que toda persona está obligada a constituir al tomar intervención en un proceso judicial, y que debe hallarse dentro del radio del juzgado (art. 41, del Código Procesal de la Nación y normas similares en los códigos provinciales).

16. El domicilio real

Para que se configure el domicilio real el CCyC requiere habitualidad en la residencia. Esta característica parece insinuar los dos elementos que la doctrina siempre ha destacado para diferenciar a esta especie: el *animus*, es decir la intención de permanecer allí aunque transitoriamente no se lo haga y el *corpus* que alude a la efectiva presencia en el lugar para desarrollar las actividades de la vida cotidiana.

Las características del domicilio real son:

a) Necesidad: Caracterizar el domicilio como atributo de la personalidad, acarrea una consecuencia lógica: ninguna persona puede carecer de domicilio, por cuanto se trata de una exigencia del orden jurídico para poder ubicar territorialmente a los sujetos y así exigirles el cumplimiento de sus obligaciones.

b) Unidad: En principio, ninguna persona puede tener más de un domicilio real, que como vimos es su residencia habitual. No obstante, el segundo párrafo del art. 73 dispone que si una persona ejerce una actividad profesional o *económica tiene su domicilio real en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad.*

17. El domicilio legal

En determinadas circunstancias precisadas por la ley, tales como el ejercicio de una función pública o la incapacidad, el legislador atribuye un domicilio con total prescindencia de la residencia habitual. En esos casos la ley presume, sin admitir prueba en contra, que la persona reside allí de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

La justificación de su existencia está en la seguridad jurídica dinámica, pensada en relación no con la propia persona a quien la ley le asigna el domicilio legal, sino respecto de quienes deben vincularse jurídicamente con ella (Mayo).

El domicilio legal es:

— Forzoso, pues está imperativamente determinado por la ley y no puede hacerse excepción a él. De esta imposición legal, habrá de inferirse que sería inútil la prueba de que la persona a quien se le atribuye reside en otra parte.

— Excepcional y de interpretación restrictiva: En tanto funciona en la hipótesis prevista por la ley, ésta no puede extenderse por analogía a otros supuestos.

El art. 74 señala cuatro supuestos de domicilio legal:

— *Los funcionarios públicos, tienen su domicilio en el lugar en que deben cumplir sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, o de simple comisión:*

La norma se refiere a toda clase de empleados públicos, cualquiera sea la importancia de su menester, es decir, abarca a los funcionarios y empleados públicos. Dentro del concepto de función periódica, quedan comprendidas las que se ejercen durante determinados períodos del año, o con intermitencias más o menos prolongadas (diputados, senadores).

Cabe poner de resalto que los oficios o ministerios eclesiásticos que al mismo tiempo representan funciones del Estado, imponen domicilio legal al clérigo que los desempeña. Tales son, por ejemplo, los arzobispos, obispos y algunos pocos funcionarios de la curia; no así los párrocos, coadjutores, tenientes, etcétera, pues no son funcionarios ni reciben sueldo o asignación alguna del Estado.

— *Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que lo están prestando.*

La función militar activa supone cambios de destino periódico, que motivan como consecuencia mutaciones de domicilio; la solución legal obvia los inconvenientes aparejados por dicho cambio cada vez que variare el destino del funcionario. La norma contempla sólo a los militares en servicio activo del Ejército, Armada y Aeronáutica, sin distinción de jerarquías o grados, a excepción de los retirados que no prestan servicio.

— *Los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tienen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual.*

Esta disposición tiene por finalidad ubicar a las personas, que de otra manera no podrían ser localizadas, en algún lugar determinado para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Se trata de sujetos que carecen de asiento fijo por diversas circunstancias (razones de salud, viajes de placer, quienes viven en casas rodantes y circulan dentro del territorio del país, o aun fuera de él, personas de ejercicio o profesión ambulante, etc.).

— *Las personas incapaces lo tienen el domicilio de sus representantes.*

La norma se refiere los menores y a quienes se encuentran dentro del supuesto previsto en el último párrafo del art. 32. En esos casos el domicilio legal de los menores está en el domicilio de los padres, o de su tutor; y el del incapaz, en el de su curador.

18. El domicilio especial

Mientras el domicilio general extiende su eficacia a todas las relaciones jurídicas de un individuo, de una manera indefinida y universal, el domicilio especial es aquel que produce sus efectos limitados a una o a varias relaciones jurídicas determinadas.

El domicilio especial se presenta bajo dos formas distintas; por una parte el denominado domicilio de elección o convencional, constituido por las partes en los contratos; por la otra, el domicilio *ad litem* o procesal, impuesto a toda persona que tome intervención en un juicio.

El Código se ocupa de la primera categoría enunciada y la define así: *Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan* (art. 75).

a) Determinación de la competencia judicial

El principal efecto de la constitución de un domicilio contractual es la prórroga de jurisdicción, vale decir, que deja de ser competente el juez que hubiere correspondido al domicilio general –real o legal– de las partes, para serlo el del domicilio elegido, salvo que una disposición de orden público no lo permita.

b) Notificaciones judiciales

El domicilio de elección también es el lugar donde deben practicarse las notificaciones y emplazamientos extrajudiciales motivados por el contrato, vale decir, ofertas de pago, interpelación para cons-

tituir en mora, comunicación del ejercicio de la facultad resolutoria, denuncia de vicios redhibitorios, etc.

En este punto, la jurisprudencia ha distinguido si el domicilio convencional era constituido en un instrumento público o privado. Fue una reacción contra acreedores de mala fe que hacían constituir domicilio a sus deudores en lugares donde estos últimos nunca recibían las notificaciones, de modo que los juicios se seguían en su ignorancia e indefensión.

Por ello, fallos plenarios de la Cámara Nacional en lo Civil y de la Cámara Nacional en lo Comercial declararon ineficaces los domicilios constituidos en instrumentos privados, mientras no hubiera sido reconocida la firma de la persona a la cual se opone, ordenando que la demanda se notifique en el domicilio real. Distinta es la situación, si el domicilio es constituido en instrumento público y las notificaciones practicadas en él tienen plena eficacia.

Es de destacar que la norma procesal que ordena la obligatoriedad de los fallos plenarios ha sido derogada, pero varias sentencias judiciales han sostenido que dichos fallos siguen siendo obligatorios hasta que se organice y se torne operativo el sistema de Casación que reemplazará, en el orden nacional, a la jurisprudencia plenaria.

c) Caracteres del domicilio especial

No es necesario: puede ser "múltiple", toda vez que no le resulta aplicable el principio de "unidad" (la existencia de varios domicilios especiales no ofrece dificultad, pues cada uno de ellos regirá cada una de las relaciones jurídicas determinadas que le sirven de causa).

No es inalienable: a diferencia del domicilio general que, en su carácter de atributo de la personalidad es inalienable, el domicilio especial puede transmitirse a los sucesores universales; y aún puede transmitirse a los sucesores singulares (v.gr., a los cesionarios de un crédito).

Es contractual: tal es la causa de su constitución, resultando siempre accesorio de un contrato y perdura mientras subsistan los efectos de este último;

Es excepcional y, por ende, de interpretación restrictiva.

Es fijo e invariable porque siendo cláusula contractual no puede, en principio, alterarse unilateralmente por uno de los contratantes. Sin embargo, se ha encontrado una excepción a esta regla cuando la constitución de nuevo domicilio lo es dentro de la misma localidad; en tal caso, el cambio será válido sin necesidad de la conformidad de la otra parte, pues no se modificará la competencia judicial determinada por el domicilio. Bastará, en consecuencia, notificar el cambio en forma fehaciente para que el nuevo domicilio produzca sus efectos.

19. El domicilio ignorado

El art. 76 del Código establece: *La persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar donde se encuentra; y si éste también se ignora en el último domicilio conocido.*

Este domicilio debe ser interpretado un supuesto más de domicilio legal o una ampliación de tercer supuesto en el art. 74. El domicilio de los transeúntes es el lugar donde se encuentran pues resulta una necesidad legislativa asignarle un domicilio a quien resulta ambulante, es decir que va de un lugar a otro sin establecerse. La norma del art. 76 sólo agrega lo siguiente: si se ignora dónde está el transeúnte, la ley le asigna el mismo efecto a su residencia actual (su último domicilio conocido).

20. Cambio de domicilio

El Código sienta el principio de libertad del cambio de domicilio real: *El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia de un lugar a otro con ánimo de permanecer en ella* (art. 77).

El mero abandono material de la residencia no constituye cambio de domicilio si no va acompañado de la intención de establecerse en el nuevo lugar; y la sola intención, si no va acompañada del hecho *traslado*, tampoco constituye cambio de domicilio.

Como la voluntad de cambiar de domicilio puede ser tácita, la acreditación de esa intención dependerá de las circunstancias, y son admisibles todos los medios de prueba.

La jurisprudencia no admite la eficacia de cambios de domicilio que encubren meros movimientos aparentes para violar las leyes y eludir los efectos de las sentencias judiciales. Así, la Corte Suprema nacional ha decidido que si alguien muda su domicilio al solo efecto de promover un juicio de concurso preventivo, tal mutación debe tenerse por no operada[2].

Resta aclarar que en vida de la persona nunca hay propiamente extinción del domicilio, sino cambio de éste. Es que siendo el domicilio un atributo de la personalidad, sólo se extingue definitivamente con la vida de la persona, y no se transmite a sus herederos.

IV. EL ESTADO

La palabra *estado* alude a la situación en que está una persona o una cosa. Ésta es su primera acepción y, probablemente, el sentido que coincide con la noción vulgar más generalizada.

De hecho, en todas sus acepciones, la palabra *estado* alude a una posición o posicionamiento de una persona o cosa, variando solamente el punto de referencia respecto del cual esa persona o cosa está situada o posicionada. Así, *estado* evoca varios conceptos, que van desde el estado del tiempo hasta el estado como entidad política, por lo que el propósito de esta introducción es definir lo que significa para el Derecho.

21. Del concepto en el Derecho Romano al derecho moderno

La palabra estado viene de la locución latina *status*. La palabra *status* en el idioma castellano alude al estado, pero al estado en el sentido de posicionamiento social.

En Roma se aludía a tres *status*: el *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status familiae*. El primero hacía referencia a la calidad de hombre libre de la persona; el segundo, a la calidad de ciudadano romano; y el tercero, a la posición que ocupaba la persona dentro de la familia. Para primitivo Derecho Romano sólo era persona aquel que reunía en sí la triple calidad de hombre libre, ciudadano romano y *sui iuris*.

(2) CSN, 11/9/1973, JA 20-1973-99.

La diferencia fundamental con el Derecho moderno radica en la posibilidad que existía en Roma de que determinados seres humanos carecieran de algunos de estos *status*, y la relevancia que esa carencia tenía. Para el Derecho moderno no hay esclavos, y los derechos de los ciudadanos no difieren esencialmente de aquellos que no lo son. En cuanto a la posición que las personas ocupan dentro de la familia, ésta guarda su importancia, pero, sin lugar a dudas, no depende de ella el carácter de persona de los seres humanos. Y en el ámbito del derecho privado, carece de relevancia ser ciudadano nacional o extranjero (arts. 20 CN y 5 CCyC).

Como corolario de lo expuesto, tenemos que para el Derecho moderno sólo uno de los *status* romanos conserva relevancia: el estado de familia pero con una significación distinta.

Cuando el Código alude al estado, lo hace, al menos como regla general, refiriéndose al estado de familia; y es éste también el entendimiento del profano que requerido sobre su "estado civil", responderá automáticamente: soltero, casado, conviviente, viudo o divorciado. Por lo tanto, a partir de este momento, nos referiremos al estado limitándolo al concepto de estado de familia.

22. Concepto

La noción de estado de familia se refiere a la posición que se tiene en ella; y de la cual surgirán relaciones jurídicas familiares cuyo contenido serán derechos y deberes.

Por lo tanto, podemos definir al estado de familia como la posición que ocupa el sujeto con relación a la familia, que actúa como causa de relaciones jurídicas familiares cuyo contenido son deberes y derechos, generalmente recíprocos.

El estado de familia se determina con relación a:

— el matrimonio, con lo que se puede ser: soltero, casado, viudo, divorciado, separado de hecho;

— la unión convivencial, por la cual se puede ser conviviente o cónyuge afín.

— las relaciones parentales, que se distinguen en tres grupos:

- parentesco consanguíneo, que es el que une a personas que tienen vínculo de sangre;

- parentesco adoptivo, que se crea por imperio legal cuando una adopción es concedida judicialmente;

- parentesco por afinidad, que es el que se tiene con los parientes consanguíneos del cónyuge.

- parentesco por voluntad procreacional, que deriva del consentimiento que presta una persona para ser progenitor cuando se recurren a técnicas de reproducción humana asistida, aun cuando el o ella no hayan aportado los gametos para dicha fertilización (art. 562).

23. Caracteres

El estado presenta los siguientes caracteres:

a) Universalidad: Todo emplazamiento familiar genera un estado de familia; es decir que no se limita a la filiación, ni sólo al matrimonio.

b) Correlatividad: Ciertos estados son comunes a dos personas; por ej., el de cónyuges, el de padre e hijo, el de hermanos, etc. Por ello estos estados causan deberes y derechos generalmente recíprocos. Decimos "generalmente" porque en algunos casos esa reciprocidad falta; así sucede en el caso del viudo o soltero.

c) Oponibilidad: El estado es oponible *erga omnes*, lo que se manifiesta a través del ejercicio de los derechos que de él emanan o cuando medie su invocación ante quienes pretendan desconocerlo o menoscabarlo.

d) Estabilidad: El estado tiene permanencia, es decir que subsiste mientras no acaezca un hecho o un acto jurídico que produzca su modificación o extinción; como pueden serlo la muerte, el matrimonio, el divorcio, etc. Es decir que si bien es estable no es inmutable.

g) Inalienabilidad: Obviamente el estado no es transmisible por actos jurídicos; así nadie podría ceder su calidad de esposo o de hijo. Pero además es intransigible conforme lo dispone el art. 1644 que dispone que *no pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas.*

Sin embargo, como lo dispone el mismo artículo, se puede transar sobre los derechos patrimoniales derivados del estado. De acuerdo con ese criterio, la jurisprudencia ha admitido la validez de las transacciones celebradas sobre bienes hereditarios si no implicaba renuncia al estado civil invocado por las partes.

h) Imprescriptible: El estado es imprescriptible, en el sentido de que no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo. Pero ello no obsta a que en beneficio de su estabilidad, ciertas acciones de estado estén sometidas a plazos de caducidad.

24. Efectos

El estado de las personas produce los siguientes efectos:

— sirve para determinar el número y la naturaleza de los derechos y las obligaciones que incumben a las personas. Así el matrimonio crea entre los cónyuges obligaciones distintas de los convivientes.

— influye en la capacidad de ejercicio y en el nombre de las personas;

— determina incapacidades de derecho (v.gr. art. 1002 que determina que los cónyuges no pueden contratar entre sí cuando optaron por el régimen de comunidad de bienes);

— origina un derecho subjetivo a favor de la persona por el cual ésta puede proteger su estado a través de las llamadas acciones de estado;

— en el derecho procesal es motivo de excusación o recusación (arts. 17 y 39, CPN); y de imposibilidad para declarar como testigo (art. 427, CPC);

— en el orden penal puede resultar factor eximente o agravante en la comisión de determinados delitos (arts. 185 y 80, CPN).

25. Título y posesión de estado

El estado de familia supone la existencia de un vínculo biológico, jurídico o procreacional. Así el estado de progenitor y el de hijo se fundan en el hecho biológico o asistido de la procreación; las suce-

sivas procreaciones entre los mismos progenitores generan el estado de hermanos.

Otros estados se originan en un acto jurídico; verbigracia, el estado de casado y los parentescos por afinidad encuentran su causa en el acto jurídico matrimonial.

a) El título de estado

Estos acontecimientos, hechos o actos jurídicos, causan el emplazamiento en el estado de familia, y constituyen el título del estado de familia en sentido material o sustancial.

A su vez, estos acontecimientos deben estar asentados en documentos públicos (partidas) que son el título formal del estado de familia. De este modo, el título sustancial o material del estado de hijo lo constituye el hecho jurídico del nacimiento y el título formal está dado por la partida en la cual consta ese hecho jurídico.

Cabe puntualizar que el título formal puede estar dado por una sola partida (v.gr. la de nacimiento cuando se trata del estado de hijo o padre), o por un conjunto de instrumentos públicos, como sucede cuando se trata de probar el estado de nieto o sobrino, supuesto en el que deben acreditarse distintos emplazamientos materiales.

Por otra parte, las partidas no son el único título formal. Es que una sentencia judicial recaída en una acción de estado que, a título de ejemplo, reconozca la existencia de una filiación de un matrimonio, constituye título suficiente del estado de familia. La posterior inscripción en el Registro Civil tiene una función de publicidad formal, pero la sentencia en sí ya es el título del estado de familia.

El CCyC admite el reconocimiento de hijos efectuado por instrumento público o privado reconocido (art. 571 inc. b), pero ese reconocimiento requiere la posterior inscripción en el Registro Civil y es esa inscripción la que otorga el verdadero título de estado formal.

El título constituye el medio de prueba inexcusable del estado civil a los efectos de su oponibilidad *erga omnes*. De modo que el matrimonio, la filiación, etc., se prueban exclusivamente por las respectivas partidas que los acrediten.

b) La posesión de estado

La posesión de estado consiste en el disfrute de un determinado estado de familia, sin que la persona tenga título para ese estado. Así, goza de posesión del estado de hijo quien, sin estar inscripto como tal, recibe de otra persona el trato de hijo, pudiendo también llevar su apellido, públicamente o no.

Los autores han coincidido en señalar que, al menos con relación al estado de hijo, históricamente se han requerido por lo menos tres elementos para que la persona goce de la posesión de un estado civil. Ellos son:

— *nomen:* es decir que la persona lleve el apellido de aquel con respecto al cual se comporta como hijo;

— *tractatus:* que la persona reciba el trato de hijo;

— *fama:* que el sujeto reciba públicamente tal trato y ello haga que el resto de la gente conozca tal circunstancia.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han reelaborado estos elementos, apuntándose que tanto el *nomen* como la *fama* son menos trascendentes que el trato, particularmente cuando se pretenda acreditar una relación de filiación extramatrimonial.

El art. 584 establece *La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético*. De donde la posesión de estado sigue teniendo una importancia significativa en las acciones de filiación —equiparada legalmente al reconocimiento expreso— sin distinción acerca de la supervivencia o no del padre.

En lo referente a la prueba del matrimonio, *la posesión por sí sola no es prueba suficiente para establecer el estado de casados o para reclamar los efectos civiles del matrimonio,* pero *si existe acta de matrimonio y posesión de estado, la inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio* (art. 423).

Se advierte nuevamente la importancia de la posesión de estado, en cuanto su acreditación junto a la constancia de un acto inválido, sirve para sanear esa invalidez formal.

26. Las acciones de estado

Las acciones de estado son las que se dirigen a obtener pronunciamiento judicial sobre el estado de familia correspondiente a una persona.

Las acciones de estado pueden dirigirse a:

— comprobar un estado de familia, de modo que de resultar acreditado se otorgue a quien la ejerce un título de estado de familia; entre éstas se encuentra la acción de reclamación de filiación (matrimonial o extramatrimonial), la acción de adopción (simple o plena), y la acción de reclamación de estado matrimonial cuando falta el acta de celebración;

— extinguir un título de estado de familia, por ej., la acción de nulidad de matrimonio, de nulidad de adopción, de desconocimiento de la paternidad o la maternidad;

— modificar el estado de familia de que se goza; por ej., la acción de divorcio.

No son acciones de estado y por ende no están sometidas a las reglas propias de éstas, las acciones de rectificación de partidas del registro civil, ni las denominadas acciones de ejercicio de estado, que son aquellas que importan poner en acción los derechos que emergen de las relaciones jurídico familiares: acción de alimentos, de fijación de régimen de visitas, de tenencia de hijos.

27. La prueba del estado

A nadie escapa la importancia que reviste para la sociedad el solo hecho de la existencia de una persona. Por el solo hecho de existir, nacen en cabeza de la persona un plexo de derechos cuya atribución la constituye precisamente en ese carácter.

La misma importancia tiene la acreditación de la muerte pues a partir de allí termina la existencia de persona y se transmiten sus derechos.

Por último, la modificación de la edad implica pasar de ser menor de edad a adolescente y de adolescente a persona adulta.

De allí la importancia que en la vida social y en el Derecho revisten la existencia y el estado de las personas, y la necesidad de probar estos extremos en forma fehaciente. La forma adecuada de hacerlo es mediante la registración del nacimiento, la muerte y de toda otra circunstancia que pueda modificar el estado de las personas.

a) Los registros civiles

Los registros civiles son creados y regulados por cada provincia, pero la ley 26.413 establece un marco regulatorio nacional, su art. 1 dispone: *Todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

Cada registro debe llevar distintos libros (los nacimientos, matrimonios, defunciones o incapacidades se registrarán en libros por separado) que son conformados con folios individuales numerados, del cual se toman las copias. El original y la copia así obtenida, tienen carácter de instrumento público (art. 5).

b) Las partidas

La prueba del estado civil se acredita con las partidas expedidas por el Registro Civil que son los asientos en sus registros. A partir de dichos asientos se extienden los testimonios (copias fieles de los asientos) a las cuales ordinariamente también se los denominan partidas.

Las partidas constituyen instrumentos públicos destinados a suministrar una prueba cierta del estado de las personas (art. 289 inc. c) y crean la presunción legal de la verdad de su contenido, en los términos prescriptos por el Código.

Debemos señalar que los registros civiles pueden otorgar otros instrumentos que acrediten los asientos en sus libros. *Los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la dirección general y/o sus dependencias que correspondan a inscripciones registradas en sus libros... son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido* (art. 23 de la ley 26.413).

c) Personas intervinientes

La confección de una partida del estado civil supone la intervención del oficial público y de una o varias personas distintas, que le suministran los elementos del acto que debe registrar. Estas personas, cuyo número varía según la naturaleza de las actas, pueden desempeñar tres funciones diferentes; pueden ser partes, declarantes o testigos.

Se llama parte a la persona a la que concierne el acta, la que puede actuar por sí o por medio de apoderado.

Los declarantes son las personas que hacen conocer al oficial público el hecho que debe inscribir, cuando la persona de la que se trata no está en estado de hacerlo (nacimiento) o ya no existe (defunción).

Por último, los testigos son los que manifiestan que el acto o hecho les consta; actualmente su importancia es menor, y por ello sólo son requeridos para los matrimonios (art. 418).

d) Prueba del nacimiento y la muerte ocurridos en la República

El art. 96 establece: *El nacimiento ocurrido en la República, sus circunstancias de tiempo y lugar, el sexo, el nombre y la filiación de las personas nacidas, se prueba con las partidas del Registro Civil. Del mismo modo se prueba la muerte de las personas fallecidas en la República.*

La partida no prueba sólo el nacimiento de la persona sino las circunstancias de tiempo y lugar, como así también el sexo y la filiación. Por ello, esa norma debe complementarse con el art. 559 que establece el *Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.*

El hecho de la defunción, por regla general, se debe acreditar con un certificado médico extendido de puño y letra por el médico que hubiera asistido al fallecido en su última enfermedad. A partir de dicho certificado médico se gestiona la partida de defunción que otorga el Registro Civil.

e) La rectificación de las partidas

Como toda actividad humana, la inscripción en los registros está sujeta a la posibilidad de errores e irregularidades. Es por eso necesario prever la forma de subsanarlos.

El último párrafo del art. 96 establece: *La rectificación de las partidas se hace conforme a lo dispuesto en la legislación especial.* La ley 26.413 establece como principio general, que *registrada una inscripción, la misma no podrá ser modificada sino en virtud de resolución o disposición de autoridad competente.* El procedimiento judicial resulta en principio inexorable y tramita bajo la forma sumaria.

Excepcionalmente, las inscripciones podrán ser modificadas por vía administrativa, de oficio o petición de parte, cuando existan errores u omisiones materiales en los libros que surjan evidentes del propio texto o de su cotejo con otros instrumentos públicos.

f) Nacimiento o muerte ocurridos en el extranjero

El art. 97 dispone: *El nacimiento o la muerte ocurridos en el extranjero se prueban con los instrumentos otorgados según las leyes del lugar donde se producen, legalizados o autenticados del modo que disponen las convenciones internacionales, y a falta de convenciones, por las disposiciones consulares de la República.*

En esta materia rige el principio que establece que las formas y las solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado (art. 2649).

En su segundo párrafo el art. 97 contempla el supuesto de los hijos de argentinos nacidos en el extranjero y de la muerte de los ciudadanos argentinos ocurrida también en el extranjero, disponiendo que los *certificados de los asientos practicados en los registros consulares argentinos son suficientes para probar el nacimiento de los hijos de argentinos y para acreditar la muerte de los ciudadanos argentinos.*

El art. 74 de la ley 26.413 establece que la inscripción en estos casos se debe hacer en libros especiales, con su debida legalización. El art. 76 aclara que si el documento a inscribirse estuviera redactado en idioma extranjero, deberá ser acompañado de su correspondiente traducción al idioma nacional, la que deberá ser hecha por traductor público debidamente matriculado.

g) Falta de registro a nulidad del asiento

El Código prevé especialmente el supuesto de falta de registro o nulidad del asiento. *Si no hay registro público o falta o es nulo el asiento, el nacimiento y la muerte pueden acreditarse por otros medios de prueba* (art. 98).

La falta de registro puede ocurrir por haberse destruido o por una omisión. En cuanto a la nulidad, debe aclararse que significa la nulidad de la instrumentación del acto y no del acto en sí mismo. En otras palabras, la nulidad de la partida priva de efectos a la instrumentación del acto, pero no invalida los efectos del acto.

También debe señalarse que es criterio uniforme en la doctrina nacional, que la validez de las partidas debe ser mirada con cierta benignidad. La nulidad se produce por fallas esenciales de la partida, como puede ser la falta de firma de las partes o del oficial público competente, o la falta de firma de los testigos esenciales del acto. Puede además, producirse cuando la partida contenga enunciaciones que no se correspondan con la realidad, como es el caso de la partida de defunción de un individuo que se halle con vida.

Por lo demás, las partidas revisten el carácter de instrumentos públicos y les comprenden las causales de nulidad previstas para aquéllos. Remitimos en este punto al capítulo correspondiente.

La prueba supletoria será aquella que, a falta de la partida, permita al juez arribar a la certera convicción de que el hecho ha ocurrido.

h) Caso específico de desaparición o destrucción del cadáver

El Código prevé un supuesto específico de prueba de la muerte que consiste en la desaparición del cadáver o cuando por su estado de descomposición o destrucción, la persona fallecida no puede ser identificada.

Si el cadáver de una persona no es hallado o no puede ser identificado, el juez puede tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, si la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida como cierta (art. 98 segundo párrafo).

Nótese que en este caso, se tiene certeza de la muerte pero el cuerpo no puede ser hallado o resulta irreconocible. Por ejemplo, en la destrucción del crucero General Belgrano durante la Guerra de las Malvinas (2/5/1982), el efecto de la bomba arrojada por los ingleses y las condiciones del clima, ocasionaron que muchos cuerpos no fueran hallados, como sucede generalmente en los naufragios o los accidentes aéreos. Es decir, en estos casos no estamos ante el supuesto de desaparición de la persona que daría lugar a su declaración de ausencia, sino de desaparición o grave destrucción del cadáver.

Para presumir la muerte bastará con la imposibilidad de contar con un cadáver. El día del fallecimiento deberá ser determinado por el juez conforme la fecha del siniestro u otras circunstancias.

i) Determinación de la edad

El último supuesto especial que establece el Código en relación a la prueba del estado, está relacionado con la determinación de la edad. *Si no es posible establecer la edad de las personas por los medios indicados en el presente Capítulo, se la debe determinar judicialmente previo dictamen de peritos* (art. 99).

Estamos ante el supuesto de una persona que no cuenta con su partida de nacimiento y debe acreditarse su edad. El CCyC establece como prueba la pericial pero ello no implica que sea la única prueba, ya que puede también emplearse la prueba documental, como las constancias del nosocomio donde el parte hubiera tenido lugar, o las partidas parroquiales del bautismo si las hubiera, o la libreta de familia, la declaración de testigos, etc. De lo expuesto surge que el informe de los peritos puede verse complementado con otras pruebas.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

FAYT, Carlos S., *El nombre. Un atributo de la personalidad. El derecho de los padres a elegir el nombre de los hijos*, La Ley, Buenos Aires, 1996; PEREIRA, María V., en RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2014; PLINER, Adolfo, *El nombre de las personas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 137; QUIRNO, Diego, *Capacidad, nombre y domicilio*, Astrea, Buenos Aires, 2011; RIVERA, Julio César, *El nombre en los derechos civil y comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1977; SAUX, Edgardo, en LORENZETTI, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, TOBÍAS, José W., *Derecho de las Personas*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

AZPIRI, Jorge Osvaldo – RATO, María Clara, "El artículo 5 de la ley del nombre y su eventual inconstitucionalidad", DFyP 2011 (agosto), p. 259; CÓRDOBA, Marcos M. – DE LA PUENTE, Vanesa G., "La preeminencia del apellido paterno respecto del materno contraría normas de jerarquía constitucional", DFyP 2013 (septiembre), p. 163; GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., "El nombre de las personas de existencia visible", LL 2013-A-744; GRAFEUILLE, Carolina E., "Una medida estatal de acción positiva que posibilita la realización de derechos fundamentales", DFyP 2013 (noviembre), p. 220, KOON, María Lucila, "Modernas tendencias en materia de apellido familiar", DFyP 2011 (enero-febrero), p. 206; íd., "Reflexiones sobre el nombre de las personas naturales en el Proyecto de Código Civil y Comercial", DFyP 2012 (julio), p. 299; MAYO, Jorge en BUERES, Alberto (dir.) – HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 1995; MILLÁN, Fernando, "Reemplazo del apellido paterno a causa del abandono y la violencia ejercida contra el hijo", LL 2011-C-339; íd., "Causas que admiten suprimir el apellido paterno. Dos precedentes de relevancia", DFyP 2011 (junio), p. 81; íd., "Acto jurídico de emplazamiento en la nueva identidad de género", DFyP 2012 (septiembre), p. 227; íd., "La igualdad jurídica de la mujer en la elección del apellido de los hijos", LL 2015-C-413; PEREIRA, María Victoria, "Realidad biopsicosocial de una persona que no la identifica", DFyP 2014 (enero), p. 242; íd., "El nombre de la persona humana", SJA 2015/09/02-3; JA 2015-III; QUIRNO, Diego Norberto – CRISCI, Anabella, "El apellido del hijo extramatrimonial", DJ 2/11/2011, 11; RÍOS, Juan Pablo – SCOCOZZA, Romina D., "El apellido de los hijos. Un precedente que fortalece el principio de igualdad y no discriminación", DFyP 2013 (marzo), p. 159; SABENE, Sebastián E., "Inscripción tardía de un nacimiento y derecho al nombre", DFyP 2013 (mayo), p. 53; SAUX, Edgardo I., "El apellido como componente social del nombre: ¿orden público o autonomía de la voluntad?", LL 2011-D-1049; TISSERA COSTAMAGNA, Romina, "El derecho-deber del nombre: la ley 18.248 y el Código Civil y Comercial", DFyP 2015 (julio), p. 177; TOBÍAS, José W., "La persona humana en el Proyecto", LL 2012-D-743; TORRÉS SANTOMÉ, Natalia E., "Derecho a la identidad y cambio de nombre", DFyP 2014 (mayo), p. 261; VELOSO, Sandra F., "¿Qué apellido debe proceder luego de una sentencia de filiación. ¿El de la madre o el del padre?", DFyP 2011 (octubre), p. 286.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

TColegFamilia Rosario, n. 5, 2/6/2011, "P., C. E. c/ P., H. G.", DFyP 2011 (agosto), p. 260, cita online: AR/DOC/3064/2012.

JFamilia Córdoba, 4ª Nom., 31/10/2012, "E. C. y otro", DFyP 2013 (marzo), p. 159, cita online: AR/JUR/64872/2012.

JCivyCom. Córdoba, 38ª Nom., 21/11/2013, "Ch. C., L. E. s/ sumarias", DFyP 2014 (enero), p. 242. Cita online: AR/JUR/78497/2013.

CNCiv., sala E, 20/11/2014, "D. L. P., V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo", LL 2015-C-414, cita online: AR/JUR/73840/2014.

CAPÍTULO XIII
DERECHOS PERSONALÍSIMOS

I. NOCIONES INTRODUCTORIAS

1. Concepto

Los derechos personalísimos —también llamados derechos de la personalidad— son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad.

2. Naturaleza jurídica

Los derechos personalísimos constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral.

3. Contenido

En esta categoría quedan comprendidos el derecho a la vida (antes y después del nacimiento), el derecho a la integridad física y el derecho a la disposición del cadáver, que son los que hacen a la personalidad física. También están comprendidos los derechos al honor, a la identidad personal, a la intimidad y el derecho a la imagen, como tutelares de la personalidad espiritual. Asimismo, habría que incluir

los derechos a la libertad y a la igualdad, en sus diversas manifestaciones. De todos ellos nos ocuparemos en particular más adelante.

4. Origen y evolución

Los derechos personalísimos son el resultado de una elaboración dogmática moderna.

Es recién a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial que las constituciones de los países que salían de regímenes totalitarios comienzan a enumerar una serie de derechos "humanos" que van más allá de las enumeraciones de las declaraciones de derechos del ciudadano del siglo XVIII, y entonces se empieza a hablar de la intimidad, la imagen, la dignidad personal, la integridad física. Y la doctrina reacciona a través de una elaboración dogmática de lenta evolución estimulada, en gran medida, por circunstancias sobrevinientes derivadas del acelerado avance operado en las ciencias y los progresos alcanzados por nuevas y asombrosas técnicas médico-quirúrgicas, la ingeniería genética, y la modificación de las condiciones de vida.

Ese movimiento ha tenido repercusión en el derecho internacional. Por ello numerosas convenciones internacionales han ido tratando cuestiones de derechos humanos. Algunas de manera general, como la Convención Europea de Derechos Humanos o el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos); otras en aspectos particulares: Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación de la Mujer, de Derechos del Niño, de Derechos de las Personas con Discapacidad, etc.

Ya hemos señalado que ese derecho supranacional ha venido a quedar "constitucionalizado" con la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22 CN).

Ello se ha trasvasado a la legislación infraconstitucional con leyes que han tratado materias específicas: los trasplantes de órganos, la Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño 26.061, la Ley de Salud Mental, etc.

Pero lo que la doctrina venía reclamando desde antiguo era un régimen integral y sistemático de los derechos de la personalidad, lo que se consigue con el nuevo CCyC 2015. Y ello es razonable pues los derechos de la personalidad constituyen el reflejo de los derechos humanos en el ámbito del derecho privado. Por lo demás, como también

ha sido dicho en reiteradas oportunidades a lo largo de esta obra, el CCyC pretende concretar la denominada constitucionalización del derecho privado, y por ello los arts. 1 y 2 apuntan a la Constitución y los tratados de derechos humanos como fuente del Derecho y como criterio de interpretación, como fuente integradora del ordenamiento y como límite axiológico para la interpretación y aplicación de la ley.

5. Caracteres

Siguiendo las enseñanzas de Cifuentes, decimos que los caracteres de estos derechos son los que siguen:

a) *Innatos*

Corresponden a la persona desde el origen de ésta.

b) *Vitalicios*

Rigen durante toda la vida de la persona. Por regla general se considera que estos derechos se agotan con la muerte de la persona; no obstante, existe una notable tendencia a ampliar su marco de acción, estimándose que, por lo menos, ciertos aspectos se trasladan a los herederos del titular, pudiendo éstos ejercer algún tipo de acción; ello sucede, particularmente, en el ámbito de los derechos a la intimidad y al honor.

c) *Necesarios*

No pueden faltar durante la vida del ser humano, ni pueden perderse de modo definitivo. Este carácter es consecuencia de los dos anteriores.

d) *Esenciales*

Porque representan un mínimo imprescindible para el contenido de la personalidad humana, y porque tienen por objeto los bienes más elevados frente a otros materialmente importantes.

e) *De objeto interior*

Las manifestaciones de la persona que corresponden a los derechos personalísimos son interiores, inseparables de ella. Son modos peculiares de su ser.

f) *Inherentes*

Existe una unión inseparable del objeto respecto del sujeto.

g) *Extrapatrimoniales*

Si bien, *prima facie*, los derechos personalísimos son de contenido extrapatrimonial, en caso de ser lesionados generan a favor de su titular una acción de resarcimiento económico, sin perjuicio de que aquél puede requerir, también judicialmente, las medidas necesarias para prevenir o hacer cesar la agresión antijurídica, y obtener el restablecimiento pleno de los derechos afectados.

h) *Relativamente indisponibles*

No pueden ser enajenados ni transferidos mientras viva la persona. Esto deriva de ser ellos vitalicios, inherentes y necesarios. Sin embargo, esto admite ciertas salvedades. Puede ocurrir que el sujeto consienta la intromisión en su intimidad y aún que la fomente.

i) *Absolutos*

Son oponibles *erga omnes*. En todas las demás personas recae una obligación pasivamente universal, en el sentido de que es deber de ellas respetar las facultades del sujeto. Este carácter no debe ser entendido como que atribuye al ejercicio del derecho un alcance ilimitado. Todo derecho encuentra su límite donde aparece el contacto con los derechos de las demás personas.

j) *Autónomos*

El conjunto de los caracteres precedentemente enumerados conforma una particular categoría de derechos subjetivos que bien se diferencian de todos los demás. Es, como lo hemos dicho, una categoría inconfundible de derechos subjetivos que tienen por ello carácter autónomo.

6. Clasificación

Habida cuenta de la complejidad del contenido de estos derechos, se estima que la clasificación de los mismos ha de hacerse relacionándolos con los bienes jurídicamente protegidos, o sea, aquellas múltiples manifestaciones que parten de la persona y tienen un particular modo de ser.

A ese fin procede distinguir:

— derechos que protegen las manifestaciones físicas de la persona;

— los que protegen las manifestaciones espirituales de la misma; y,

— los que protegen las libertades.

Es de advertir que con la expresión "manifestaciones físicas y espirituales de la persona", quedan comprendidas todas las posibles facetas de los derechos personalísimos, sin necesidad de tener que proceder a una enumeración específica de ellos.

Así, dentro de las manifestaciones físicas se incluyen los aspectos fundamentales de las atribuciones que la persona tiene sobre su vida, su propio cuerpo, su salud y sobre sus despojos mortales, en un doble sentido: la posibilidad de efectuar actos de disposición y la protección frente a la agresión de terceros. Así quedan comprendidos, además del derecho a la vida, el derecho a la integridad física como defensa ante un posible atentado, el derecho a la disposición del cuerpo y el derecho a disponer del cadáver.

Dentro de las manifestaciones espirituales cabe incluir: la protección del honor, la intimidad, la identidad y la imagen, de cualquier forma que se vean atacados y en sus conceptos más amplios.

Entre las libertades cabe mencionar: la libertad de movimiento, la libertad de las acciones, la libertad de conciencia, la libertad de expresión de las ideas y la libertad de realizar actos jurídicos.

7. Fundamento único. Principio básico establecido por el CCyC

El art. 51, con el que comienza el Capítulo 3 —Derechos y Actos Personalísimos— del título I del Libro Primero, bajo el acápite *Inviolabilidad de la persona humana* dispone "*La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*".

La fuente inmediata del precepto proyectado es el art. 19 del Código Civil de Bas Canada que sentaba la regla fundamental de la inviolabilidad de la persona, la que se reitera en el art. 10 del Código Civil de Quebec, agregando este la noción de "integridad" de la per-

sona. El CCyC agrega la referencia a la dignidad que aparece en el art. 16 del Código francés.

El precepto legal recoge la idea de que la persona tiene un valor en sí misma y como tal cabe reconocerle una dignidad. De lo que se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo, salud), y en su propia dignidad (honor, intimidad, imagen, identidad), y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo. La relación de respeto mutuo que cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de éste es la relación jurídica fundamental, la cual es la base de toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en particular.

De modo que el art. 51 extiende su tutela a los derechos de la personalidad espiritual que se enumeran —no taxativamente— en el art. 52 (imagen, intimidad, identidad, honor o reputación) así como a cualquier otro que resulte una emanación de la dignidad personal. De la misma manera, la referencia a la inviolabilidad de la persona hace que esté tutelada la integridad física —por ende y primordialmente la vida— y la salud.

8. Clasificación de los derechos personalísimos

a) Los derechos sobre la personalidad física

Los derechos sobre la personalidad física protegen el bien básico que no es otro que la vida humana en todo lo que ella representa y entraña: la vida misma, el cuerpo y la salud.

Pero también aluden a la disposición del cadáver y a la memoria de la persona difunta respecto de la cual existe un deber genérico de respeto, que ha de ser impuesto a través de su tutela.

Estos derechos plantean numerosas cuestiones que iremos abordando en este capítulo.

b) Los derechos de la personalidad espiritual

Cuando hablamos de los derechos de la personalidad espiritual aludimos a bienes jurídicos tales como el honor (personal, profesional, y de los familiares vivos o muertos); y la intimidad, o sea, la reserva de la vida privada (personal, profesional, y de los familiares

vivos o muertos). Este último concepto, de complejo contenido, debe considerarse que comprende el secreto o reserva de los actos de la vida privada, sector que es quizás, el más trascendente del derecho a la intimidad; el secreto de la correspondencia epistolar y de los papeles privados.

Queda incluido en esta categoría, el derecho a la imagen, es decir, el derecho de la persona a impedir que se capte y/o reproduzca su propia imagen, por cualquier medio que sea, por personas a quienes no haya otorgado autorización expresa o tácita; y el secreto profesional, o sea, el derecho del confidente a que aquel que haya recibido la confidencia la mantenga en secreto. Los modernos desarrollos doctrinarios ponen de relieve que la persona tiene derecho también a la tutela de su identidad, lo que comprende el derecho al conocimiento de la identidad genética, así como al respeto de sus caracteres personales, ideológicos, sociales, políticos, etc.

II. EL DERECHO A LA VIDA

9. Su consagración constitucional y supranacional

La vida humana está protegida por disposiciones de derecho constitucional, penal y civil, así como por el derecho supranacional de los derechos humanos.

a) La Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos

La CN tutela la vida y la integridad física de las personas que habitan el suelo argentino (arg. corroborante del art. 18 que prohíbe la pena de muerte por razones políticas, los tormentos y los azotes).

Algunas modernas constituciones provinciales contienen el reconocimiento expreso del derecho a la vida desde el momento de la concepción en el seno materno (Const. Córdoba, reformada en 1987, art. 19, inc. 1; Const. Salta, de 1986, art. 10, inc. 1).

En el mismo sentido se pronuncia la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, derecho que está protegido por la ley en general desde el momento de la concepción (art. 4.1).

b) La cuestión en el Código Civil

Por regla general, en los códigos civiles no existe un reconocimiento expreso del derecho a la vida y de sus consecuencias. De allí que, normalmente, la protección de la vida humana se manifiesta a través del derecho al resarcimiento a favor de los parientes de la persona que ha sido privada de aquélla.

Pero además existen otras cuestiones que pueden tener repercusión en el derecho privado tales como el aborto y la eutanasia.

Trataremos brevemente estas cuestiones.

10. El valor de la vida humana

De acuerdo con una corriente jurisprudencial, no unánime y ni siquiera predominante, basta con que se haya privado de la vida a alguien para que exista daño resarcible, pues la vida humana constituye por sí un valor susceptible de apreciación pecuniaria, aunque no se pruebe que el muerto realizara tareas remuneradas y aun cuando sus únicas actividades fueran las propias del hogar, sin que sean indemnizables sólo los daños materiales, sino también otros perjuicios indirectos.

Sin embargo, éste no ha sido el criterio de la jurisprudencia y doctrina mayoritarias en la Argentina. De allí que el CCyC dispone —en el art. 1745— que en caso de fallecimiento la indemnización comprende: *"a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal; b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes; c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido"*.

11. El aborto

Ya se ha dicho que el art. 19 CCyC dispone que la persona comienza con la concepción. A ello debe agregarse que la Convención Americana protege la vida "en general" desde la concepción; y que para el Código Penal el aborto es un delito, salvo que fuese practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (art. 86, inc. 1, Cód. Penal, conf. ley 23.077). Es lo que se conoce como aborto terapéutico o necesario.

Tampoco es punible el aborto, si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto (art. 86, inc. 2, Cód. Penal, conf. ley 23.077).

La Corte Suprema ha resuelto, en el año 2012, que la exención de pena puede extenderse al aborto hecho en una mujer cuyo embarazo proviene de una violación aunque no sea demente o idiota. En este importante pronunciamiento la Corte ha sentado los siguientes criterios:

(i) que la Constitución y los tratados de derechos humanos no sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad.

(ii) que los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos, debiendo practicarlos requiriendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación.

La práctica del aborto, incluso el terapéutico, requiere el consentimiento de la mujer embarazada. Ello deviene de los principios generales y ahora encuentra fundamento en la ley 26.529 de Derechos del Paciente que exige el consentimiento informado para cualquier tratamiento o intervención sanitaria y respeta explícitamente el principio de autonomía.

En el caso de una persona incapaz, el consentimiento debe prestarlo su representante legal; así surge también de la ley 26.529.

Pero tratándose de menores debe tenerse en cuenta la vigencia de la ley 26.061 y lo previsto por el art. 2, inc. e) de la ley 26.529. Este inciso de la Ley de Derechos del Paciente, en su segundo párrafo, dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. Estos criterios están además consolidados por el CCyC (arts. 26 y 59).

Debemos recordar además que algún tribunal, con elevado criterio, resolvió aun antes de esta nueva legislación, que debía rechazarse la solicitud de autorización para la interrupción de un embarazo, efectuada por la madre de una menor violada, si era la voluntad de la menor continuar adelante con la gestación.

12. Adelantamiento del parto del feto anencefálico

Otra cuestión resuelta por la CSN fue la posibilidad de adelantar un parto de un feto anencefálico, cuyo único destino era pues la muerte posterior al nacimiento.

En ese caso la CSN autorizó el adelantamiento del parto arguyendo que no se pedía autorización para efectuar un aborto, ya que no se persigue una acción que tenga por objeto la muerte del feto y que las posibilidades de vida del feto fuera del seno materno son nulas, sin que exista ninguna diferencia —en cuanto a su posibilidad de sobrevida— entre inducir el parto prematuramente o esperar el transcurso de los nueve meses de gestación.

13. La píldora del día después

Algunos mecanismos anticonceptivos están destinados a impedir la anidación del huevo fecundado; y ello es considerado por algunos como una técnica abortiva y que como tal debería estar prohibida.

La cuestión llegó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia en el caso "El Portal de Belén", asociación civil que interpuso un amparo contra el Ministerio de Salud de la Nación para que se impidiera la venta de un fármaco llamado Inmediat, el cual actuaría según el prospecto que lo acompañaba *"modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación (del óvulo)"*.

Sostuvo la Corte que ese efecto descripto *"...ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior"*. De lo que concluyó que todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo, por lo que hizo lugar —como decíamos— a la acción de amparo.

Esta sentencia —dictada por la CSN con una integración muy distinta a la actual— constituye una injerencia injustificada en la esfera de decisión de las parejas que tienen relaciones sexuales y pueden pretender legítimamente no concebir un hijo. Si lo que propiciamos es una comunidad liberal, el Estado no debe entrometerse en estas cuestiones, y menos limitando la libertad de las personas para elegir la vía más apropiada para el desarrollo de su personalidad.

En la misma idea, Graciela Medina afirma: "...las formas como los individuos organicen su *sexualidad, y su capacidad reproductiva*, son actos que no pueden ser motivo de ordenación jurídica porque son actos meramente internos que hacen a su vida privada los cuales no pueden ser ordenados por la justicia, y no trascienden de la interioridad de los sujetos, en tanto y en cuanto sean ejercidos libremente y por personas capaces (...) No se puede imponer coactivamente a toda la población el ordenamiento de su sexualidad, ni la utilización de los métodos de contracepción que una determinada religión (ni aún cuanto ésta fuera la mayoritariamente aceptada por la población) considera éticos, ya que una imposición de esta naturaleza sería violatoria del derecho a la vida privada de los individuos", así como del derecho a elegir las vías que consideren más apropiadas para el libre desarrollo de su personalidad.

14. La eutanasia. El derecho a una muerte digna

El tema de la muerte digna se vincula con la eutanasia, así como con el rechazo del paciente a someterse a tratamientos médicos.

a) Planteo del tema

En los tiempos que corren es frecuente asistir a la prolongación de la vida con tratamientos médicos de toda especie; ello ha causado a veces que la vida vegetativa se extienda por prolongados términos de tiempo.

Más compleja es la situación en que el propio paciente solicita la supresión de los mecanismos que lo tienen ligado a la vida, como sucedió en el caso de una joven, identificada como Nancy B., que le pidió autorización a un juez de Quebec para desconectar un respirador al que estaba sometida, de manera permanente, como consecuencia de una rara neuralgia cerebral que la había paralizado desde el cuello hacia abajo; lo cual también fue autorizado y poco después se produjo su muerte.

Finalmente, otro aspecto del tema es la posibilidad de que las personas prevean —estando sanas y en pleno ejercicio de su conciencia— las conductas que deban seguirse para el caso de que, en el futuro, pudieran estar en una situación de vida vegetativa o sometidas a tratamientos de prolongación de la vida, que considerasen violatorios de su dignidad personal.

b) La eutanasia

En sentido amplio, este vocablo significa buena muerte, serena, tranquila, sin sufrimiento. En sentido más preciso, es la muerte que, deliberadamente, se provoca para extinguir la vida de quien padece una enfermedad incurable y dolorosa, a fin de evitarle los sufrimientos de una larga y penosa agonía.

c) Distintos tipos de eutanasia

La doctrina contemporánea distingue entre eutanasia voluntaria e involuntaria, y ambas, a su vez, pueden ser activa o pasiva.

Eutanasia voluntaria es aquella en que el paciente presta su consentimiento para que (i) se le suspendan los tratamientos terapéuticos que le prolonguen la vida o se niega a someterse a una intervención quirúrgica o tratamiento de cualquier especie (eutanasia voluntaria pasiva), o (ii) se le suministren medicamentos o drogas para producir la muerte (eutanasia voluntaria activa).

Eutanasia involuntaria es aquella en que el paciente por su mismo estado no puede prestar su consentimiento; por lo que otros —sus parientes o los médicos— deciden: (i) privarle de la vida mediante una acción (suministrarle una droga) (eutanasia involuntaria activa) o (ii) suprimir los tratamientos de prolongación de la vida (eutanasia involuntaria pasiva).

d) Legislación argentina

Nuestro derecho penal no autoriza la eutanasia ni tampoco la tipifica como delito autónomo. En consecuencia, la producción por otro de la muerte de una persona enferma, en la situación de hecho que la *eutanasia involuntaria activa* presupone, debe ser encuadrada dentro de la figura delictual del homicidio (arts. 79 y ss., Cód. Pen.). Del mismo modo, la eutanasia voluntaria activa sigue siendo un delito, pues el consentimiento de la víctima no priva de ilicitud al acto.

La eutanasia involuntaria pasiva es sumamente compleja de tratar. Lo cierto es que, al menos como regla de principio, el médico debe hacer todo lo necesario para prolongar la vida del paciente (ley 17.132). Parece razonable la distinción que se hace en doctrina: en un sentido riguroso habría que entender por eutanasia pasiva la producción de la muerte de una persona a través de la omisión de *medios proporcionados o necesarios*. Por lo que no cabría calificar como eutanasia la omisión no sólo legítima, sino éticamente debida, de *medios desproporcionados* —lo que se denomina "encarnizamiento terapéutico"— para mantener una vida artificial sin que haya una relación de proporcionalidad con la finalidad perseguida.

La eutanasia voluntaria pasiva merece una consideración muy particular, que hacemos seguidamente.

e) La eutanasia voluntaria pasiva: el derecho a una vida y a una muerte dignas

La recepción de tratamientos médicos está sujeta inexorablemente al consentimiento del paciente, quien puede negarse a recibirlos. Por lo demás, no puede negarse a ninguna persona el derecho a una muerte digna, y también a una vida digna, en lo cual entran a jugar valoraciones personales siempre respetables.

Muchos argumentos se han dado para justificar esta solución. De entre ellos destacamos:

— está en juego el principio de autodeterminación (art. 19 CN); en definitiva es una faceta de la libertad individual que la Constitución garantiza plenamente;

— y también es una faceta o corolario del derecho a la dignidad personal, valor fundante de todos los derechos de la personalidad y elemento primario de la relación jurídica fundamental;

— esa dignidad y esa libertad sólo pueden ser coartadas cuando las conductas del sujeto afecten a terceros.

f) La cuestión en el derecho nacional

La jurisprudencia argentina ya había aceptado el principio según el cual nadie puede ser sometido a un tratamiento médico —clínico o quirúrgico— sin su consentimiento. Ello ha quedado definitivamente consagrado con las leyes de derechos del paciente, su reforma y finalmente con el CCyC que en el art. 59 dispone: "*Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario*".

Por lo demás la ley 26.742 ha modificado el inc. e) del art. 2 de la Ley de Derechos del Paciente 26.529 el que ha quedado así redactado: "*El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significarán la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente*".

Haciendo aplicación de esta norma, la CSN ha confirmado la sentencia que avaló la supresión de hidratación y alimentación por sonda a un paciente en estado vegetativo. En este punto la CSN consideró, en una sentencia del año 2015, que la hidratación y alimentación por estos procedimientos son tratamientos médicos y pueden ser suspendidos bajo la normativa vigente, sin que sea necesaria autorización judicial.

g) Directivas anticipadas

La Ley de Derechos del Paciente en el art. 11, bajo el acápite "Directivas anticipadas" dispuso que "*Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes*".

La Ley de Muerte Digna —26.742— aprobada por el Congreso en mayo de 2012, también contempla las disposiciones para la propia incapacidad o testamento vital.

El nuevo texto agrega un párrafo al que hemos transcripto en el apartado precedente. En él se establece una regla sobre forma que dice: "La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó".

Por último, la cuestión ha sido abordada por el CCyC que en su art. 60 se refiere a las Directivas Médicas Anticipadas, disponiendo: "*La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento*".

Entendemos que la norma del CCyC es muy valiosa pues no sólo prevé directivas médicas anticipadas, sino que también autoriza a dar mandato para la propia incapacidad. Este mandato, inversamente a lo que sucede con los mandatos ordinarios, no sólo no se extingue con la incapacidad del mandante, sino que asume eficacia cuando la persona es declarada incapaz o de capacidad restringida o se halla en condición tal que no puede expresar su voluntad.

Por lo demás creemos que, más allá de lo que reza el epígrafe del artículo, el mandato puede abordar otras cuestiones no relacionadas con la salud. Así el mandante podrá habilitar al mandatario para vender o comprar, o administrar ciertos bienes o cualquier otro acto que pueda realizarse por mandatario.

Finalmente es relevante la posibilidad de que la persona pueda designar a quien haya de dar el consentimiento para los actos médicos sobre ella, así como quien ejercerá su curatela o apoyo en caso de ser restringida su capacidad en los términos del art. 32 del CCyC.

III. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

15. Introducción

A modo de introducción al desarrollo de los temas que ocuparán nuestra atención en los próximos números, decimos que, en el estudio del derecho a la integridad física se encuentran comprendidos dos aspectos fundamentales:

— la determinación de las atribuciones que la persona debe tener sobre su propio cuerpo y sobre sus despojos mortales, y la fijación de sus límites;

— la tutela legal que posibilite el efectivo ejercicio de ellas frente a la oposición, al atentado o a la amenaza de agresión que puedan provenir de terceros o del Estado; y que, asimismo, establezca los recursos y sanciones correspondientes.

a) Regla básica

Como principio general, debe tenerse presente que el cuerpo humano no es una "cosa" en el sentido legal de objeto material susceptible de tener un valor.

Al respecto debe tenerse en cuenta lo previsto por el art. 17, conforme al cual "*Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales*".

b) Cuestiones que plantea

El derecho a la integridad física plantea problemas de dos órdenes:

— en primer lugar, todos tienen derecho a que su integridad física sea respetada, por lo que quien sufre un daño no justificado tiene derecho al resarcimiento; ésta es una cuestión que incumbe a la responsabilidad civil del dañador y al derecho a la reparación de la víctima;

— en segundo término se halla la cuestión del consentimiento para los actos de disposición del propio cuerpo, lo que involucra aspectos tales como el consentimiento para los tratamientos médicos, los trasplantes de órganos y los actos peligrosos.

16. Tratamientos médicos

a) Requisitos de licitud

El tema de los tratamientos médicos y las operaciones, cualesquiera sean sus fines, interesa a nuestro estudio en la medida en que ellos ponen en compromiso la vida, la salud y la integridad física de las personas.

Para que sean considerados lícitos deben responder a algunos de estos objetivos: la preservación y curación de la salud del sujeto, evitarle un mal grave o corregir defectos de carácter estético. También pueden verse motivados por razones altruistas, como cuando se procura beneficiar a otra persona o encontrar respuesta —por vía de experimentación— a interrogantes científicos.

b) Consentimiento del paciente

En términos generales, puede decirse que lo que legitima la actuación médica es —además de su finalidad aceptable— el consentimiento del paciente, que será válido si éste tiene capacidad para prestarlo. Esta facultad que nace de la libertad personal, la autonomía y el derecho al cuerpo, debe ser ejercida dentro de los límites enmarcados por la ley y en consonancia con el poder de policía que al Estado compete para hacer efectiva la protección del bien común. Así, la conformidad del paciente sería insuficiente para habilitar una operación quirúrgica a realizarse por quien carece del respectivo título habilitante, y tampoco sería bastante para justificar la operación, si ésta ha de producir una disminución de la capacidad física o mental del enfermo sin que exista una indicación terapéutica o profiláctica determinada por el interés del paciente.

En síntesis: el consentimiento por sí solo no privaría de ilicitud a una intervención que persiguiera meros fines experimentales o fuese innecesaria o inmoral (como la automutilación sin una finalidad terapéutica o altruista).

c) Fuente legal de la exigencia del consentimiento

La ley 26.529 de Derechos del Paciente dispone expresamente que el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos, como así también, a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad (art. 2 e). Ello ha sido reiterado por el CCyC en el art. 59. De allí que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario exija con carácter general el previo consentimiento informado.

d) Definición legal de consentimiento informado

El consentimiento debe ser informado, entendiéndose por tal la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente información clara, precisa y adecuada con respecto a: su estado de salud, el procedimiento propuesto con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados del procedimiento, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados (art. 5).

El CCyC reproduce esta enumeración y agrega dos incisos: uno que es reproducción de la Ley de Muerte Digna, para el caso de enfermedad irreversible o incurable o estado terminal o haber sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación; y el otro que marca que el paciente tiene que recibir información sobre su derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento (art. 59, incs. g y h).

e) Forma

El consentimiento informado puede ser verbal; se exige la forma escrita y la firma del paciente cuando preceda a: internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, o aquéllos que implican riesgos y la revocación del consentimiento dado.

f) Excepciones al consentimiento informado

No se exige el consentimiento del paciente cuando mediaren grave peligro para la salud pública o una situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente y éste no pudiere prestarlo por sí o a través de sus representantes legales (art. 9 de la Ley de Derechos del Paciente).

La primera es una excepción a la autonomía personal fundada en la necesidad de preservar la salud pública, por ej., en caso de enfermedades que presentan grave riesgo de contagio generalizado. Responde a la misma razón por la cual son obligatorios las vacunaciones o los tratamientos de las enfermedades infecciosas, como las venéreas (ley 12.331).

g) Quién presta el consentimiento

El art. 59 *in fine* del CCyC dice que "*Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente*".

h) Consentimiento en caso de menores

Si el paciente es menor de edad debe tenerse en cuenta —la vigencia de la ley 26.061 y lo previsto por la ley 26.529, art. 2 inc. e)—, en cuanto dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud.

Ello además de las reglas del art. 26 CCyC que:

— considera adulto con relación a su cuerpo a la persona que ha cumplido 16 años de edad, con lo cual a partir de esa edad quien presta el consentimiento es exclusivamente el menor, sin que sea requerida la asistencia de sus progenitores;

— el menor entre 13 y 16 años puede consentir por sí tratamientos no invasivos que no comprometan su estado de salud ni provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física.

— Y, siempre para los menores entre 13 y 16 años, si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el menor debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; y el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

i) Rechazo del tratamiento. Obligación de los médicos de respetar la voluntad del sujeto

Los médicos deben respetar la voluntad del sujeto; así surge del contexto legal vigente a partir de la Ley de Derechos del Paciente; en concreto, ella así lo determina cuando se trata de las disposiciones anticipadas (art. 11) y cuando alude a la revocación del consentimiento (art. 9).

Si la decisión del paciente importa su negativa a tratarse o a operarse, el médico debe abstenerse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos.

j) Revocación del consentimiento

La persona que dio su consentimiento puede revocarlo (art. 10, ley 26.529), con lo cual queda impedida la actuación del profesional.

El arrepentimiento del paciente no acarrea a éste responsabilidad jurídica por el incumplimiento, únicamente la obligación de abonar los gastos que se hayan realizado como consecuencia directa del consentimiento anteriormente manifestado.

17. Tratamientos quirúrgicos prohibidos

a) Principio general

En términos generales, puede decirse que están prohibidos todos aquellos tratamientos quirúrgicos que no respondan a fines que hagan lícito el obrar del cirujano o que no cuenten con el consentimiento del paciente o de quien pueda darlo en su lugar. En este sentido las operaciones meramente experimentales podrían caer en esta prohibición.

b) Operaciones de cambio de sexo

También se debatió durante largo tiempo si las operaciones de cambio de sexo podían ser realizadas o no. La cuestión ha sido transada por la ley 26.743 de Identidad de Género que al definirla dice que "*Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido*" (art. 2).

c) Prácticas esterilizantes

Por su parte la ley 26.130 del año 2006, estableció un régimen en virtud del cual las personas capaces y mayores de edad pueden solicitar que se les realicen prácticas esterilizantes como la "ligadura de las trompas de Falopio" y "ligadura de los conductos deferentes o vasectomía" y ello sin necesidad de consentimiento del cónyuge o de autorización judicial".

18. Exámenes médicos y vacunaciones: la cuestión de su obligatoriedad

a) Principios y excepciones

Para la realización de exámenes médicos, también se requiere la conformidad de la persona. Por excepción, existen exámenes médicos prescriptos con carácter obligatorio. Entre éstos cabe mencionar, a título ejemplificativo: el examen exigido para obtener el certificado prenupcial, que es requisito para poder contraer matrimonio (leyes 12.331 y 16.668); el que deben cumplir los postulantes a empleos públicos, o las personas interesadas en ingresar a establecimientos de enseñanza.

Sobre el punto, la ley de Derechos del Paciente establece en su art. 9 que "No se exige el consentimiento del paciente cuando mediare grave peligro para la salud pública" y ello aplica tanto a exámenes cuanto a procedimientos y terapias.

Por su parte la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que no puede convalidarse la negativa de los padres a vacunar a sus hijos menores de edad.

b) Exámenes médicos como prueba en juicio

En el caso de exámenes y reconocimientos médicos que las leyes procesales autorizan a ofrecer como prueba, puede ocurrir que ellos deban ser realizados sobre la persona del litigante adversario y que éste se niegue, por diversos motivos, a someterse al propuesto reconocimiento pericial. En tal situación, no cabe el cumplimiento compulsivo de la prueba, pero sí procede que esa actitud pueda ser valorada como grave presunción en desfavor del litigante oponente, la cual, si es complementada por otras pruebas o indicios, puede habilitar al juzgador a formar convicción en el sentido de tener por cierto el hecho que se intentó probar mediante esa prueba pericial. Éste es el criterio jurisprudencial seguido por nuestros tribunales.

La CSN también convalidó la negativa de una persona a ser sometida a una extracción de sangre para probar su filiación en el marco de una acción penal contra quienes habrían sido sus apropiadores (causa Vázquez Ferrá).

En la causa Gualtieri, ya con otra integración de la Corte Suprema, se ratificó el criterio sentado en Vázquez Ferrá. Allí se dijo, entre otras cosas "*...que sería prudente que el Estado evitase el penoso espectáculo del ejercicio de coacción física sobre una persona adulta para hacerle sufrir una lesión subcutánea que, en verdad, y cualesquiera sean los antecedentes de la legislación comparada, no se haya* (*sic* rectius: halla) *previsto en la ley*" y que se ratifica en el voto de la Dra. Argibay cuando expresa: "*...es difícil concebir algo más 'privado' que el propio cuerpo... el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada, en la que rige el principio de autonomía personal...*".

En esa misma causa se legitimó, en cambio, la obtención de prueba mediante otros procedimientos, por ej., la requisa de peines o cepillos de dientes de donde se pudiera obtener información genética.

19. Tratamientos con fines experimentales

a) Principios generales

Por regla general debe sentarse que ese interés social es insuficiente para justificar que las personas sean sacrificadas contra su voluntad.

Nuestra doctrina considera que sería lícito el ofrecimiento voluntario para someterse a una experimentación científica, cuando se trata de la preservación urgente de la salud general (Orgaz, Cifuentes). En la historia, hay numerosos ejemplos de actitudes altruistas como éstas.

El CCyC contiene una norma extensa y detallada sobre el tema de los tratamientos experimentales. Es el art. 68 que bajo el acápite *Investigación médica con personas humanas* prevé el siguiente contenido:

"La investigación médica con seres humanos relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad no están comprobadas sólo puede ser realizada si se cumplen los siguientes requisitos:

a) ser la única alternativa frente a otras de eficacia comparable;

b) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que se sujeta a la investigación; el consentimiento es libremente revocable;

c) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;

d) asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación;

e) ser parte de protocolos de investigación para determinar su eficacia y seguridad;

f) contar con la aprobación previa por parte de un comité de evaluación de ética en la investigación;

g) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente".

20. La autolesión. Deportes peligrosos

Este tema se relaciona con las lesiones que al cuerpo y a la salud puedan resultar por actitud voluntaria del propio sujeto que las sufre. Esto abre la cuestión relativa a determinar hasta qué punto le es lícito a la persona colocarse en situación de peligro grave, y cuáles son el valor y los efectos jurídicos atribuibles al compromiso que haya contraído ofreciendo realizar una prestación o actividad de por sí riesgosa, en la que se exponga la vida o la integridad física.

El CCyC aborda la cuestión en el art. 54 estableciendo que "*No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias*".

21. Actos de disposición sobre partes renovables del cuerpo humano

a) Planteo del tema

Son comunes los negocios jurídicos que se realizan sobre las partes renovables del cuerpo humano (cabello, leche materna, sangre).

Para responder a la pregunta de la validez o invalidez de estos negocios, se parte de distinguir según estén separados del cuerpo o no, los elementos renovables. Mientras no lo estén, es decir, mientras los cabellos no estén cortados, el negocio jurídico carece de eficacia y no puede ser exigido su cumplimiento.

Una vez separados del cuerpo, esos elementos pasan a ser cosas, y por ende, pueden ser objeto de un negocio jurídico eficaz y por lo tanto exigible; siempre que no existan reglamentaciones especiales, como sucede con la sangre, cuya donación en nuestro país está regulada por la ley 22.990.

La persona que haya prometido la dación de partes renovables de su cuerpo puede revocar el consentimiento en cualquier momento, antes de la separación, como lo habíamos dicho.

b) La Ley de Sangre

La ley 22.990 regula la donación y utilización de sangre humana, con extremado detalle.

En lo que nos interesa ahora, señalamos que la ley prevé la gratuidad de la donación sanguínea (arts. 15 y 43), salvo situaciones de grave emergencia relativas a grupos raros o escasos, supuestos en los cuales se podrá fijar una retribución uniforme para todo el país y por un plazo no mayor de tres días (art. 50). Asimismo, el receptor de sangre no deberá efectuar pago alguno (art. 51).

Por lo demás, la extracción de sangre sólo podrá ser realizada en los bancos de sangre legalmente autorizados (art. 15).

IV. LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS

22. Su importancia actual. La regulación en el derecho argentino

a) Introducción

El trasplante de órganos es una técnica que presupone la realización de operaciones mutilantes en el cuerpo de una persona ("dador") con la finalidad de beneficiar no a ésta sino a otro individuo ("receptor"), afectado por una enfermedad considerada incurable de otro modo y previsiblemente mortal.

Los altos riesgos de las operaciones de ablación e implante, sus previsibles secuelas y limitaciones resultantes, así como los beneficios humanos obtenibles, el razonable resguardo de los bienes y derechos personalísimos implicados, la necesidad de dar adecuada solución a las situaciones jurídicas conflictivas que puedan derivarse y la finalidad de contener la comisión de abusos éticamente reprobables y asegurar, en lo posible, el éxito de esas operaciones, constituyen importantes motivaciones que justifican la oportuna intervención del Estado a efectos de reglamentar tales actos médicos y de condicionar su realización al cumplimiento de prudentes requisitos, según seguidamente veremos.

b) Legislación argentina

En el Derecho argentino la regulación ha ido evolucionando. Actualmente rige la ley 24.193 con las modificaciones impuestas por la ley 26.066.

23. Recaudos legales

Los recaudos exigidos por la ley para autorizar un trasplante de órganos son:

— Inexistencia de otra alternativa terapéutica;

— Que se trate de técnicas corrientes o no experimentales. El decreto reglamentario realiza una enumeración que incluye las prácticas médico-quirúrgicas de ablación e implante de: corazón, vasos y estructuras vasculares, pulmón, hígado, páncreas, intestino, riñón y uréter; elementos del sistema osteoarticular; piel, córnea y demás tejidos constitutivos del ojo; tejidos constitutivos del oído medio y externo, duramadre; órganos dentarios erupcionados y no erupcionados; y elementos del sistema nervioso periférico;

— La inexistencia de daño grave para el dador;

— La finalidad deber ser el mejoramiento de la salud del receptor;

— Que intervenga un equipo médico especializado;

— Que se realice en un establecimiento médico autorizado.

24. Personas legitimadas para dar y recibir órganos

a) Principio general

De conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la ley 24.193, la persona capaz, mayor de 18 años, podrá voluntariamente autorizar la ablación en vida de algún órgano o material anatómico de su propio cuerpo con fines de trasplante, en tanto el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que sin ser su cónyuge, conviva con el donante en una relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua y no interrumpida; este lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieran nacido hijos. En todos los casos será indispensable el dictamen favorable del equipo médico a que se refiere el art. 3.

En los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer ser dador sin las limitaciones de parentesco establecidas en la ley; y los que tengan menos de 18 años podrán ser dadores —con autorización de su representante legal— sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados precedentemente. El consentimiento de la persona capaz o el del representante legal en su caso son insusceptibles de ser reemplazados por el consentimiento de un tercero.

Cabe destacar ahora la incompatibilidad de estas reglas de capacidad con las del CCyC que establecen que quien ha cumplido 16 años es considerado adulto con relación a su cuerpo (art. 26). Podría entenderse entonces, que quien ha cumplido esa edad puede consentir por sí una ablación con finalidad de trasplante con destino a un receptor autorizado. Remitimos a lo dicho en el capítulo de capacidad de los menores.

b) Fundamento

La razón de ser de que la operación para el trasplante esté limitadamente autorizada entre los parientes consanguíneos que la ley deja precisados, está dada por el hecho de que se ha comprobado que tratándose de parientes consanguíneos existen mayores probabilidades de que no se produzca el fenómeno de rechazo inmunológico y, por tanto, de que se tengan mejores perspectivas de éxito. La ley procura que se eviten sacrificios estériles.

La autorización en lo referente a cónyuges y a padres e hijos adoptivos, es explicable por motivaciones asentadas en sentimientos de solidaridad familiar. De otro lado, la limitación a los parientes tiene también por objeto evitar la "venta" de órganos.

Pero algunos pronunciamientos judiciales han hecho caso omiso de esta limitación y han autorizado trasplantes al margen de la ley.

c) El consentimiento no se puede suplir por el representante legal

El mismo art. 15 de la ley vigente dispone: "El consentimiento del dador no puede ser sustituido ni complementado...".

La solución de la ley es la correcta, pues la aptitud de dar órganos es materia atinente a la capacidad de derecho, por lo que la incapacidad no puede suplirse por el representante legal.

Cuadra señalar que en un caso resuelto por la Corte Suprema nacional, antes de la reforma a la ley, se autorizó la ablación de un riñón de una adolescente de 17 años para implantarlo en su hermano mayor de 24. Tal decisión dio lugar a severa crítica doctrinaria pues importó suplir por vía de autorización judicial una verdadera incapacidad de derecho.

Siguiendo la línea de razonamiento antes expuesto, nuestros tribunales han rechazado un pedido hecho por los padres de una persona insana, para que fuera autorizado a dar un riñón a su hermano de 25. La sentencia sostuvo que se trataba de una incapacidad de derecho no suplible; lo que justificó en que la dación del órgano en vida es el ejercicio de un derecho personalísimo en el que la voluntad de la persona resulta insustituible e insoslayable.

d) Consentimiento informado

La ley detalla cuidadosamente la información que debe ser suministrada a dador y receptor (art. 13).

e) Revocación del consentimiento

El art. 15 de la ley dispone que el consentimiento del dador puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad. La retractación del dador no generará obligación de ninguna clase.

25. Implantación de órganos cadavéricos

a) Acto de disposición sobre el propio futuro cadáver

El art. 19 bis de la ley 24.193 establece que *"La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado"*.

De modo que el principio es que salvo que hubiere manifestación expresa en sentido contrario, estarán disponibles para la ablación e implante los órganos y tejidos de toda persona mayor de 18 años que no tuviera deficiencias en su entendimiento.

b) La obligación de expresar la voluntad de donar

El art. 20 de la ley 24.193, en su actual redacción, establece que todo funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas estará obligado a recabar de las personas capaces y mayores de 18 años, que concurran a dicho organismo a realizar cualquier trámite a que expresen su voluntad sobre la materia. La respuesta o la negativa a expresarla deberán ser asentadas en el documento nacional de identidad del declarante.

V. EL CADÁVER

26. Concepto

El cadáver es el cuerpo de la persona una vez que ésta ha dejado de existir. Desde un punto de vista jurídico-legal, cabe que se lo conceptúe como un bien material, externo, de peculiares características, tutelado por los usos y costumbres, la religión, la moral y el derecho positivo. En principio no es comerciable, aunque puede ser objeto de algunas relaciones jurídicas y de limitados actos de disposición, a título gratuito, según hemos visto anteriormente.

27. Naturaleza jurídica

Se ha discutido si el cuerpo humano una vez muerto se convierte o no en una cosa, en sentido jurídico, disponible a título oneroso o gratuito. Diversas son las opiniones que han sido dadas.

Muchos autores, incluso nacionales, afirman que el cadáver es una cosa, aun cuando en principio deba estimarse que está fuera del comercio.

A esta tesis se replica que el cadáver, como tal, carece de "valor", por lo que no encuadraría en el concepto de cosa. Sin embargo, apunta Malicki que el valor no necesariamente debe ser patrimonial o económico; en el caso, está dado por la idoneidad para cumplir

una finalidad social o humanitaria (argumento que actualmente encuentra sustento ahora en el art. 17 CCyC). Tal sucede con el cadáver cuando es dispuesto para la donación de sus órganos a quienes los necesiten, o para objeto de estudio.

Por lo demás, existen ciertos casos en los que, incluso, están sometidos a cierta comercialidad. El cadáver ignoto, reducido al esqueleto, puede ser comercializado con finalidad de estudio o investigación. Es que, como dice Cifuentes, en estos casos se produce la total independencia de esos restos con la personalidad del muerto, lo que permite excepcionar la regla de la extracomercialidad del cadáver.

En consecuencia, con el alcance indicado, puede aceptarse que el cadáver es cosa, por regla general, *extracomercium*.

28. Legitimación para disponer del cadáver

El CCyC ha venido a suplir el silencio de la legislación adoptando una norma que sigue el criterio de la jurisprudencia. Es el art. 61 que dice: "*La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad*".

VI. LA LIBERTAD COMO DERECHO PERSONALÍSIMO

29. Significado de la palabra libertad

En el sentido general, el concepto de libertad comprende, pues, dos aspectos: la libertad como estado, condición o situación sin trabas ni impedimentos; y la libertad como facultad, poder, prerrogativa o derecho. En tal sentido, puede decirse que el hombre experimenta la libertad como un "sentirse libre de" y como un "sentirse libre para".

Por un lado, la libertad presupone una liberación de toda servidumbre o esclavitud, y, por otro lado, una absoluta posibilidad de elección y de realización.

Corresponde incluir el derecho a la libertad entre los derechos personalísimos, en tanto constituye una inconfundible categoría de derecho subjetivo innato, esencial e inalienable —entre otras características— que pertenece a la persona por su sola condición humana, y que se encuentra respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral.

30. La libertad como atributo de la persona

La libertad individual es un atributo natural que el hombre posee por el solo hecho de ser persona. Él nace libre. Su existencia tiene por condición la libertad, aun cuando, como es comprensible, su ejercicio lo irá teniendo de modo gradual y progresivo, en la medida de su madurez.

31. La libertad civil. El art. 19 de la Constitución Nacional

Dentro de las distintas clases de libertades que corrientemente distingue la doctrina de autores, corresponde considerar la libertad civil, entendida como el poder o facultad de hacer en la esfera de las relaciones humanas todo aquello que las leyes no prohíben, y de no hacer todo aquello que las leyes no imponen como obligación.

En general, la libertad civil comprende las libertades privadas inherentes a la personalidad humana y las inherentes a la personalidad jurídica, las cuales consisten, en unos casos, en facultades o derechos (libertades de locomoción, de enseñar y aprender, de contratar, de comerciar, etc.), y en otros, en seguridades y garantías (inviolabilidad de domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados, etc.).

En esta materia de libertades individuales civiles, es capital el art. 19 de la Constitución Nacional; el cual en su segunda parte prescribe: "*...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*".

Es preciso tener en consideración que el art. 19 de la Constitución Nacional no se limita a asegurar la libertad de los actos privados, sino que también asegura la libre elección de los estilos de vida; en definitiva, es el marco normativo del principio de autodeterminación. Así lo ha declarado la Corte Suprema de la Nación en distintos pronunciamientos en los últimos años.

32. La libertad en la legislación civil

El derecho supranacional es abundante en textos que aseguran la libertad de las personas. Pero también lo es la legislación civil en aspectos concretos.

Con relación al Proyecto de Código Civil 1998, decíamos en anteriores ediciones que "...asume a la libertad individual como uno de los valores fundantes del modelo de sociedad delineado por la Constitución Nacional, y ello se proyecta en criterios generales y en normas particulares".

Lo mismo debe decirse con relación al CCyC, pues la constitucionalización del derecho privado que propone implica la adopción de soluciones acordes con los principios del liberalismo político que inspiran a la Constitución. Ello se evidencia en múltiples soluciones concretas, entre las cuales vale destacar:

— la previsión explícita de que la persona afectada en su salud mental tiene derecho a la alternativa terapéutica menos limitativa de su libertad personal;

— una mayor libertad de los padres para elegir el prenombre y el apellido de sus hijos; así como el propio apellido de los cónyuges;

— la regla según la cual nadie puede ser sometido a un tratamiento médico sin su consentimiento;

— se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave la libertad de las personas (art. 344);

— la libertad de convenir un régimen alternativo de bienes en el matrimonio;

— la posibilidad de divorciarse sin expresión de causa;

— las ideas de capacidad y autonomía progresiva de los menores;

— un mayor ámbito de libertad en la configuración de ciertos derechos reales, especialmente la propiedad horizontal.

Y se evidencia hasta en la terminología del CCyC que, por ej., sustituye *patria potestad* por *responsabilidad parental,* expresión que —incluso— se ha preferido a "*autoridad parental*" que se usa en Francia y Quebec.

Por supuesto que el CCyC también establece —como lo hacen todos los Códigos del mundo— la libertad de contratar en sus diversos aspectos: libertad de contratar o no; libertad de elegir con quien contratar; libertad de determinar el contenido del contrato. Ello sin perjuicio de limitaciones específicas que emerjan de la legislación.

Debemos además señalar dos cuestiones antes de concluir este parágrafo. La primera es que los Fundamentos no aluden expresamente a la libertad como valor fundante de la legislación proyectada, pero hacen referencia explícita a la igualdad. Así, en los Fundamentos se lee: "*Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En nuestra posición, se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerable*", con lo que parece adherir a la vertiente del liberalismo igualitario al que hemos hecho referencia en el capítulo I.

La segunda es que la idea de libertad como sustento de la regulación aparece claramente limitada con la regulación que se hace del concubinato, llamado en el CCyC "unión convivencial", de la que resultan significativas limitaciones a los proyectos de vida de las personas solteras.

VII. LA IGUALDAD

33. Noción

La Constitución Nacional garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Es ante todo un derecho que tiene un contenido negativo: el Estado en su legislación no debe efectuar distinciones arbitrarias o irrazonables (discriminaciones), de modo que conforme a un criterio tradicional, la igualdad jurídica consiste en igualdad de trato ante circunstancias iguales, lo cual excluye los privilegios o las discriminaciones.

Sin embargo, la noción de igualdad no se reduce hoy a la mera ausencia de privilegios para ciertos grupos o de distinciones arbitrarias o irrazonables para otros. Es que constituye un contenido de la igualdad la idea de igualdad de oportunidades, lo que requiere del Estado una acción positiva o afirmativa consistente en el otorgamiento de beneficios especiales a determinadas categorías de individuos, para

remover los obstáculos de tipo social y económico que, de hecho, limitan la igualdad de posibilidades.

Este criterio que ha nacido en los Estados Unidos se ha extendido e incluso está hoy establecido en la Constitución Nacional reformada en 1994 (arts. 37 y 75, inc. 23 Const. Nac.).

34. Las fuentes

a) Fuente constitucional

La igualdad es uno de los valores primordiales de la Constitución Nacional la cual dispone en su art. 16: *"La Nación no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas"*.

Pero este dispositivo, que proviene de la Constitución de 1853, debe ser aprehendido hoy a la luz de la lectura conjunta de los arts. 37 y 75, inc. 23.

El primero de ellos establece en su segundo párrafo: *"La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral"*.

Y el inc. 23 del art. 75 prevé como atribución del Congreso: *"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"*.

b) Fuentes internacionales

Además, la regla de la igualdad está consagrada en los textos internacionales (Pacto de San José de Costa Rica, art. 24; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 3) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3, 26 y 27).

La Argentina también ha ratificado e incorporado a la Constitución Nacional la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que obviamente tiene como línea directriz y finalidad principal la igualdad y no discriminación.

c) Fuente legal. La ley antidiscriminatoria

En nuestro país rige la ley 23.592 que sanciona penal y civilmente a quien realice actos discriminatorios. Su art. 1 establece: "*Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o características físicos*".

La ley establece también un tipo penal, consistente en participar en organizaciones o realizar propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma (art. 3).

35. La igualdad y la no discriminación: sus efectos en el Derecho Civil

La regla de igualdad y no discriminación tiene múltiples efectos en el derecho civil. Por empezar, la igualdad del hombre y la mujer supone la eliminación de todas las discriminaciones en contra de ésta.

En nuestro derecho civil no existen diferencias entre extranjeros y nacionales, ni mucho menos sostenidas en otras razones; desde la Ley de Matrimonio Civil todos los habitantes tienen asegurada la celebración del matrimonio frente al Estado y si lo quieren ante el ministro de su culto. En nuestro derecho tampoco subsisten las desigualdades entre los hijos legítimos o ilegítimos (que el Código en su redacción original distinguía entre naturales, sacrílegos, incestuosos y adulterinos).

La sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario 26.618 ha supuesto también la eliminación de lo que algunos consideraban una discriminación o diferencia injustificada.

La Ley de Identidad de Género tiende también a eliminar discriminaciones causadas en la orientación sexual.

Otro campo es el contractual; un acto discriminatorio muy evidente consiste en rechazar contratar con alguien por su origen racial, étnico, ideas políticas o pertenencia a un grupo minoritario; en los países europeos se ha visto ello reflejado en la negativa de los nacionales de alquilar sus casas a los inmigrantes; en casos patológicos se rechaza la permanencia de ciertas personas en lugares públicos como bares o restaurantes.

En nuestro país, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil trató el tema de la discriminación en materia contractual en una acción en la cual se reclamaban daños y perjuicios por el trato discriminatorio sufrido por una pareja perteneciente a la religión judía, a quienes una propietaria negó el alquiler de un inmueble por su afiliación religiosa.

36. Reconocimiento jurisprudencial de la existencia de "legislación sospechada"

En la doctrina y jurisprudencia estadounidenses se originó la idea de las *categorías sospechosas*; lo cual quiere decir que *son sospechadas de inconstitucionalidad las medidas legislativas (o acciones de otro tipo incluso de particulares) que tengan a estos grupos como destinatarios*. En nuestro derecho ello tiene reflejo en la ley antidiscriminatoria cuando ella dispone que "se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

En nuestro país existen muchas normas que exigen la nacionalidad argentina para el ejercicio de ciertas profesiones o cargos y ellas fueron declaradas legítimas en algunos viejos casos. Ahora bien, es justo destacar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene desempeñando un rol importante desactivando resabios discriminatorios que existen en nuestra legislación de distinta jerarquía.

Así, con relación a la categoría de legislación sospechosa de discriminación por razón del origen nacional de las personas, la Corte ha dictado varias sentencias valiosas, de las cuales en definitiva resulta que la exclusión por el *origen nacional* encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos (Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) prohíben, lo que "hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba" (caso Hooft).

37. El Código Civil y Comercial

El CCyC trata de superar las distinciones entre hombre y mujer, cuya subsistencia puede parecer irrazonable. Ya nos hemos referido a este punto, pero destacamos aquí algunas disposiciones:

- en materia de nombre ya se ha señalado que los cónyuges podrían elegir que apellido llevar, así como el que se atribuiría a los hijos comunes;
- elimina la presunción de administración del marido de los gananciales de origen dudoso, que ya ha sido declarada inconstitucional por un tribunal;
- la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio o en la unión convivencial es absoluta;
- autoriza a los cónyuges a pactar un régimen alternativo de bienes en el matrimonio;
- se persigue la igualdad real, protegiendo a los débiles; ello se evidencia en las normas sobre contratos al consumidor.

También se eliminan otras discriminaciones, tales como la incapacidad del religioso profeso y la del sordomudo que no pueda darse a entender por escrito.

Finalmente, al tratar del régimen de los derechos personalísimos, establece que tiene derecho a una indemnización todo aquel que de cualquier manera se vea afectado por otro en su dignidad personal. Claramente los actos discriminatorios afectan la dignidad personal.

38. La situación jurídica de la mujer; género y derecho

a) *Planteo de la cuestión*

Todas las obras de derecho civil trataban de la situación jurídica de la mujer explicando su evolución desde el Código Civil, en que la mujer casada era una incapaz de hecho relativa hasta nuestros días.

Lo cierto es que el tema ha ido perdiendo relevancia, desde que la igualdad del hombre y la mujer está consagrada a nivel constitucional con la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación. Obviamente el CCyC consagra la más absoluta igualdad y más aun hasta suprime alguna terminología que considera discriminatoria; así, no dice padres sino progenitores, lo que parece un poco exagerado.

Por ello estas cuestiones relacionados con la mujer —y otras personas— se engloban en lo que más genéricamente se denomina problemática de género, la que va mucho más allá de la mera cuestión de la capacidad de la mujer como sujeto de relaciones jurídicas y aborda infinidad de cuestiones que van desde la disposición de su propio cuerpo y por ende del aborto, la utilización de métodos contraceptivos, la libertad sexual y por tanto la violación en el matrimonio; las relaciones laborales y el acoso sexual, el acceso al empleo, a la educación, a las funciones públicas y por ende las acciones positivas que pueden disponerse desde el Estado, la igual retribución que el varón, todo lo relativo a la violencia doméstica, y en general a la estructura de una sociedad que se sigue viendo como fundamentalmente patriarcal, esto es, con un claro dominio del varón y una situación rezagada de la mujer más allá del reconocimiento formal de la igualdad jurídica.

Por lo demás, la mirada tradicional respondía a la diversidad de sexos; pero he aquí que sexo y género no son lo mismo. El sexo para crear categorías distingue entre hombres y mujeres o, en términos más de la naturaleza, machos y hembras de la especie humana. Género, en cambio, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo. Así, la distinción busca poner en evidencia que una cosa son las diferencias biológicamente dadas y otra la significación que culturalmente se asigna a esas diferencias.

b) *Ley de Violencia contra la Mujer*

La legislación se completa con la ley 26.485, denominada "Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales" que pretende suprimir toda conducta discriminatoria.

c) *Ley de Identidad de Género*

(i) Noción de género

La ley 26.743 dispone que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género (art. 1), que es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios.

(ii) Derechos

El principal efecto práctico de la ley es que "*Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida*" lo que sujeta a una serie de requisitos que se enumeran más adelante.

(iii) Requisitos

La ley contiene soluciones que superan los modelos conocidos en el derecho comparado, en tanto el cambio de sexo no produce la extinción del vínculo matrimonial, no es necesaria la intervención judicial ni se requiere ningún tipo de prueba para solicitar el cambio de sexo y de nombre.

Ello surge del art. 4, conforme al cual la "*...persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:*

1. *Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad...*

2. *Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.*

3. *Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico".*

(iv) Menores

La reasignación del género también puede ser solicitada por menores de edad, lo que deben hacer a través de sus representantes legales. Se trata de un caso en que deben confluir las voluntades del representante y del menor; pero si no fuera posible obtener el consentimiento del representante legal o éste lisa y llanamente lo negara "*...se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/las jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*" (art. 5).

Desde la entrada en vigencia del CCyC es dudoso si se mantiene el requisito de los 18 años de edad, pues conforme al art. 26 la persona es considerada adulto con relación al cuidado de su cuerpo.

(v) Inscripción

Dispone el art. 6 de la ley que cumplidos los requisitos "*...el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila. Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma".*

(vi) Efectos

Conforme al art. 7, los efectos "*...de la rectificación del sexo y el/los nombre/s de pila, realizados en virtud de la presente ley serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registro/s.*

La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción.

(vii) Arrepentimiento

En caso de que el sujeto que ha cambiado de género quiera volver a hacerlo, suponemos que para restituirse al original, debe requerir autorización judicial (art. 8).

VIII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

39. Concepto

a) Noción de intimidad

Se entiende por "intimidad" el ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones, de los asuntos, de los sentimientos, creencias y afecciones de un individuo o de una familia. Es lo más personal, interior o privado; lo que no se desea dar a conocer ni dejarse ver ni sentir.

b) Definición del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad es el que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la

autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas.

De él se ha dicho, diversamente, que es el derecho del individuo a una vida retirada y anónima; el derecho a no ser importunado; el derecho de una persona a ser libre, de llevar su propia existencia como estimase más conveniente y sin interferencias exteriores; el derecho a que se respete la vida privada y familiar, etc.

c) Terminología

Es también llamado "derecho de intimidad", "derecho a la vida privada", "derecho sobre la propia esfera de secreto", "derecho a la privacidad". En otros países: *right of privacy*, *diritto a la riservatezza*, *le droit à l'intimité de la vie privée*, etc.

40. Caracteres

El derecho a la intimidad es —ya lo dijimos— uno de los derechos personalísimos que tienen por titular al ser humano. Por tanto, participa de la naturaleza jurídica y de los caracteres que a aquéllos distinguen.

Pero cabe resaltar que este derecho presenta algunas peculiaridades que han sido puntualizadas por la doctrina contemporánea. Ellas son las facultades de exclusión y de autoconfiguración.

El primero de esos caracteres es que el derecho a la intimidad concede a su titular una facultad de exclusión, es decir, de la atribución de excluir a terceros de la intromisión en aquello que constituye la zona nuclear de la personalidad que constituye lo privado, lo reservado, lo íntimo.

A la vez, esa zona nuclear de la personalidad es autoconfigurada por el sujeto; a él le corresponde un poder definidor del ámbito protegido de su intimidad, manteniendo con sus propios actos una mayor o menor reserva, según su particular idiosincrasia, necesidades o aspiraciones.

41. Extensión y límites

Como veremos más adelante el CCyC no define la intimidad o privacidad. Tampoco lo hacen los documentos internacionales. De allí que ha sido preocupación de la doctrina y labor de la jurisprudencia ir definiendo cuáles son los ámbitos de la vida privada que están protegidos por este derecho y cuales sus límites.

a) Extensión: ámbitos tutelados

Se entiende que la intimidad protege:

— el secreto o reserva de los actos de la vida privada (la salud, el embarazo, las relaciones conyugales y paterno-filiales, los sentimientos religiosos, los recuerdos personales);

— el secreto de la correspondencia y los papeles privados, asegurado expresamente por la Constitución, se extiende a las comunicaciones de todo tipo incluso por medios electrónicos;

— la privacidad del domicilio, también garantizada de manera explícita por la Constitución. De donde nadie puede entrar al domicilio sin la orden de un juez competente; y la noción de domicilio es aquí notablemente amplia;

— el derecho a la imagen, que impide que otro capte o difunda nuestra imagen por cualquier medio. Es un derecho que ha ido independizándose y por ello adquiriendo autonomía;

— el derecho al secreto profesional; tenemos derecho a exigir a nuestro abogado o médico que guarde secreto sobre aquello que le confiamos.

b) Límites

La privacidad se encuentra en una suerte de conflicto permanente con la libertad de prensa y de información, con la crónica histórica, el humor, la caricatura. La jurisprudencia ha ido fijando algunos criterios que examinaremos más adelante al tratar concretamente del derecho argentino.

42. La protección en el Derecho Constitucional Argentino. Art. 19

Establece el art. 19 de la Constitución Nacional: "*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...*".

Se ha señalado que esta norma consagra el amparo de la intimidad de las personas e implica poner límites a las atribuciones de los poderes del Estado, en referencia a las conductas que dichas personas desarrollen dentro de la esfera privada y sin traspasar los límites que la mencionada norma prefija. Como hemos visto reiteradamente en esta obra, el art. 19 consagra el principio de autonomía personal, uno de los pilares de la filosofía liberal de la Constitución; y así lo ha interpretado y aplicado la Corte Suprema en numerosos casos.

El art. 18 de la misma Constitución preceptúa que el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados, y que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

La doctrina ha sostenido que en el orden constitucional el concepto de domicilio es muy amplio, y que la norma sobre la inviolabilidad de la correspondencia implica proteger el secreto de toda expresión privada de ideas.

43. La protección en el Derecho Civil. Generalidades

a) Textos legales

El CCyC consagra dos disposiciones a la materia.

Por un lado el art. 52 establece: "*La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1*".

A él se agrega el art. 1770 que dice: "*Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación*".

b) Inconveniencia del método seguido por el CCyC

El art. 52 no define el derecho a la intimidad, así como tampoco precisa los contenidos del derecho al honor o la reputación ni a la identidad. Así lo hacían también los arts. 110 del Proyecto de 1993 y 105 del Proyecto de 1998. Es que resulta suficiente con una norma abierta, que se limite a enumerar de manera no taxativa ciertos derechos —intimidad personal y familiar, honra o reputación, imagen e identidad— y a consagrar de manera explícita cuáles eran las acciones que podría ejercer el titular afectado.

Pero he aquí que ello queda desvirtuado con la norma incluida como art. 1770 ya que se produce una superposición injustificada entre los dos arts. 52 y 1770, que además no son coherentes entre sí. Adviértase que:

- El art. 52 alude explícitamente a la intimidad personal y familiar; el art. 1770 no contiene previsión alguna relativa a la intimidad familiar;
- El art. 52 alude a la prevención y a la reparación; el art. 1770 no menciona la prevención;
- El art. 52 no requiere que la afectación a la intimidad sea arbitraria; mientras que el art. 1770 mantiene este requisito calificador de la conducta antijurídica cuya supresión se propicia desde hace 20 años en los proyectos de reforma.

44. Exégesis del art. 1770

a) Antijuridicidad: la conducta reprochada

El hecho que da lugar a la protección legal es el entrometimiento arbitrario en la vida ajena que perturbe de cualquier modo su intimidad.

El entrometimiento (o intromisión) es la acción de quien se introduce o penetra donde no es llamado, interfiriendo en el ámbito pri-

vado ajeno. Puede ocurrir por hecho propio o por un hecho de otro por quien se deba responder. No es sancionable cuando la interferencia es solicitada o consentida por el propio sujeto que la sufre, o por quien tenga autoridad legítima sobre este último.

b) La arbitrariedad

La arbitrariedad implica que la acción de entrometimiento ha sido realizada "sin derecho"; en algunas hipótesis puede significar ejercicio de una prerrogativa jurídica más allá de los límites que ella tiene marcados, o sea, ejercicio abusivo de un derecho.

La doctrina propiciaba la eliminación de este recaudo.

c) Formas que puede asumir el entrometimiento

El entrometimiento arbitrario puede asumir formas diversas. Todas ellas son alcanzadas por la norma legal, lo cual así se desprende de la frase "perturbando de cualquier modo" la intimidad de otro, frase que autoriza a interpretar que las enunciaciones que dicha norma contiene, han sido formuladas con carácter simplemente ejemplificativo y no taxativo. Tales enunciaciones ejemplificativas son: la publicación de retratos; la difusión de correspondencia; mortificar a otro en sus costumbres y sentimientos.

Queda, pues, librada a la labor interpretativa de los jueces determinar, con arreglo a las circunstancias de cada caso, si la conducta que se imputa constituye o no una perturbación encuadrable dentro de las previsiones de la ley. Para ello se tendrán particularmente en cuenta cuáles son las materias tuteladas y la facultad de autoconfiguración de la zona de reserva.

d) Efectos

La protección frente a la conducta de quien arbitrariamente se entromete en la vida privada de otro, se manifiesta en:

— la prevención: el art. 52 CCyC dice claramente que la persona humana lesionada en su intimidad puede reclamar la "prevención y reparación" de los daños sufridos. Ello es coherente además con lo previsto en el art. 43 de la CN conforme al cual "*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...*". Ello no autoriza —de todos modos— ninguna forma de censura previa definitivamente clausurada por la CN y por la Convención Americana de Derechos Humanos.

— el cese de la actividad perturbadora. Debe entenderse que también podrá ser decretada antes que ésta, o antes de deducida la demanda, como medida cautelar, siempre que se cumplan las condiciones y requisitos exigidos por la ley procesal.

— la reparación de los daños y perjuicios, lo que se ajustará a las disposiciones del CCyC en materia de daño indemnizable;

— la publicación de la sentencia, conforme lo prevé expresamente el art. 1770.

45. La exclusión de la antijuridicidad de la conducta: intimidad y libertad de prensa

El CCyC no se refiere a esta cuestión. Pero es necesario exponer los criterios que han sido sentados por la jurisprudencia de la CSN a lo largo de numerosos pronunciamientos.

a) Todas las personas gozan de derecho a la intimidad

Al respecto debe mantenerse como regla de principio que todos los sujetos, aun aquellos que pueden ser calificados de personajes o personas de vida pública, etc., gozan del derecho a la vida privada; la sola notoriedad no autoriza a la prensa a invadir un cierto ámbito de reserva que debe ser reconocido a todo hombre. Así lo reconoció la CSN en el caso Ponzetti de Balbín, agregando que sólo es admisible la intromisión en ella cuando lo justifiquen intereses públicos prevalecientes, como la persecución del crimen, tutela de la salud o defensa de las buenas costumbres.

b) La libertad de prensa no es un derecho absoluto

En el caso Ponzetti de Balbín se atribuía responsabilidad a una revista de actualidades que había publicado en su portada una fo-

tografía de un líder político cuando se encontraba internado en la sala de cuidados intensivos de un sanatorio. Luego de su fallecimiento, su viuda y su hijo demandan a la editorial, la que se defendió invocando la libertad de prensa e información.

La Corte Suprema de la Nación admitió la demanda, afirmando que la libertad de prensa es un derecho absoluto sólo en un aspecto: el no estar sometida a censura previa. Pero su ejercicio puede naturalmente irrogar responsabilidades, y ello sucede cuando se abusa del derecho de informar, como había sucedido en el caso.

46. El factor de atribución de la responsabilidad: la real malicia

La responsabilidad de quien se entromete en la vida privada de otro puede serle atribuida por dolo o culpa.

La jurisprudencia de la Corte y la doctrina mayoritaria coinciden en esto y por ello excluye el riesgo como factor de atribución, por lo que quien pretenda atribuir responsabilidad al órgano o medio de prensa debe probar la culpa.

También es posible atribuir responsabilidad en función del factor de atribución objetivo abuso del derecho.

La CSN ha acogido una doctrina particular, conocida como de la real malicia, que exige probar la total despreocupación del órgano de prensa o del periodista por la verdad. Pero este factor de atribución anómalo —una suerte de culpa grave— se aplica en materia de daños al honor y no en materia de intimidad.

47. Legitimados para reclamar la prevención o reparación del daño

a) Principio general

Ya hemos dicho que todas las personas físicas son titulares del derecho a la vida privada; aún las que tienen trascendencia pública, artistas, deportistas, etc., de donde la intromisión sólo es legítima cuando responde a un interés público prevaleciente.

b) Los personajes

Como decíamos, la regla es que los hombres públicos tienen también un ámbito o esfera de su vida privada que debe quedar ajeno

a las intromisiones de la prensa o de terceros. Sin embargo, existe muchas veces un interés general en destacar algunas conductas o hechos desarrollados por dichos hombres, lo cual justifica la limitación excepcional que se ha dejado expuesta.

También se ha dicho que la tutela se limita respecto de las personas que por su propia acción han fomentado las indiscreciones de las que ulteriormente vienen a quejarse (res. 428 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa), lo cual no significa que, definitivamente, las personas que tienen una vida pública carezcan absolutamente de derecho a la vida privada. Siempre ha de reconocerse que algunas cuestiones quedan, definitivamente, excluidas de la curiosidad de los demás, tal como sucede con las relativas a la maternidad y a la muerte.

c) Las personas fallecidas

No existe uniformidad en la doctrina acerca de si las personas fallecidas gozan o no del derecho a la intimidad.

Nosotros sostenemos que los derechos personalísimos son vitalicios, por lo que se extinguen con la muerte de su titular, incluido el derecho a la intimidad. Consecuentemente, el ejercicio de las acciones por parte de los descendientes de personas fallecidas requiere la prueba de la lesión de sus propios derechos.

d) Personas jurídicas

Las personas jurídicas no tienen derecho a la vida privada. La protección del secreto a la correspondencia, las deliberaciones y decisiones de los órganos de gobierno, lo mismo que el derecho a la reserva de sus actividades, en vista de los desarrollos de las técnicas de espionaje industrial, no constituye una protección a los derechos de la personalidad del ente ideal, sino que se está reprimiendo una conducta criminosa de quien penetra en un recinto privado. Y en lo relativo al espionaje, el tema no se vincula con la privacidad sino con la propiedad industrial.

e) Niñas, niños y adolescentes

La ley 26.061 reconoce expresamente el derecho de los niños, niñas y adolescentes a su dignidad, persona, intimidad e imagen.

Su art. 22, conforme al cual los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen, en su segundo párrafo agrega: "*Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente, a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños o adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar*".

IX. EL DERECHO A LA IMAGEN

48. Concepto

a) Noción

El derecho a la imagen es el derecho personalísimo cuyo regular ejercicio permite al titular oponerse a que, por otros individuos y por cualquier medio se capte, reproduzca, difunda o publique —sin su consentimiento o el de la ley— su propia imagen.

En caso de que este derecho fuese vulnerado, su titular —y a su muerte, determinados familiares— quedan facultados para obtener no sólo el cese de la difusión sino también el adecuado resarcimiento.

b) Autonomía

La doctrina y jurisprudencia actuales consideran que la mera captación, reproducción o publicidad de la imagen —fuera de los casos en que deban considerarse lícitas— constituyen un atentado al derecho a la imagen, sin que sea necesario demostrar que como consecuencia de dicho atentado se ha afectado la privacidad del sujeto o su honor, o reputación.

En este sentido se viene inclinando también la jurisprudencia nacional, que ha resuelto que puede haber lesión al derecho a la imagen aunque ello no afecte la privacidad ni el honor de la persona. El CCyC trata el derecho a la imagen como un derecho autónomo (arts. 52 y 53).

49. El derecho a la imagen en el CCyC

a) Exégisis

El derecho a la imagen aparece mencionado en el art. 52 y más claramente precisado en el art. 53, que está así redactado: "*Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:*

a) que la persona participe en actos públicos;

b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;

c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general".

De donde se advierte:

— La protección de la imagen se extiende a la voz, como lo habían propiciado proyectos anteriores;

— Son ilícitas tanto la captación como la reproducción de la imagen o la voz no consentidas;

— No es necesario que medie una afectación a la intimidad u honor; la sola captación o reproducción no consentidas son ilícitas;

— Los casos en que la captación y reproducción están justificados están enumerados taxativamente y son de interpretación estricta;

— Es interesante señalar que el inc. 3 considera lícita la captación o reproducción de la imagen o de la voz cuando se trata del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general, con lo cual se introduce la idea de abuso del derecho relacionada con la actividad de la prensa. En definitiva la doctrina nacional y la jurisprudencia ya han hecho uso de tal idea en reiteradas oportunidades.

Lo curioso es que al sancionarse el CCyC no se ha derogado el art. 31 de la ley 11.723, que se refiere a la publicación del retrato

fotográfico, lo que sería conveniente para evitar incoherencias entre ambos textos.

El art. 53 concluye con una norma de cierre sobre la reproducción de la imagen de las personas fallecidas, estableciendo quiénes pueden dar el consentimiento y que a los veinte años de la muerte es lícita la reproducción no ofensiva.

b) Algunas precisiones sobre el consentimiento

Los derechos de la personalidad son relativamente disponibles (art. 55), por lo que su titular puede autorizar la indagación o conocimiento de su vida privada, cuanto la captación, difusión o utilización de su imagen.

Como la disponibilidad es relativa, el consentimiento acordado tiene límites estrictos, dados por la finalidad o circunstancias en que ha sido prestado.

De modo que quien autorizó la publicación de su imagen para cierta publicación no ha renunciado a su derecho a la imagen, y ella no puede ser utilizada nuevamente si no se cuenta con el consentimiento expreso de su titular. Este criterio viene imponiéndose firmemente en nuestra jurisprudencia.

Si la imagen es de un menor y es usada para una publicidad o semejante, es exigible también el consentimiento del menor en función de lo previsto en el segundo párrafo del art. 22 de la ley 26.061 y de lo previsto en los arts. 26 y concs. del CCyC en la medida que tenga un grado de madurez suficiente.

c) Acontecimientos de interés público o desarrollados en público

La sola circunstancia de que una fotografía haya sido tomada en un lugar público no la convierte en lícita, ni autoriza su publicación o difusión.

Por empezar es ilícita la utilización publicitaria de la imagen captada en lugar público, aun cuando no traiga aparejada lesión al honor ni descrédito de la personalidad; la solución no varía por la circunstancia de que el fotografiado sea un artista o modelo.

En segundo lugar debe subrayarse que la circunstancia de que la fotografía o imagen de televisión o video sea tomada en un lugar público, no autoriza a enfocar directamente a un individuo de modo que permita su identificación (caso de las manifestaciones o espectáculos en que se sigue a algún espectador para analizar sus reacciones).

Finalmente debe tenerse en cuenta el medio de prensa en que se incluye la imagen. Nuestros tribunales, con muy buen criterio, han dicho que no es lícita la reproducción, en una revista de contenido erótico, de una fotografía tomada en un certamen deportivo.

X. EL DERECHO AL HONOR

50. Concepto de honor

El honor comprende dos aspectos: por un lado, la autovaloración, el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y la de su familia, al margen de sus defectos y flaquezas (honor subjetivo, honra o estimación propia); y, por otro, el buen nombre y la buena reputación objetivamente adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia de que se trate, dentro del marco de sociabilidad del ser humano (honor objetivo, buen nombre, reputación o fama).

51. La protección al honor en el CCyC

El Código Civil y Comercial no contiene un plexo normativo destinado a la protección del derecho personalísimo al honor, concebido éste como propia estima subjetiva y honor objetivo, tal cual se lo ha definido anteriormente. Se limita a la regla general del art. 52 que refiere a la "honra o reputación" —con lo cual comprende los dos alcances del honor subjetivo y objetivo—; y al art. 1771 que contempla la hipótesis particular de la "acusación calumniosa".

De todos modos, la cesación y reparación de las afectaciones al honor quedan comprendidas en las reglas generales de responsabilidad civil y en la regla particular del art. 1770 que es extensivo a la protección de este derecho personalísimo.

52. El derecho al honor y la difusión de noticias

a) Planteo de la cuestión

Así como la libertad de prensa se enfrenta a veces con el derecho a la intimidad de las personas, muchas más son las ocasiones en que resulta vehículo propicio para la afectación del honor de las personas.

Por ello la jurisprudencia extranjera y nacional es rica en casos en que se ha debido resolver este conflicto de derechos.

b) Jurisprudencia

La CSN ha elaborado una serie de criterios para la atribución de responsabilidad a los medios de prensa con motivo de violaciones al honor de las personas.

— Existe una coincidencia generalizada en que todos los derechos reconocidos en la Constitución nacional tienen un mismo nivel o jerarquía, por lo que en una situación de conflicto en casos concretos, ellos deben ser resueltos conforme a las circunstancias de cada uno (criterio sentado por la Corte en numerosos fallos; entre los más recientes y destacados en Carrizo Coito y Portillo);

— La garantía de la libertad de prensa se extiende no sólo a la prensa escrita sino también a la prensa analógica (radio, televisión, noticiosos cinematográficos) (la Corte en Servini de Cubría);

— del derecho a la libertad de prensa se puede abusar, y ello compromete la responsabilidad del órgano o medio de prensa (la Corte en Campillay, Costa y otros);

— la prensa tiene un deber genérico de veracidad (Bustamante Alsina y la Corte en varios pronunciamientos), lo que se fundamenta en que todos los habitantes son titulares del derecho a la información; la información falsa o errónea es pseudoinformación;

— la noticia además de ser veraz, debe ser actual, tener un cierto interés general y no debe ser presentada de manera distorsionada;

— cuando se trata de noticias que ofenden el honor de una persona, como pueden ser las policiales o tribunalicias, el órgano o medio de prensa se exime de responsabilidad indicando la fuente de la noticia, usando un tiempo de verbo potencial u omitiendo el nombre de los involucrados (doctrina del caso Campillay);

— en materia de asuntos de interés público, los medios de prensa no son responsables por la difusión de una noticia falsa o inexacta cuando atribuyen la noticia a una fuente identificable y transcriben en forma sustancialmente fiel lo manifestado por aquélla;

— finalmente, la Corte también ha resuelto que no basta con usar un tiempo de verbo potencial, si todo el artículo está escrito de manera asertiva y no conjetural.

c) El factor de atribución. La doctrina de la real malicia

Un criterio sólidamente establecido en la jurisprudencia argentina es que todos los derechos amparados por la Constitución están en un pie de igualdad, no existe precedencia entre ellos, y por lo tanto, el conflicto entre dos derechos reconocidos por ella debe ser resuelto tratando de armonizarlos de acuerdo con las circunstancias del caso (criterio de la CSN en Carrizo Coito y Portillo, entre otros casos).

Entre las circunstancias del caso, está "la personalidad de la víctima" de la agresión al honor o eventualmente la privacidad. Por ello las leyes, los documentos internacionales y la jurisprudencia señalan con criterio uniforme que, si bien todas las personas gozan de los derechos al honor y la intimidad, algunas tienen un umbral más bajo de tutela.

Así, en materia de intimidad, se dice que no pueden quejarse de las intromisiones aquellos que con su misma conducta las han propiciado, como suele suceder con ciertos personajes del espectáculo, el *jet set* o los deportes.

Y en materia de honor, se viene perfilando nítidamente un criterio que, en definitiva, tiende a hacer prevalecer el derecho al conocimiento y al debate de los asuntos públicos. Ello ha sido resuelto así por la CEDH para la cual los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo,

se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante.

En nuestro país la cuestión no ha sido planteada exactamente en estos términos, pero sin duda la aplicación de la doctrina de la *real malicia*.

Ella consiste en que cuando la persona involucrada en la noticia es un "funcionario o servidor público" la responsabilidad del órgano de prensa sólo puede ser comprometida si se comprueba la descuidada desconsideración acerca de si era falsa o no (criterio de la Corte de los EE.UU. en NY Times c/ Sullivan, 1964); después, la noción de funcionario o servidor público se amplió a otras personas públicas (como puede serlo un entrenador de fútbol) siempre que se trate de asuntos públicos. La doctrina de la real malicia fue mencionada en muchos votos singulares a lo largo de los años y aplicada por la mayoría de la Corte en el caso Ramos. Esto importa tanto como exigir que, cuando quien se dice afectado en su honor es una persona pública, debe probar una suerte de culpa grave o dolo eventual del periodista. En cambio, si es un ciudadano común le bastará con probar la mera negligencia para que la responsabilidad del medio de prensa o periodista quede comprometida.

53. El honor de las personas jurídicas

La cuestión de si las personas jurídicas tienen honor y si ellas pueden ser agraviadas en ese derecho teniendo, por lo tanto, una acción para reclamar indemnización, ha sido largamente tratada en el derecho argentino y en el derecho comparado.

Para evitar complicaciones estériles, hoy partimos del hecho de que la cuestión ha sido resuelta por la Corte Suprema, la que interpretando el derecho vigente, concluyó y sentó como doctrina que no cabe una reparación del daño moral a favor de una sociedad, pues dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de especialidad y que su finalidad propia es la obtención de ganancias, todo aquello que pueda afectar su prestigio, o su buen nombre comercial, o bien redunda en la disminución de sus beneficios, o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales.

Debe señalarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema se refiere a las sociedades y la doctrina ha formulado una distinción, advirtiendo que en las entidades no lucrativas la afectación de su buen nombre o reputación puede no traducirse en la pérdida de ganancias o de beneficios. Por ejemplo, una fundación que se dedica a luchar contra el sida pueda ver dañada su obra por una falsa noticia y no por ello perder adherentes o donantes quienes pueden estar convencidos de su actuar correcto, sin embargo, el daño ocasionado puede impedirle cumplir con su finalidad de bien común pues sus beneficiarios se rehúsan a ser atendidos por ella.

La cuestión tiene otro ingrediente, pues excluido el daño moral, no hay duda de que la afectación de la reputación de una persona jurídica, particularmente si es una sociedad, tiene aptitud para causarle un daño material. El tema se centra entonces en la prueba de ese daño.

Desde nuestro punto de vista, en las sociedades, el buen nombre, el prestigio, la confianza pública, el crédito, tienen un valor económico, pues son el resultado de la organización y el funcionamiento de todos los elementos de fondo; y se reflejan en la obtención de la clientela, que es su finalidad.

Por lo que una conducta que afecte esa reputación, fama, buen nombre, prestigio, confianza pública, crédito está privando o afectando un elemento valioso en el sentido de productor de rédito económico.

XI. EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

54. Concepto

Todo sujeto tiene un interés merecedor de tutela jurídica, de ser representado en su vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva. De modo que el sujeto tiene un interés consistente en que en el exterior no se altere, desnaturalice, conteste, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., tal como se había exteriorizado o aparecía, sobre la base de circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social.

Habiendo señalado la doctrina argentina que la identidad se falsea o altera, en el caso de afirmaciones de inexactitudes, pero también cuando el retaceo, la imprecisión o el silencio de datos de importancia, conllevan a alterar la individualización social de la persona.

55. Ámbito de vigencia. Evolución

Como un aspecto de la identidad, algunos autores tratan la denominada "identidad sexual" (Fernández Sessarego), y también se ha señalado que el derecho a la identidad asume especial importancia con el desarrollo de las técnicas informáticas que permiten la registración, conservación y exteriorización de datos personales recogidos en los denominados bancos de datos; de él nacerían los derechos al conocimiento de los datos incorporados, a la rectificación de los datos erróneos y a la eliminación del dato caduco.

Además, especialmente en nuestro país, se ha desarrollado el derecho a la identidad en otra vertiente, como el derecho de cada persona a conocer sus orígenes, su filiación, su propia identidad biológica.

56. El derecho a la identidad en el Derecho Argentino

En la realidad jurisprudencial argentina, el derecho a la identidad se ha enderezado por el último cauce señalado; esto es, como atribución del sujeto a conocer sus orígenes.

En una importante causa fallada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el juez Petracchi afirmó la existencia de un derecho de toda persona a conocer su propia génesis, su procedencia, en lo cual está comprometida la dignidad personal.

En el ámbito de la doctrina, los autores han coincidido en la existencia del derecho a la identidad personal —en la orientación que venimos comentando— como un corolario del derecho a la dignidad tutelado en la Constitución Nacional, como puede verse en los comentarios de las sentencias que anteriormente hemos resumido.

57. El derecho a la identidad en el Derecho Argentino y en los Tratados Internacionales

a) La Convención de los Derechos del Niño

Esta Convención reconoce expresamente el derecho de los niños a conocer a sus padres (art. 7) y de preservar su identidad.

b) La ley 26.061

La ley 26.061 reconoce explícitamente el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes. Su art. 11 dice: "*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los arts. 327 y 328 del Código Civil*".

58. El derecho a la identidad en el CCyC

Además de la mención del art. 52, que comprende la identidad en sus dos aspectos antes señalados, cabe apuntar que el art. 596 bajo el epígrafe "Derecho a conocer los orígenes dispone: "*El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos*". Y el último párrafo de este mismo artículo autoriza al adoptado adolescente —esto es— que ha cumplido 13 años de edad, a "*iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada*".

59. El derecho a la identidad y el derecho a no conocer. Conflictos

Hemos señalado ya que la Corte resolvió que una persona no puede ser compelida a una extracción de sangre contra su voluntad, aun cuando ello sucediera en una causa dirigida a investigar una supresión de identidad.

La Corte se hizo cargo del trágico conflicto que existe entre el derecho de la persona de no conocer su identidad biológica y el derecho de sus presuntos familiares de conocer la verdad y ante dos derechos de igual jerarquía en evidente tensión, el Tribunal estableció que:

— nadie puede ser sometido a una extracción compulsiva de sangre;

— pero pueden obtenerse muestras para hacer los estudios de ADN con procedimientos menos invasivos (como el secuestro de peines o cepillos de dientes);

— las pruebas así obtenidas servirán exclusivamente para asegurar a los presuntos familiares el conocimiento de la verdad, pero no tendrán ninguna otra eficacia jurídica;

— la presunta víctima podrá conocer o negarse a hacerlo; y, asumiendo que en los hechos será muy difícil que ella pueda realmente "no conocer" los resultados, sacrifica ese derecho tomando en cuenta que ya está sufriendo un daño psicológico como consecuencia de la sospecha o la certeza de que no guarda vínculo biológico alguno con la familia de crianza.

XII. EL DERECHO DE RÉPLICA, RECTIFICACIÓN O RESPUESTA

60. Concepto

El derecho de réplica, rectificación o respuesta es el que atañe a toda persona que ha sido afectada en su personalidad como consecuencia de una noticia falsa, inexacta o desnaturalizada, inserta en un medio de prensa periódico, para hacer difundir por el mismo medio, gratuitamente y en condiciones análogas, su versión de los hechos que dieron motivo a la noticia o comentario; y que en caso de negativa del medio, será resuelta su procedencia o improcedencia por el juez en proceso abreviadísimo.

El derecho de respuesta o réplica, aparece así como un medio de reparación del daño que se puede haber causado mediante la emisión de una noticia falsa, inexacta o desnaturalizada en cualquier tipo de medio de prensa periódico (radio, televisión, diarios, revistas); e incluso aparece como un medio de tutela anticipada, pues en gran medida, su efectividad puede disuadir a la prensa escandalosa de publicar agravios infundados.

El derecho de rectificación o respuesta está previsto en el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que es derecho vigente en la Argentina y puede ser ejercido sin necesidad de ninguna ley que reglamente su ejercicio. Así lo ha resuelto la CSN en la causa Petric.

También está recogido expresamente en constituciones y leyes provinciales.

61. Requisitos de procedencia y modo de ejercicio

Para que resulte procedente el ejercicio del derecho de respuesta, de modo que el órgano de prensa esté obligado a difundir la rectificación o réplica, deben encontrarse cumplidos los recaudos siguientes:

— *Publicación de una información inexacta, falsa o desnaturalizada.*

En primer lugar debe tratarse de una información o noticia, referida a hechos acontecidos; es decir que no existe derecho de réplica o respuesta con relación a la crítica (literaria, deportiva, artística, etc.), ni ante la expresión de opiniones o juicios de valor de cualquier tipo.

— *Debe causar agravio a la personalidad.*

— *Debe haber sido difundida por un órgano de prensa periódico.*

Con lo cual quedan comprendidos la prensa escrita (diarios, semanarios, revistas), y la radio, la televisión o cualquier otro medio de difusión audiovisual, con tal de que tenga cierta periodicidad que admita la difusión de la respuesta en condiciones análogas a la manera en que fue publicada la noticia agraviante.

— No requiere la culpa o el dolo del órgano de prensa;

— Procede también en beneficio de las personas jurídicas;

— No obsta a su ejercicio que el agraviado disponga de otras acciones judiciales;

— El agraviado podrá ejercer las acciones indemnizatorias que correspondan.

Además la respuesta ha de ser breve, referida de manera concreta al hecho falso o distorsionado difundido, y ha de ser enviada a la mayor brevedad desde la publicación.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

BALLESTER, Eliel C., *Derecho de respuesta*, Buenos Aires, 1987; CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008; CROVI, LUIS D., *Actos de disposición para la propia discapacidad*, en *Protección jurídica de la persona*, homenaje a Julio C. Rivera, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 103; GARGARELLA, Roberto (compilador), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999; KIPER, Claudio Marcelo, *Derechos de las minorías ante la*

discriminación, Buenos Aires, 1998; SAMPAY, Arturo E., *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1975; RIVERA (h), Julio César, *Constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta, Rubinzal-Culzoni*, Santa Fe, 2004; VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *El derecho a la intimidad en la ley orgánica de 5/5/1982*, Madrid, 1984.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

BIDART CAMPOS, Germán José, "El derecho de réplica", ED, 115-829; CROVI, Luis Daniel, "Las directivas anticipadas, régimen actual y aspectos pendientes", DFyP 2010 (agosto) 1/8/2010, 258; íd., "Las directivas anticipadas en el Proyecto", DFyP 2012 (julio), 1/7/2012, 332; íd., "Las `voluntades anticipadas´ en Uruguay y la Argentina", Revista Crítica de Derecho Privado, n. 9, año 2012, p. 1035, La Ley Uruguay, Montevideo, diciembre 2012; íd., "El derecho a la identidad y sus alcances", DFyP 2014 (abril) , 224; HOOFT, Irene, "Breve panorama de la regulación de los derechos personalísimos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", SJA 2015/10/14-8; JA 2015-IV; HOOFT, Pedro Federico, "Derechos personalísimos y bioética en el final de la vida", SJA 2015/10/14-20; JA 2015-IV; MEDINA, Graciela, "Bioética, libertad sexual y derecho", Revista de Derecho de Familia, n. 21, p. 91; RIVERA, Julio César, "Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos", LL 1983-D-846; íd., "El derecho a la intimidad en la legislación y jurisprudencia comparadas", RDP, 1989-99; íd., *Derecho Civil – Parte General – Temas*, t. I, Buenos Aires, 1987, p. 14; íd., "Derecho a la intimidad", LL 1980-D-812; íd., "Derecho de réplica, rectificación o respuesta", LL 1985-E-786; RIVERA, Julio César, "Derecho a la intimidad y libertad de prensa: un conflicto permanente", LL 1985-B-114; RIVERA (h), Julio C., "Sobre el adelantamiento del parto del feto anencefálico", RDPC 2001-1-321.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín", LL 1985-B-114.
CSN, 16/9/1998, "Petric", LL 1998-C-284.
CSN, 15/5/1986, "Campillay", LL 1986-C-40.
CSN, 16/11/2004, "Hooft", LL 2005-B-410.
CSN, 1/6/2012, "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias", LL 2012-C-483.
CSN, 7/7/2015, "D., M. A.", LL 2015-D-110.

CAPÍTULO XIV

EXTINCIÓN DE LA PERSONA HUMANA

I. INTRODUCCIÓN. EFECTOS

La extinción de la persona es la causa de terminación de los más disímiles actos en los que su intervención es la razón esencial, es hecho jurídico que produce una serie de consecuencias muy importantes. A modo de ejemplo, citaremos algunas:

— En el derecho de familia, termina con el matrimonio, la tutela o la responsabilidad parental.

— En el ámbito contractual, es motivo de extinción de la representación voluntaria.

— En el derecho penal extingue la acción represiva causada en un delito.

— Es causa de extinción de los derechos laborales, sin perjuicio de indemnizaciones o prestaciones a que pueden tener vocación los herederos o cónyuge o conviviente del trabajador.

— Termina con la condición de ciudadano y en consecuencia, con el ejercicio de los derechos electorales.

— En materia sucesoria, es el momento en el cual se produce la transmisión de los bienes a los herederos.

En fin, la extinción de la persona supone la más grande mutación en todos los órdenes de la vida humana, pues pone su punto final. Por ello, tiene una enorme trascendencia comprobar el hecho de muerte y determinar el momento en que se produce.

En este capítulo trataremos la muerte biológica y la ausencia con presunción de fallecimiento. También nos ocuparemos del supuesto en que la persona desaparece de su domicilio habitual sin dejar apoderados para sus negocios y por ende se requiere decretar su ausencia simple, a la espera de su reaparición o de la presunción de su muerte.

II. LA MUERTE

1. Muerte biológica y su diferencia con la muerte civil

El art. 93 establece: *La existencia de la persona humana termina por su muerte.*

La muerte termina con la existencia de la persona, acaezca por causas naturales, cuanto por suicidio o por la acción de otra persona o por un accidente.

La muerte civil era una institución por la cual la persona físicamente tenía existencia, pero el derecho la consideraba muerta, porque perdía sus derechos civiles y políticos, y se producían los efectos de la muerte. Esta institución rigió en la antigüedad, y fue suprimida por todos los códigos modernos.

Eran considerados civilmente muertos los religiosos profesos (quienes realizan votos solemnes de pobreza, obediencia y castidad) y los condenados por delitos graves. En la práctica operaba de la siguiente manera: declarada la muerte civil, la persona perdía los derechos civiles y políticos, se abría su sucesión; si la persona era casada, se disolvía el vínculo matrimonial y sus hijos se consideraban huérfanos.

El Código Civil derogado disponía (art. 103): *La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas*". El CCyC asume la no existencia en la actualidad de ese injusto instituto y por ende, no lo menciona ni siquiera para negarlo.

El entorno tuitivo de la protección jurídica de la persona humana, de su dignidad y de sus vulnerabilidades que en siglo XXI deriva del entramado de tratados internacionales hacia ellas orientados, hacen impensable la perspectiva de privar de su capacidad de derecho y de ejercicio, de manera absoluta, a persona humana alguna, cualquiera sea su condición o estado (Saux).

2. Concepto médico

Resulta generalmente aceptada una definición según la cual: "muerte es el cese de las funciones vitales, celular, tisular y visceral. Ocurre cuando claudican los sistemas circulatorio, respiratorio y nervioso, pudiendo definirse entonces, como el cese definitivo e irreversible de las funciones autónomas (pulmón, corazón y cerebro) y de la oxigenación viscerotisular con pérdida de las relaciones sujeto-mundo circundante y de la condición de ente humano de existencia visible" (Bonnet).

De todos modos, la determinación del momento de la muerte no es una tarea simple en el estado actual de los conocimientos científicos. Prueba de ello es la evolución que ha tenido la legislación específica en materia de trasplantes de órganos, a la que aludimos en el número siguiente.

3. La determinación de la muerte en la Ley de Trasplantes

La evolución que el concepto de muerte ha tenido en la regulación de los trasplantes de órganos, para permitir las ablaciones hechas en un cadáver, nos permite descubrir cual es hoy el concepto aceptado de muerte clínica.

El art. 2 de la ley 21.541 establecía que: "*Exclusivamente a los fines de esta ley también será admisible la certificación del fallecimiento del dador mediante juicio médico determinado por un equipo [...] quienes determinarán dicho estado por comprobaciones cerebrales [...]*".

Se advierte que la ley 21.541 se refería sólo a las funciones cerebrales, con lo cual se podía arribar a la extracción de órganos vitales a personas cuyo cerebro se encontraba inactivo (de manera irreversible), pero en las que se mantenían las funciones cardiorespiratorias.

Ello implica distinguir entre la muerte clínica —en la que cesa la actividad de la masa encefálica—, aunque subsistan algunas funciones y muerte biológica, en la que se produce la cesación de todas las funciones.

La 23.464 modificó gran parte de los artículos de la ley 21.541, entre ellos el art. 21, que quedó redactado de la siguiente manera: "*El fallecimiento de una persona por la cesación total e irreversible*

de las funciones encefálicas cuando hubiese asistencia mecánica, será verificado por un equipo médico [...]". Las dudas quedaron aclaradas a la luz del término "funciones encefálicas", nudo de la reforma del art. 21.

Entre los términos "funciones encefálicas" y "funciones cerebrales", podemos decir que media una relación de género a especie, dado que las funciones encefálicas abarcan, entre otras, a las funciones cerebrales. La pérdida de las funciones cerebrales es lo que se denomina "estado de coma", o sea, que el individuo está como dormido, pero manteniendo sus funciones vitales (respiración, temperatura corporal, funcionamiento del corazón). Es lo que ocurre, por ej., cuando una persona sufre un traumatismo craneano con la formación de un hematoma que comprime los hemisferios cerebrales sin afectar las otras porciones del encéfalo.

El centro respiratorio, el termorregulador y el vasomotor se encuentran en el bulbo raquídeo; por lo tanto, al cesar las funciones *encefálicas* se produce la muerte por paro cardiorrespiratorio. En este último caso, no se registra ninguna actividad al realizar un electroencefalograma.

En resumen, al hablar de funciones encefálicas quedan incluidas las del bulbo raquídeo (por ser éste integrante del encéfalo), en el cual se encuentran los centros nerviosos que regulan el automatismo cardíaco y respiratorio. Al cesar esas funciones encefálicas, si bien el corazón puede seguir latiendo debido a su propio automatismo, cesan totalmente las funciones respiratorias, pues éstas tienen únicamente regulación nerviosa central, lo que conduce a una anoxia (falta de oxígeno) que, en definitiva, también lleva al paro cardíaco, ya que toda célula necesita oxígeno para vivir.

Regla semejante aparece en la actual Ley de Trasplantes, la ley 24.193 y es la que se aplica para acreditar la muerte en los casos de ablación de órganos de un cadáver, como veremos en el punto que sigue.

4. La comprobación de la muerte

Es importante distinguir la comprobación de la muerte (acreditar el hecho biológico), de la prueba jurídica de la misma. En este punto tratamos el primer aspecto, de la prueba de la muerte nos hemos ocupado al tratar el estado de la personas, capítulo al cual remitimos.

El art. 94 dice: *La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos de cadáver.*

Siendo la muerte un hecho biológico, su efectiva comprobación corresponde a la ciencia médica. El Código se remite a los "estándares médicos aceptados", así será la medicina y sus procedimientos de verificación que servirán para acreditar que la persona ha fallecido, el Derecho sólo puede limitarse a aceptar esos criterios.

En realidad, la muerte no es generalmente un instante, sino un proceso. Desde la tanatología se enseña que salvo supuestos de excepción (normalmente la muerte violenta), la extinción biológica del ser humano no opera como un puro acontecimiento según el cual en un instante se "vive" y el siguiente "se muere" sino que el tránsito entre un estadio y otro implica normalmente un proceso que involucra fases, en las cuales van desapareciendo secuencialmente determinados segmentos de funciones orgánicas, lo cual incluso ha dado cabida a la evolución de las técnicas de reanimación (Tobías).

La actual Ley de Trasplantes prescribe las bases para el diagnóstico de la muerte. El art. 23 de la ley 24.193 establece que: "El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: *a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).* Y aclara que *la verificación de los signos referidos en el inc. d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible*".

Además, el art. 24 de la misma ley, exige que la certificación del fallecimiento sea suscripta por dos médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano y que ninguno de ellos integre el equipo que luego realice las ablaciones o implantes de los órganos del fallecido.

En cuanto a la hora del fallecimiento, se establece que será aquella que por primera vez se constataron los signos previstos en el art. 23. Así, el plazo de seis horas funciona como un término para ratificar

la muerte pero el momento del deceso será cuando aparecieron los primeros signos.

Es sobradamente justificable que la ley requiera todo este protocolo para poder proceder a la ablación de órganos de un cadáver. En los casos ordinarios, la verificación de la muerte queda a cargo del médico que expide el certificado de defunción conforme el método que resulte adecuado.

5. Conmoriencia

Ha sido muy importante para el Derecho, a lo largo de la historia, dar solución a un fenómeno motivado por la muerte conjunta, esto es la muerte de dos o más personas vinculadas entre sí por posibles adquisición recíprocas o unilaterales de derechos derivados a la muerte, que se produce sin que se pueda determinar el orden de prelación; ya sea que hayan acaecido tales decesos en un mismo acontecimiento o evento, o no.

En estos casos, se recurre a la presunción de que las muertes ocurrieron con carácter simultáneo, a menos que se pruebe lo contrario. El art. 95 dispone: *Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario.*

Nótese que el artículo menciona que la muerte puede ocurrir en un desastre común o "*en cualquier otra circunstancia*", de modo que no hay razón alguna para limitar el alcance del texto legal a los supuestos de "*desastre común*" (como podría ser un doble homicidio o suicidio, un incendio en donde estuvieran todos los implicados, accidente de avión, naufragio, etc.), pues la presunción de conmoriencia debe funcionar también en el caso de dos muertes ocurridas en distintos lugares y por causas independientes si no puede saberse cuál ocurrió primero.

La jurisprudencia ha adoptado la misma posición amplia al sostener que la conmoriencia abarca todas las hipótesis en la que deba decidirse la prioridad de un fallecimiento respecto de otro, aun cuando no se haya producido en un desastre común. Quien pretenda la transmisión de derechos entre fallecidos, tendrá que probar que efectivamente uno murió antes que otro, pues si no se considerará que murieron simultáneamente[1].

(1) CNCiv., sala C, 5/7/1984, JA 1985-I-389.

Este instituto sirve también para solucionar la situación lamentable, pero frecuente de, por ej., un matrimonio que muere en un accidente aéreo o un sismo desatado al mismo tiempo en distintas ciudades sin poder determinarse quien falleció primero. Aplicando esta solución, no hay transmisión hereditaria entre los cónyuges, de modo que si —por ejemplo— no tienen hijos, cada ascendiente hereda los correspondientes a su causante.

La doctrina es conteste en afirmar que el artículo contiene una presunción que admite prueba en contra (*juris tantum*). Pero en realidad, no existe aquí presunción alguna, sino que hay un principio general según el cual quienquiera que reclame un derecho transmitido a una persona cuya existencia no sea reconocida, debe probar que existía cuando acaeció la transmisión del derecho; en otros términos, tiene que probarse la supervivencia de una persona en determinado momento si ese hecho es el *factum* que la ley pone como condición para que otra persona adquiera un derecho, y de ahí que resulte inexacto hablar de presunción. No hay presunción de conmoriencia, sino un corolario del principio general sobre la carga de la prueba.

La conmoriencia es aplicable no sólo a supuestos vinculados con las sucesiones, sino a todos aquellos casos en que, la ley o la voluntad de los particulares supedita la transmisión de derechos a requisitos de supervivencia, o sea, la condiciona resolutoriamente para el supuesto de premorencia. Por ejemplo, las transmisiones voluntariamente condicionadas por donante o contratante, a la supervivencia de una persona respecto de otra u otras.

Desde esta perspectiva, se destaca que no es necesario que los conmorientes se encuentren unidos por un vínculo consanguíneo o conyugal, ni tan siquiera afectivo, sino por un vínculo transmisivo o adquisitivo de derecho. Tampoco urge que este vínculo sea recíproco, es suficiente la unilateralidad, esto es, que al menos uno de los conmorientes deba sobrevivir al otro o no premorirle, para adquirir un derecho (Pérez Gallardo).

III. LA AUSENCIA

6. Concepto

La ausencia está regulada por los arts. 79 a 84 del CCyC. La figura fue incorporada por primera vez en nuestra legislación por la

ley 14.394 (hoy derogada), ya que Vélez Sarsfield no había contemplado la situación.

El supuesto normado por el art. 79 es el siguiente: *Si una persona ha desaparecido de su domicilio, sin tenerse noticias de ella, y sin haber dejado apoderado, puede designarse un curador a sus bienes si el cuidado de éstos lo exige. La misma regla se debe aplicar si existe apoderado, pero sus poderes son insuficientes o no desempeña convenientemente el mandato.*

Estamos ante el caso en el cual una persona que se ausenta de su domicilio sin que se tenga noticias de ella, pero sin que haya transcurrido un tiempo considerable, ni que su desaparición se hubiese producido en circunstancias especiales que permitieran presumir su muerte; el Código requiere además que existan bienes que necesiten cuidado o protección debido a que el ausente no ha dejado apoderado o, habiéndolo dejado, sus poderes son insuficientes o no desempeña correctamente el mandato.

La solución que da la ley a esta hipótesis es la adopción de medidas para proteger los bienes del ausente mediante la designación de un curador a sus bienes, a lo que se llega a través de la declaración de ausencia.

7. Elementos y finalidad de declaración de ausencia

Los elementos constitutivos de la figura son:

— ausencia de la persona de su domicilio, más la falta de noticias sobre su existencia;

— bienes abandonados o que requieren protección;

— ausencia de apoderado, insuficiencia de los poderes del existente, o apoderado que no desempeña correctamente el mandato.

Debe apuntarse que, pasados tres años desde la última noticia, se puede promover la declaración de fallecimiento presunto que contempla el art. 85; lo mismo, si la desaparición se hubiere producido en circunstancias especiales como las que contempla el art. 86.

El fin perseguido por el legislador, al crear la figura de la ausencia, es velar por los bienes del ausente. Quien intenta una declaración de ausencia lo que quiere obtener es la designación de un curador para

que se encargue de los bienes del ausente; por ello la terminología adecuada para designar esta institución sería "ausencia con bienes en estado de abandono", debido a que el fin de ésta es "la protección del patrimonio del ausente".

8. Personas legitimadas para instar el procedimiento

Están legitimados para pedir la declaración de ausencia y, en consecuencia, el nombramiento del curador: "[...] *el Ministerio Público y toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente*" (art. 80).

El artículo citado utiliza una fórmula amplia, "*toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente*", lo cual se justifica plenamente por cuanto la finalidad de la declaración es proteger el patrimonio del ausente. Así pueden resultar legitimados los presuntos herederos del ausente dado que, llegado el caso aquél será transmitido a ellos; los acreedores del ausente, ya que ese patrimonio es la garantía de su crédito; los socios, los condóminos y el mismo mandatario, cuando sus poderes no fueren suficientes o debiese renunciar (Borda).

El Ministerio Público sólo podría actuar en representación de un incapaz —verbigracia los hijos menores del ausente— y no por derecho propio, dado que el ausente no es incapaz ni persona con capacidad restringida.

9. Juez competente

El juez que entiende en el pedido de declaración de ausencia es, según el art. 81 *es el juez del domicilio del ausente. Si éste no lo tuvo en el país, o no es conocido, es competente el juez del lugar en donde existan bienes cuyo cuidado es necesario; si existen bienes en distintas jurisdicciones, el que haya prevenido.*

10. Procedimiento

El juez competente en el pedido de declaración de ausencia deberá, una vez admitida la demanda, citar al ausente por medio de edictos. Los edictos se publicarán durante cinco días y si vencido el plazo no comparece, se debe dar intervención al defensor oficial o

en su defecto, nombrarle defensor al ausente (art. 82). Es de buena práctica, citar al ausente por cédula en su último domicilio conocido.

Si bien el Código no señala los órganos en los cuales deben hacerse las publicaciones, por aplicación de los principios generales éstas se efectuarán en el *Boletín Oficial* y en un diario de amplia difusión del lugar del domicilio del ausente.

Publicados los edictos, si el ausente no se presentare, el juez dará intervención al defensor oficial, si lo hubiere en la jurisdicción; caso contrario, nombrará defensor a uno de los abogados de la matrícula. Este defensor debe tomar intervención en las acciones que se promuevan contra el ausente, antes de su declaración.

El Ministerio Público es parte en el juicio; por lo tanto, debe dársele vista de las actuaciones antes de la recepción de la prueba.

Cuando la protección de los bienes del ausente no pueda dilatarse hasta la designación del curador, el juez podrá ordenar que se tomen las medidas pertinentes tendientes a preservar los bienes o, incluso, podrá designar un administrador provisional para proveer al cuidado y conservación de los bienes (art. 82 *in fine*).

11. Sentencia y designación del curador

Una vez oído el defensor y comprobados los extremos legales, el juez está en condiciones de declarar la ausencia y designar curador.

Con respecto a quién puede ser designado curador, el Código remite a lo previsto para el discernimiento de la tutela (arts. 138 a 140). La curatela será discernida a favor del cónyuge no separado de hecho, el conviviente, y los hijos, padres, o hermanos de la persona, según quien tenga mayor aptitud e idoneidad moral y económica, pautas que dejan al juez mayor campo de acción para designar a quien considere adecuado.

La declaración de ausencia no genera la suspensión de la responsabilidad parental que sólo se produce con la ausencia con presunción de fallecimiento.

12. Funciones del curador

Según el art. 83, el *curador sólo puede realizar los actos de conservación y administración ordinaria de los bienes. Todo acto que exceda la administración ordinaria debe ser autorizado por el juez; la autorización debe ser otorgada sólo en caso de necesidad evidente e impostergable.*

Siendo un curador a los bienes, sus atribuciones se limitan al cuidado y conservación de los bienes del ausente, al cobro de créditos y pagos de deudas, al ejercicio de las acciones y defensas judiciales de su representado; en consecuencia, carece de facultades para innovar en la administración de los bienes, cambiar el destino o explotación de los mismos, o realizar cualquier acto de disposición, salvo que obtuviese para ello autorización judicial, la que sólo debería ser concedida en caso de necesidad evidente e impostergable.

13. Conclusión de la curatela

La curatela del ausente declarado se extingue —de conformidad con lo dispuesto por el art. 84— por:

— la presentación del ausente, sea personalmente o por apoderado;

— la muerte del mismo; y

— el fallecimiento presunto declarado judicialmente.

Una cuestión que divide a los autores es qué sucede si se tienen noticias de la existencia del ausente, o reaparece en un lugar distinto al de situación de los bienes. Para Llambías, la curatela debe cesar. En cambio, Fassi sostiene, con nuestra adhesión, que la ley exige la presentación del ausente, y que la finalidad de la ley es la protección de los bienes del ausente, por lo que no se produce la extinción de la curatela sino cuando el ausente reasume el gobierno de su patrimonio, o al menos está en condiciones de hacerlo, lo que no sucede por el simple hecho de que se lo haya visto en cualquier lugar.

IV. PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

14. Introducción. Diferencias con la muerte

Cuando una persona desaparece de su domicilio, es necesario adoptar primeramente medidas tuitivas de sus bienes; ello se hace mediante el procedimiento de simple ausencia que acabamos de estudiar.

Si esa ausencia se prolonga mucho tiempo, o la desaparición se ha producido en circunstancias excepcionales (guerra, terremoto, accidente de aviación o naufragio), es razonable presumir que la persona ha fallecido. El Código organiza entonces un procedimiento destinado a obtener tal declaración por vía judicial, que garantiza la defensa de los intereses del ausente y a la vez permite dar continuidad adecuada a su patrimonio y resolver la situación personal del cónyuge si lo hubiera.

De todos modos es preciso señalar que los efectos de la "presunción de fallecimiento" no son absolutamente idénticos a los de la muerte comprobada. Los bienes, no se transmiten inmediatamente de manera plena, sino que es necesario atender al cumplimiento de ciertos plazos posteriores al día presuntivo de la muerte.

Sobre estos dos aspectos volvemos *infra*, ns. 26, 27 y 28.

15. Procedimiento de la declaración del fallecimiento presunto

Desde el punto de vista jurídico, el hecho de que una persona haya desaparecido o esté ausente de su domicilio sin que se tenga noticias acerca de su existencia, no es causa suficiente para presumir su muerte. A esa circunstancia (la desaparición) se debe añadir otro elemento que es que haya transcurrido cierto tiempo. En consecuencia, nace la presunción de fallecimiento si se dan estos requisitos: desaparición de la persona más tiempo transcurrido sin que se tengan noticias sobre su existencia.

El tiempo que debe transcurrir varía según diversas hipótesis, pues la ley abrevia el lapso ordinario cuando la desaparición se ha producido en circunstancias tales que la muerte aparece como más factible (situación de catástrofe, guerra, accidente, etc.). Así, el art. 85 contempla el denominado caso ordinario, y el 86 los casos extraordinarios, que analizamos seguidamente.

16. Caso ordinario

El art. 85 dice: *La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado. Este plazo debe contarse desde la última noticia del ausente.*

El llamado caso ordinario contempla la situación de aquella persona que se ausenta de su domicilio sin que se tengan noticias de su existencia. La presunción del fallecimiento surge simplemente del transcurso del tiempo, sin que sea necesaria ninguna otra circunstancia.

El tiempo que debe transcurrir para presumir su fallecimiento es el de tres años; que se cuenta desde el día en que se tuvo la última noticia del ausente. Carece de relevancia que el ausente haya dejado apoderado o no; ello sólo tiene incidencia en el supuesto de la declaración de ausencia simple, pero no en el caso de declaración de fallecimiento presunto.

Es necesario que el ausente tenga domicilio en nuestro país; caso contrario no procede la declaración de fallecimiento presunto por parte de nuestros tribunales.

17. Caso extraordinario genérico

El caso extraordinario genérico está determinado en el art. 86, inc. a), que dice: *Se presume también el fallecimiento de un ausente: ...si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido....*

En este supuesto se requiere la ausencia de la persona, sin noticias acerca de su existencia por el término de dos años; pero para que el plazo se reduzca a dos años debe existir una circunstancia especial, que es la de haber estado en un lugar donde se desarrolló un hecho con riesgo de muerte.

La norma al referirse a *otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte*, o a *una actividad que implique el mismo riesgo*, comprende cualquier accidente aislado e individual que por sus circunstancias dé lugar a las mismas presunciones (maremoto, alud, inundación, etc.)

Por acción de guerra debe entenderse cualquier hecho de personas armadas, no exigiéndose que sea una guerra en sentido específico.

El plazo que debe transcurrir para poder pedir la declaración de fallecimiento presunto es de dos años, y se cuenta desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

18. Caso extraordinario específico

El caso extraordinario específico está tipificado en el art. 86, inc. b) dispone: *Se presume también el fallecimiento de un ausente: ...si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.*

En este caso se requiere ausencia de la persona sin noticias sobre su existencia durante un período de seis meses, más una circunstancia particularísima, cual es que el ausente en el momento de su desaparición se hubiere encontrado en una nave o aeronave naufragada o perdida.

En la hipótesis que estamos tratando, la ley exige solamente que haya transcurrido un plazo de seis meses sin noticias sobre la existencia del ausente para que tenga lugar la presunción de fallecimiento, y esa abreviatura del plazo se debe a la concurrencia de aquella circunstancia particularísima (haberse encontrado en la nave o aeronave naufragada o perdida), dado que la misma prácticamente hace rozar al ausente con su muerte, por cuanto la posibilidad de supervivencia es mínima.

Los seis meses se cuentan desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

19. Personas legitimadas. Juez competente

De acuerdo con el art. 87, pueden pedir la declaración de fallecimiento presunto *cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate.*

Es una disposición abierta, ya que no determina de manera taxativa quiénes están legitimados sino que acuerda la acción a todos aquellos que tengan algún derecho cuyo ejercicio dependa de la muerte del ausente.

A simple título ejemplificativo, podemos mencionar entre las personas legitimadas:

— El cónyuge o conviviente del ausente.

— Los presuntos herederos legítimos o instituidos en testamento.

— Cualquier socio cuando en el contrato se hubiese contenido que la muerte de uno de ellos extingue la sociedad.

— El Ministerio Público en representación de los incapaces o personas con capacidad restringida, cuando éstos fuesen herederos presuntos.

— El beneficiario de un seguro de vida.

Con respecto a quienes no tienen acción, podemos citar entre otros:

— Los acreedores del ausente, pues sus derechos no están subordinados a la muerte y por ello pueden accionar contra su deudor aunque no se encuentre presente.

— Los parientes en grado no sucesible.

Es competente para entender en el pedido de declaración de fallecimiento presunto, el juez del domicilio o última residencia del ausente (art. 87 *in fine*).

20. Extremos que deben probarse

Quien intente la acción dirigida a obtener una declaración de fallecimiento presunto deberá probar:

— su legitimación; esto es, que tiene algún derecho subordinado a la muerte del ausente, para lo cual se podrá valer de cualquier medio de prueba;

— la desaparición del ausente; lo que resulta innecesario si previamente se ha promovido el juicio de declaración de simple ausencia;

— la competencia del juez; el interesado deberá acreditar que el ausente tenía domicilio en la República;

— la búsqueda de información acerca de la existencia del ausente y que ella arrojó resultado negativo;

— el transcurso del plazo legal; es decir, que se cumplieron los tres años desde que se tuvo la última noticia de la desaparición del ausente;

— la prueba del hecho extraordinario en el supuesto que el accionante invoque alguno de los casos del art. 86.

La acreditación de los hechos está sometida a la libertad de apreciación judicial (Tobías).

21. Representación del ausente. Curador de los bienes

El juez debe nombrar defensor al ausente o dar intervención al defensor oficial (art. 88). La designación es previa a la citación por edictos, mientas que en la ausencia simple sólo después de la citación y si la persona no comparece.

Además del defensor del ausente, cuya designación debe tener lugar en todo el juicio de fallecimiento presunto, el juez puede nombrar un curador a los bienes del ausente. Las funciones de este curador se limitan a la conservación y administración de los bienes.

También puede subsistir el curador designado en el juicio de simple ausencia.

El último párrafo del art. 88 aclara que *la declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente.*

22. Publicidad legal

Luego de nombrado al defensor del ausente, el juez deberá ordenar la publicación de edictos citando al ausente a que se presente al juicio bajo apercibimiento de declararlo presuntamente fallecido para el caso de incomparecencia.

Los edictos se publicarán en el Boletín Oficial o en el diario que designe el juez, una vez por mes durante seis meses. Los edictos no sólo deben citar al ausente, sino también invitar a cualquier persona

que tuviera noticias de su paradero a aportar los datos pertinentes al juzgado (Saux).

23. Sentencia. Día presuntivo del fallecimiento

Una vez producidas las pruebas concernientes al caso en cuestión, publicados los edictos sin que se haya presentado el ausente y oído el defensor —dado que éste controla la legalidad del proceso—, el juez dictará sentencia declarando el fallecimiento presunto del ausente.

Esta sentencia debe inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 89).

24. Día presuntivo del fallecimiento

En la sentencia en que se declara el fallecimiento presunto, se determina el día presuntivo del fallecimiento. El art. 90 da las pautas para determinarlo diciendo: *Debe fijarse como día presuntivo del fallecimiento: a. en el caso ordinario, el último día del primer año y medio; b. en el primero de los casos extraordinarios, el día del suceso, y si no está determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido; c. en el segundo caso extraordinario, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos; d. si es posible, la sentencia debe determinar también la hora presuntiva del fallecimiento; en caso contrario, se tiene por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento.*

Veamos cómo funciona el supuesto del caso ordinario, a través de un ejemplo: Supongamos que la desaparición data del 1 de marzo de 2010. Para que proceda el pedido de declaración de fallecimiento presunto, es necesario que hayan transcurrido tres años, que se cumplen el 1 de marzo de 2013. La ley dice que para el caso ordinario el día presuntivo de fallecimiento será el último día del primer año y medio. En consecuencia, en el ejemplo, será el 30 de septiembre de 2011.

En el caso extraordinario específico: supongamos que el ausente se encontró en el lugar de un terremoto y éste ocurrió el 21 de septiembre de 2014; esta fecha será el día presuntivo de fallecimiento. Si no estuviese determinado el día del suceso, el día presuntivo de fallecimiento será el día del término medio de la época en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido. Así supongamos una acción de guerra entre el 1 y el 5 de septiembre de 2014; el término medio es el

día 3, y ése será el día presuntivo de fallecimiento. Por supuesto, debe aguardarse los dos años que prescribe la norma.

Por último, veamos un ejemplo del caso extraordinario específico: Una aeronave desaparece sin tenerse noticias de ella y sin encontrarse sus restos, como sucedió hace relativamente poco tiempo con un avión de la compañía malaya. El día presuntivo del fallecimiento, luego de transcurridos los seis meses, será la última fecha en que el comandante de la aeronave se reportó o algún radar la ubicó en el espacio.

Además del día presuntivo de fallecimiento, en la sentencia debe constar la hora en que se presume tuvo lugar el deceso; en caso de que no se pueda determinar se tendrá acaecido a las veinticuatro horas del día considerado como presuntivo del fallecimiento.

Precisar el día y hora del fallecimiento es trascendental, por cuanto en ese momento se abre la sucesión del presunto difunto y, en consecuencia, se determina quiénes son las personas que tienen derecho a los bienes de aquél.

25. Efectos de la sentencia

La sentencia que declara la muerte presunta, no hace cosa juzgada; ello significa que no es inmutable, sino que puede variar o modificarse. Ello ocurre en el supuesto de reaparición del presunto fallecido si se acredita efectivamente la muerte; o se prueba que el presunto muerto vive.

Una vez tramitado el juicio de fallecimiento presunto e inscripta la sentencia que fija el día presuntivo de fallecimiento en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, quienes tengan derecho a los bienes deberán llevar adelante el juicio sucesorio indispensable para que los herederos puedan gozar de los derechos que emanan de esa calidad.

Se trata de juicios que tienen distinta finalidad; el de ausencia determina que una persona se encuentra presuntamente fallecida; el otro, que se declare judicialmente quiénes son los herederos y, en consecuencia, se materialice la transmisión de los bienes.

26. Entrega de los bienes. Inventario

Dada las peculiaridades que presenta la situación de muerte presunta, debe preverse la reaparición del ausente o la modificación de

la fecha del fallecimiento; por ello la entrega de los bienes a los herederos debe rodearse de ciertas garantías.

Ellas son el inventario y las limitaciones o los poderes de disposición de los herederos, que se imponen durante el denominado período de prenotación que antecede al período de dominio pleno.

Debe realizarse un inventario con las formas previstas para el juicio sucesorio, las que no pueden relevarse por acuerdo de los herederos, pues en este caso ese acto tiende a proteger al ausente.

27. Prenotación

La prenotación consiste en dejar constancia en los registros de bienes en los cuales quepa inscribir la declaratoria de herederos, como lo son, el de la propiedad inmueble o el del automotor o el registro de acciones de una sociedad anónima, que ella se ha dictado en un juicio sucesorio promovido en virtud de una declaración de fallecimiento presunto; con lo que, mientras la prenotación subsista, se impide la realización de actos de disposición sobre los bienes inscriptos en esos registros.

El período de prenotación dura hasta tanto se cumplan cinco años contados a partir del día presuntivo de la muerte, u ochenta desde el nacimiento del presuntamente fallecido.

Como se desprende de lo dicho, el efecto de la prenotación es impedir la realización de actos de disposición sobre los bienes registrados. Pero ello no obsta a considerar que los herederos son, en realidad, titulares del dominio de las cosas de que se trate (art. 91). A ese dominio cabe calificarlo como dominio imperfecto, categoría que en nuestro derecho aparece expresamente admitida (art. 1964).

Por otro lado, el patrimonio constituido con los bienes recibidos del presuntamente fallecido conforma un patrimonio separado o especial, que no se confunde con el resto de los bienes del heredero. De allí que durante el período de prenotación los acreedores del heredero no pueden agredir esos bienes.

La autorización judicial para disponer sólo será dada en casos indispensables, y tratando de evitar menoscabo a los intereses del ausente.

En caso de reaparición del ausente, debe dejarse sin efecto la prenotación. Para algunos basta con que el ausente se presente al registro por instrumento público o indirectamente mediante una escritura de dominio otorgada por el reaparecido (Moisset de Espanés). Sin embargo, parecería necesaria una orden judicial, que deje sin efecto la prenotación, por exigencia del principio de tracto sucesivo que rige en materia registral.

A partir de la conclusión del período de prenotación, el heredero tiene plena disposición de los bienes recibidos.

28. Reaparición del ausente

El ausente puede reaparecer durante el período de prenotación o cuando ya los bienes entraron en dominio pleno de los herederos. Veamos ambos supuestos.

a) Reaparición durante el período de prenotación

Dice el art. 94 (refiriéndose a la entrega bajo prenotación e inventario): *Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento, procediéndose a la devolución de aquéllos a petición del interesado.*

La presentación del ausente durante este período hace que quede sin efecto la transmisión del dominio hecha a favor de los herederos, en virtud de la condición resolutoria a la cual ese dominio estaba sujeto; por lo que deben restituir los bienes al reaparecido.

Las cosas entregadas pueden haber producido frutos, que son las cosas que provienen periódicamente de otras, sin alterar su sustancia. Frutos naturales son los que produce la naturaleza (la cosecha); frutos civiles son los que nacen por la acción exclusiva del hombre (la renta de una casa alquilada). Los bienes prenotados también pueden generar productos, que son los que proviniendo de la cosa, no se reproducen, por lo que se va disminuyendo el valor de la cosa productiva (por ej., el mineral de un yacimiento).

Según las normas que rigen las relaciones de poder en materia de posesión, el heredero de buena fe, no deberá restituir los frutos naturales ya percibidos (las uvas retiradas de un viñedo) y los devengados

no percibidos (las uvas que se encuentran en los árboles pendientes de retirar o consumir). Siempre deberá devolver los productos.

Mientras que si se trata de un heredero poseedor de mala fe deberá restituir todos los frutos percibidos y lo que por su culpa se dejaron de percibir y los productos que obtuviera (art. 1935).

b) Presentación en el período de dominio pleno

Aun cuando los herederos hayan podido disponer de los bienes que integraban el patrimonio, el dominio de los que todavía tengan se revoca o resuelve en favor del ausente reaparecido.

Por ello, el Código dispone que si el ausente reapareciese podrá reclamar la entrega de los bienes que existen y en el estado en que se encuentran los adquiridos con el valor de los que faltan; el precio adeudado de los enajenados, y los frutos no consumidos (art. 92 párrafo segundo).

29. Efectos personales de la reaparición

En el régimen del Código Civil derogado, la declaración de ausencia no extinguía el vínculo matrimonial por sí misma, pero autorizaba a contraer nuevas nupcias, momento en el cual —por razones obvias— ese vínculo se rompía. También se aclaraba que la reaparición del ausente no disolvía el nuevo matrimonio.

El CCyC no regula nada al respecto, de modo que, con una pauta de razonabilidad, debe entenderse que la declaración de presunción de fallecimiento disuelve el vínculo matrimonial y la convivencia, quedando equiparado en sus efectos a la muerte biológica. Por ende, ninguna trascendencia tiene, en ese aspecto, la reaparición del ausente (Saux), haya habido o no un nuevo matrimonio del cónyuge presente.

Por el contrario, la presunción de fallecimiento tiene incidencia directa en el ejercicio de la responsabilidad parental, pues el art. 702 establece: *El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:... la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.*

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica*, Reus, Zaragoza, España, 2009, TOBÍAS, José W., *Fin de la existencia de las personas físicas*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

COBAS, Manuel, "La presunción de fallecimiento y el requerimiento probatorio", DJ 2002-2-161; CROVI, Luis Daniel, "Conmoriencia" , DFyP 2012-153; GAUTERO, María Gisela, "Un atípico caso judicial dentro de la cotidianeidad de los supuestos de conmoriencia", DFyP 2011 (noviembre), p. 173; TOBÍAS, José W., "La persona humana en el Proyecto", LL 2012-D-743.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CNCiv., sala C, 8/11/2001, "S., D. E.", LL 2002-C-50, cita online: AR/JUR/494/2001.

ST San Luis, 7/6/2011, "B., E. L. s/recurso de queja", LL Online, AR/JUR/33749/2011.

CAPÍTULO XV
LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN

1. La necesidad de construir un sujeto de derecho distinto del hombre

El hombre, la persona física, es una realidad con la que el Derecho cuenta como algo de insoslayable consideración; ya hemos visto que el Derecho se hace para el hombre, y por ello todo hombre es persona para el derecho.

Pero el hombre no actúa sólo sino que su naturaleza esencialmente social le lleva a actuar "con" otros, a agruparse, a asociarse, a unirse para desarrollar todo tipo de actividades: deportivas, intelectuales, de mero recreo, políticas, religiosas, económicas, etc. De este accionar "en conjunto" surgen relaciones y situaciones jurídicas de los asociados o agrupados o unidos entre sí, pero también de la agrupación o unión con terceros.

Ello ha hecho necesario que ese complejo de relaciones jurídicas se unifique en un sujeto de derecho distinto de las personas humanas que están agrupadas, asociadas o unidas para la obtención de algún interés común.

Para ello se ha echado mano a términos diversos: persona moral, persona de existencia ideal, persona colectiva, persona jurídica, etc.

2. Terminología y definición legal

El CCyC utiliza la expresión personas jurídicas para identificar a "*todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere*

aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación" (art. 141).

3. Doctrinas sobre la personalidad jurídica de los entes

Así como respecto de la persona humana físicas se ha discutido si es un mero concepto jurídico asimilable a un "centro de imputación de normas" o es una realidad que es previa y se impone al Derecho que no puede negar la personalidad jurídica a ningún ser humano, con relación a las personas jurídicas se ha debatido también si son una construcción artificial del legislador o implican el reconocimiento de una realidad social, biológica o natural.

a) Teoría de la ficción

Haciendo un breve repaso de las distintas posturas doctrinarias que se han ensayado en esta materia, podemos seguir a Orgaz y distinguir entre las doctrinas naturalistas y doctrinas jurídicas. Las primeras son aquellas que sostienen que el concepto de persona en un dato de la naturaleza. Dentro de esta postura, se puede sostener que las únicas verdaderas personas son los seres humanos y que las personas jurídicas son "ficticias" (teoría de la ficción), o considerar que al igual que los humanos estás son también "reales" (doctrinas de la realidad), o negar toda personalidad real o ficticia (teorías negatorias).

La teoría de la ficción, tesis clásica de Savigny, sostiene que las personas jurídicas no existen sino para el cumplimiento de un fin jurídico, de modo que poseen una "capacidad artificial" otorgada por el ordenamiento jurídico. Considerar a estos entes como artificiales implica reconocer que para su nacimiento y para su disolución requieren un acto estatal, y puesto a que no poseen "voluntad" propia, sus representantes (se las considera incapaces de hecho) sólo pueden recibir mandato para actos lícitos; de ese modo no es posible que una persona jurídica cometa un delito, ni que responda por actos ilícitos salvo en la medida de un enriquecimiento sin causa.

b) Teorías realistas

Como contrapartida a la idea de la ficción, surgen las doctrinas que defienden una "realidad" que el derecho sólo se limita a reconocer.

Dentro de esta postura se enrola la *teoría del órgano* que concibe a las personas jurídicas como un ente real y concreto, un organismo.

También se ha desarrollado la denominada *teoría de la institución* basada en el reconocimiento de una idea fuerza o directriz que al congregar voluntades para su realización genera una institución (Hauriou-Renard).

c) Teorías negatorias

Las *teorías que niegan la personalidad* se basan también en la realidad que detrás de las personas jurídicas hay sólo seres humanos, y sobre ese presupuesto se concibe a las personas jurídicas como *organizaciones patrimoniales especiales*, a las cuales, el legislador por una cómoda analogía ha establecido reglas de imputación como si se tratara de personas. Para Planiol se tratarían sólo de condominios especiales, un patrimonio colectivo con una regulación distinta que no reconoce el derecho de provocar la división. De esta manera, los derechos del ente pertenecen a sus miembros quienes son los verdaderos sujetos de derecho frente a terceros.

d) Teorías jurídicas

Existen por último, las llamadas *teorías jurídicas*, que ven en los entes colectivos *un concepto técnico jurídico*, un centro de imputación de derechos y deberes. Su principal mentor es Kelsen. Desde su enfoque, la persona jurídica ejerce sus derechos, interviene en las relaciones jurídicas por intermedio de individuos que integran sus órganos, pero esto no parte de comparar a la persona ideal con un cuerpo humano, sino de recurrir a un recurso técnico por el cual en algunos casos será el ente el único responsable y en otros la responsabilidad será compartida con sus integrantes.

e) Criterios actuales

El enfoque actual del tema es diferente. Por un lado, se ha generalizado la idea del carácter eminentemente técnico del concepto de persona jurídica. Ferrara sostiene que es vana la tentativa de querer buscar detrás de la persona jurídica un cierto ente u organismo volitivo, social o psicológico; la personalidad es sólo la "vestimenta jurídica" con la cual grupos humanos o establecimientos se presentan en

la vida del derecho. Como dice Messineo la persona jurídica constituye una realidad "en y para el mundo jurídico".

Ahora bien, este último criterio es acertado desde un ángulo normativo, pero sin olvidar que derecho reconoce aptitud y personalidad a los grupos que real y efectivamente actúan en la sociedad. Por ello, también se sostiene que la persona jurídica surge de una interacción de tres elementos: conductas humanas, valores y normas jurídicas. En otros términos, no es posible prescindir de los seres humanos que la constituyen, que celebran actos jurídicos y que se benefician de sus resultados. Tampoco de los valores, que son propios de los fines perseguidos (Fernández Sessarego).

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

4. Capacidad de las personas jurídicas

a) Principio de especialidad

Ya hemos dicho que el art. 141 CCyC define a las personas jurídicas como "todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación".

En otras palabras: las personas jurídicas son creadas con uno o más fines que los fundadores se proponen alcanzar o desarrollar, y es para la obtención de dichos fines que se les reconoce subjetividad jurídica.

La doctrina ha visto en esta circunstancia un factor limitativo de la capacidad de las personas jurídicas, las cuales nunca podrían estar legitimadas para actuar en una esfera ajena a la de sus finalidades.

Este principio, llamado de *especialidad*, se funda en que el ejercicio de operaciones extrañas al objeto de la institución implicaría un cambio de este objeto, el cual no es válido sino en las condiciones y casos previstos en los estatutos.

La "especialidad" impone, de conformidad con esta doctrina, una limitación intrínseca a la capacidad de las personas jurídicas; es decir, no la restringe para determinadas especies de actos, sino que les están prohibidos algunos de ellos, cuando se consideren desvinculados de las finalidades de dichas personas.

En la aplicación del principio debe actuarse prudencialmente —según es doctrina aceptada— admitiendo capacidad para todos los actos que tengan relación directa o indirecta con el cumplimiento de los fines de las personas jurídicas. Si se aplicara la doctrina de la especialidad con rigidez, se caería nuevamente en las concepciones opuestas a la capacidad amplia, rechazadas por nuestro codificador.

Como en todo otro acto jurídico, además, si la interpretación ofrece dudas debe estarse a favor de la validez y no de la nulidad (principio de conservación).

La especialidad implica seguridad frente a terceros que contratan con la persona jurídica porque no le serán oponibles a la persona jurídica actos "notoriamente extraños" al objeto de la entidad, tal como lo expresa, en materia societaria, el art. 58 de la Ley General de Sociedades (en el derecho societario se la conoce con el nombre de doctrina *ultra vires*). No obstante, en la aplicación de este principio debe actuarse con prudencia, admitiendo capacidad para todos los actos que tengan relación directa o indirecta con el cumplimiento de los fines del ente.

b) Capacidad de las personas jurídicas para ser titular de derechos extrapatrimoniales

Una corriente doctrinaria sostiene que las personas de existencia ideal podrían ser titulares de ciertos derechos extrapatrimoniales, separables de la condición de ser humano.

Tal el caso del derecho al "buen nombre", una suerte de equivalencia del derecho al honor de las personas físicas.

En nuestro derecho el tema debe ser visto desde dos puntos de vista: el penal y el civil.

En el derecho penal, la ley 21.338 (de reformas al Código de la materia) sancionó como art. 112: "El que propalare hechos falsos concernientes a una persona colectiva o a sus autoridades, que puedan dañar gravemente el buen nombre, la confianza del público o el crédito de que gozare, será reprimido con prisión de dos meses a dos años [...]".

Este texto fue derogado por la ley 23.077, pero subsiste el art. 117 original, conforme al cual, "el culpable de injuria o calumnia contra un particular o *asociación* quedará exento de pena, si se retractare

públicamente [...]". Este texto da lugar a una jurisprudencia vacilante en la materia.

En la órbita del Derecho civil, tenemos por un lado que los autores reconocen en favor de las personas jurídicas el denominado derecho de réplica, rectificación o respuesta.

Pero el tema que da lugar a mayores dificultades es el determinar si la persona jurídica tendría derecho a la reparación del daño moral, por lesión a su buen nombre. La tendencia generalizada de la doctrina y la jurisprudencia ha sido negativa, pues se entiende que la lesión al buen nombre o crédito de que goza la persona jurídica se traduce en un daño patrimonial.

Sin embargo, en los últimos años ha habido algunos avances en este tema; así, Cifuentes considera que ciertas personas jurídicas, como las fundaciones y asociaciones civiles, pueden sufrir un daño en su nombre que se traduce exclusivamente en la reparación del daño moral.

También gozan las personas jurídicas de los derechos constitucionales de libertad de prensa, libertad de asociación y enseñanza (Llambías).

Tienen además derecho a crear fundaciones (art. 195, inc. a, ii) del CCyC

5. El comienzo de la existencia

La simple voluntad de los particulares no es suficiente para crear una persona jurídica; los actos constitutivos de éstas —cualquiera fuera su naturaleza— requieren además la existencia de una disposición de Derecho objetivo que atribuya a lo actuado la virtualidad suficiente para darle el carácter de persona jurídica.

Los procedimientos de constitución son el "elemento formal" de las personas jurídicas. Estos procedimientos pueden ser varios y básicamente oscilan entre la libre constitución por particulares cuando así lo prevé la ley (sistema de constitución libre), la verificación del cumplimiento de determinados recaudos legales (sistema de registro) o el requisito de un acto expreso de autorización estatal (sistema de concesión o autorización).

El CCyC ha adoptado, como pauta general, el sistema de libre constitución, el art. 142 establece que "*la existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. Las personas jurídicas no necesitan autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, no pueden funcionar antes de obtenerla*".

El sistema de autorización estatal se mantiene para casos especiales; por ej., para las asociaciones civiles y fundaciones. Es decir, el Estado somete a determinadas personas jurídicas al ejercicio de su "poder de policía", exigiendo para su existencia la previa autorización para funcionar. El ejercicio de esta facultad por la Administración Pública no implica admitir que las personas jurídicas sean una mera ficción, ni tampoco que la personalidad emerja de una concesión discrecional de la administración, se trata del cumplimiento de funciones que competen a quienes tienen a su cargo la preservación del orden y la seguridad dentro de la sociedad.

Las decisiones que deniegan la autorización para funcionar son recurribles ante la justicia.

6. La personalidad diferenciada

La constitución de una persona jurídica tiene como finalidad primordial crear un nuevo sujeto de derecho con distinto patrimonio y distinta responsabilidad. Éste es un principio fundamental: existe una separación entre la personalidad del ente y las personas que lo componen. La persona jurídica no se confunde con sus miembros, ni la reunión de todos ellos equivale a ella misma. Así lo establece el art. 143 del CCyC, conforme al cual "*La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros*".

De modo que se crea un sujeto de derecho enteramente distinto de sus fundadores, miembros y administradores, que es titular de un patrimonio, como atributo propio de cualquier persona; los terceros que contratan con la persona jurídica no contratan con sus integrantes sino con el ente creado por éstos.

La aplicación de este principio nos lleva a considerar la existencia de patrimonios diversos, el de la persona jurídica y el de sus miembros.

En cuanto a la responsabilidad, en principio, cada persona responde por sus deudas y los acreedores sólo podrán atacar los bienes de la persona jurídica. Así, lo dispone la segunda parte del art. 143: "*Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial*". Es decir, pueden existir personas jurídicas donde sus miembros o socios resulten responsables, en forma solidaria, con sus obligaciones, como son las sociedades colectivas.

7. Régimen legal aplicable

El art. 150 del CCyC establece un orden de prelación en cuando a las normas aplicables a las personas jurídicas privadas. El texto legal es el siguiente: "Leyes aplicables. *Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:*

a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;

b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;

c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la Ley General de Sociedades".

De modo que cada categoría de persona jurídica puede tener un régimen especial; en tal caso se le aplican —en primer lugar— las normas imperativas dispuestas en cada ley o en su defecto, las del mismo carácter previstas en el Código. Por ejemplo, a una sociedad anónima se le aplican primariamente las normas imperativas de la Ley General de Sociedades; a una cooperativa, las normas imperativas de la ley que regula específicamente a ese tipo de persona (en el caso, la ley 20.331).

En segundo lugar y en virtud del respeto a la libertad de asociación, cada entidad podrá regirse por las normas de sus estatutos o contratos sociales, con sus modificaciones. El CCyC alude al acto constitutivo; sin embargo hay que aclarar que en determinadas entidades (asociaciones y fundaciones) el acto fundacional se separa conceptualmente del estatuto.

La doctrina ha descartado el carácter contractual del estatuto, pues este acto de creación del ente colectivo tiende a regular no sólo los derechos y obligaciones de los miembros fundadores de la entidad sino de todos aquellos que en el futuro se incorporen a la asociación. Por ello, aun cuando se los incluya en un texto único y se los apruebe en un mismo momento, hay que distinguir el estatuto del "acto constitutivo", que es el negocio jurídico que da creación a la entidad y por el cual todos los suscriptos quedan obligados a constituirla. Ambos, acto constitutivo y estatuto, son necesarios para el nacimiento y posterior vida de la asociación, pero como señala Borda, el estatuto como acto voluntario, no contractual, una vez aprobado por el Estado, adquiere el valor de una verdadera norma jurídica que gobierna la entidad y a la cual están sometidos todos sus miembros.

La última escala normativa aplicable a las personas jurídicas privadas nacionales son las leyes supletorias previstas en los ordenamientos especiales o en el CCyC.

En cuanto a las personas jurídicas privadas extranjeras, el CCyC dispone que se rigen por la Ley General de Sociedades. Debemos entender que ese régimen supletorio, sólo es aplicable para las sociedades, no para el resto de las personas jurídicas enumeradas en el art. 148.

8. La inoponibilidad de la personalidad jurídica

a) Formulación de la idea

El reconocimiento de la personalidad jurídica diferenciada se hace en la medida que ella sea usada con fines lícitos.

Lo cierto es que la realidad ha mostrado que en múltiples situaciones las personas jurídicas son usadas de manera desviada, esto es para perjudicar los derechos de terceros o para violar la ley.

En esos casos, el ordenamiento jurídico reacciona desconociendo la personalidad jurídica diferenciada e imputando la actuación de la persona jurídica a las personas físicas que la hicieron posible.

Ello ha tenido inicial aplicación en el ámbito del derecho societario y en el concursal, de modo que los acreedores pudieran alcanzar

los bienes de los socios o controlantes que habiendo abusado de la personalidad jurídica habían conducido a una sociedad a la quiebra. En la Argentina un caso paradigmático fue el caso Swift en el que se comprobó que esa sociedad, dedicada a la actividad frigorífica, había llegado a la insolvencia porque el grupo empresario al que pertenecía la había usado como una sociedad "cenicienta", que financiaba a las otras sociedades del grupo, les vendía sus productos a pérdida, etc. Entonces, la CSN confirmó la sentencia que había extendido la quiebra a todas las sociedades del grupo.

Esa doctrina tuvo aplicación también en materia tributaria para imputar responsabilidad a los controlantes de las sociedades. Lo mismo en el ámbito del derecho sucesorio y de familia, pues personas jurídicas suelen ser utilizadas para burlar la legítima de herederos forzosos o para eludir las obligaciones impuestas por el régimen de la sociedad conyugal. En materia sucesoria hay muchos antecedentes de formación de sociedades en donde el causante volcaba sus bienes con la sola intención de eludir las disposiciones de la legítima hereditaria. Así, se ha dicho que la constitución de la sociedad en comandita por acciones puede importar el medio de sustraer del patrimonio del causante un bien, que encontrándose en él al día del fallecimiento debía integrar el acervo hereditario, tal sociedad debe considerarse un sujeto interpuesto que sirve a un fin fraudulento: violar las disposiciones legales sobre la legítima hereditaria, respecto a los herederos forzosos.

La técnica de "levantar el velo" para ver que hay detrás de una persona jurídica, no pretende otra cosa que superar las consecuencias inicuas, derivadas de comportamientos abusivos o fraudulentos. La doctrina ha destacado el carácter excepcional de esta solución, el punto de vista de la compresión "moderna" del levantamiento del velo intentará considerarla como un remedio excepcional evitando su conversión en una fórmula genérica de resolución de los múltiples problemas planteados en la realidad del Derecho de Sociedades.

b) Formulación legislativa

La doctrina del levantamiento del velo societario fue consagrada en el art. 54 de la Ley de Sociedades Comerciales; también en la Ley de Concursos con las reglas sobre extensión de quiebra.

Ahora aparece también en el art. 144 del CCyC que expone: *Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.*

Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

c) Los supuestos que habilitan la inoponibilidad de la personalidad

El artículo establece que la personalidad jurídica podrá ser desestimada cuando se use con fines ajenos a los previstos por el legislador, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona.

Como se advierte los casos previstos en la normativa son varios.

El primero es la utilización de la personalidad con fines ajenos a los que determine la ley, es decir cuando la se trata de una persona jurídica con causa ilícita o simulada.

Si se trata de un mero recurso para violar la ley, esto puede significar la *transgresión* (cuando la actuación viola directamente la norma) y la *elusión* (cuando fraudulentamente se evita la aplicación de la norma pertinente).

El orden público debe interpretarse en su acepción más estricta, como un régimen irrenunciable que protege en interés público. La mala fe se refiere a la actuación del socio o controlante de la persona jurídica, a quien se le extenderá o trasladará la imputación.

Por último, la frustración de derechos de terceros comprende cualquier tipo de negocio fraudulento en perjuicio de otras personas (insolvencia fraudulenta, herederos, cónyuges, etc.).

d) A quiénes se imputa la actuación de la persona jurídica

El Código establece que la actuación de la persona jurídica se imputa a los socios, asociados, miembros o controlantes directos o indi-

rectos. La terminología es amplia y permite dirigir la acción contra socios de una sociedad mercantil como contra asociados o miembros de una asociación civil, y significa que los efectos de los actos jurídicos obrados por la persona jurídica se atribuyen a las personas físicas, con repercusión directa sobre su patrimonio.

Controlante directo es quien puede formar la voluntad de la persona jurídica, por ej., el socio mayoritario de una sociedad anónima; controlante indirecto es quien lo hace a través de otro sujeto, normalmente el accionista mayoritario de la sociedad que es a su vez accionista mayoritario de la sociedad que se ha usado con finalidad desviada.

e) La protección a terceros de buena fe y la responsabilidad personal de quienes abusaron del ente

Así como la actuación de la persona jurídica que, desviada en sus fines, perjudica a terceros debe sancionarse, no puede admitirse que con la aplicación de esta sanción se perjudique a otros terceros de buena fe. Se trata, por ej., de respetar los derechos adquiridos, como el caso que un tercero de buena fe hubiese ya adquirido el bien reclamado.

Por supuesto que el corrimiento del velo y la imputación a los socios o controlantes por su accionar como tales, no descarta las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados. Esa responsabilidad, entendemos, puede ser reclamada por otros integrantes de la persona jurídica perjudicados por el accionar una administración fraudulenta o de un obrar ilícito.

III. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

9. El actual criterio de distinción

El CCyC abandona la denominación de personas de "carácter" público y de "carácter" privado que contenía el código anterior, para directamente clasificar a las personas jurídicas en públicas y privadas.

Si bien es cierto que resulta ajeno al Derecho Civil la regulación de los entes públicos, sin lugar a dudas el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los gobiernos

municipales, intervienen en relaciones jurídicas del Derecho Privado y, por consiguiente, el Código debe al menos enunciarlos como posibles sujetos de estas relaciones.

Las personas públicas están enumeradas en el art. 146 y las privadas en el art. 148.

10. Las personas jurídicas públicas

Las personas jurídicas públicas son reguladas por las normas del derecho público que las crean. Su reconocimiento, el comienzo de su existencia y su finalización, su capacidad, su funcionamiento y su organización se rigen por las leyes respectivas. Así lo dispone el art. 147.

Son personas jurídicas públicas las siguientes:

a) *El Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios*

La personalidad jurídica del Estado nacional surge de la Constitución Nacional (arts. 1, 9, 10, 14 a 18, 20, 21, 23, 31, 44, 87, 99, 108 y 128) que establece su capacidad para las relaciones jurídicas tanto en el ámbito del derecho interno como en el del derecho Internacional. En idéntico sentido, nuestra Carta Magna reconoce la personalidad de las provincias (arts. 6, 31, 121 a 127).

Los Estados (nacionales y provinciales) actúan como tales y tienen por lo tanto una relación de supremacía; pero también pueden hacerlo como meros sujetos de relaciones jurídicas del Derecho Privado, verbigracia cuando la Ciudad Autónoma de Buenos Aires alquila una casa para que funcione una escuela, actúa como un sujeto de derecho privado y ese contrato se rige por la ley de locaciones como cualquier otro contrato de alquiler.

b) *Las entidades autárquicas*

Las entidades autárquicas son desmembramientos del Estado en las cuales se delegan ciertas funciones; con ello se facilita la "descentralización" de funciones. Esa descentralización puede ser de base "territorial", como son los gobiernos municipales, o de base "funcional", que es cuando delega en otro ente público el cumplimiento de un fin público estatal, este último es el caso de los "entes autárquicos".

Las entidades autárquicas en el sentido propio del término, o sea las que tienen base funcional, son aquellas ramas de la Administración Pública a las que se ha descentralizado, convirtiéndolas en personas jurídicas para lograr de esa forma el mejor cumplimiento de una finalidad estatal.

Tales entidades pueden ser creadas por todo Estado, sea la Nación, las provincias o municipios.

En el orden nacional, las entidades autárquicas pueden ser creadas por el Congreso, cuando entran en su esfera de competencia, como es el caso de los bancos estatales (art. 75, inc. 6, Const. Nac.); las universidades (art. 75, inc. 18, Const. Nac.), los Registros Nacionales (art. 75, inc. 18, Const. Nac.), o bien por el Poder Ejecutivo, por tener a su cargo "la administración general del país" (art. 99, inc. 1, Const. Nac.).

c) *Las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter*

La referencia que el Código hace de las "demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter", sirve para contemplar las empresas del Estado y también a las denominadas personas jurídicas públicas no estatales, regidas por leyes especiales (como los partidos políticos, las asociaciones sindicales y diversas entidades profesionales).

Quedarían también incluidas en esta categoría, las obras sociales del Estado Nacional, empresas y sociedades del Estado, que de conformidad con lo establecido en el art. 2 *de la ley 23.660 "funcionarán como entidades de derecho público no estatal,* con individualidad jurídica, financiera y administrativa y tendrán el carácter de sujeto de derecho, con el alcance que el Código Civil establece para las personas jurídicas".

d) *Los Estados extranjeros*

Se reconoce personalidad para actuar en el marco del Derecho Privado a los Estados extranjeros reconocidos por nuestro país, y a sus provincias y municipios. En realidad se debe reconocimiento a cualquier división interna de los países extranjeros, ya sea en Estados, condados o entidades autárquicas.

e) *Las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable*

Reciben reconocimiento las personas jurídicas internacionales: Organización de las Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, Unesco, Fondo Monetario Internacional, etcétera.

f) *La Iglesia Católica*

La Iglesia Católica es una persona pública no estatal en función de diversas disposiciones constitucionales y del vínculo espiritual e institucional que la ha ligado siempre con nuestra Nación.

El art. 2 de nuestra Constitución Nacional establece la obligación del gobierno federal de sostener el culto católico apostólico romano. Ello no significa que el catolicismo sea la religión del Estado Nacional, tal como lo ha aclarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Villacampa al sostener que el culto apostólico romano no reviste el carácter oficial de religión del Estado.

La reforma constitucional de 1994 ha eliminado el requisito de que el presidente como el vicepresidente profesen la religión católica y no se encuentran actualmente obligados a prestar juramento por "Dios y estos Santos Evangelios". La organización de la Iglesia como persona jurídica surge del Derecho Canónico, y las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado nacional se rigen por el Concordato celebrado en el año 1966.

11. Las personas jurídicas privadas

El CCyC ha ampliado la enumeración de las personas jurídicas privadas en relación a la clasificación que hacía el anterior art. 33, segunda parte, del Código derogado. Las sociedades, las asociaciones civiles y las fundaciones ya se encontraban mencionadas en el código derogado, se incorporan ahora las mutuales, las cooperativas, el consorcio de propiedad horizontal, las confesiones y comunidades religiosas, y una categoría residual en la que ingresa toda otra persona jurídica contemplada en el Código o en leyes especiales a la cual se le reconozca el carácter por su finalidad y por las normas que rigen su funcionamiento.

Daremos una breve noticia de cada una de las personas jurídicas privadas.

a) Las sociedades

Hasta la entrada en vigencia del CCyC se reconocía la existencia de sociedades civiles y de sociedades comerciales. Pero por efecto de la unificación causada por el CCyC desaparecen de la legislación las sociedades civiles y la Ley de Sociedades "Comerciales" pasó a denominarse "Ley General de Sociedades".

Esa ley dice que "*habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y participando en las pérdidas*".

b) Las asociaciones civiles

Las asociaciones no sólo están mencionadas como personas jurídicas privadas sino que son reguladas de manera detallada en los arts. 168 a 186 del Código. Nos ocuparemos de ellas en el capítulo siguiente.

c) Las simples asociaciones

Las simples asociaciones no eran mencionadas por el código derogado como personas jurídicas. Hoy no cabe duda que forman parte de la categoría y se encuentran reguladas en los arts. 187 a 192. También se encuentran tratadas en el próximo capítulo.

d) Las fundaciones

La Ley de Fundaciones 19.836 fue derogada por la ley 26.994 que sancionó CCyC, pero sus normas fueron incorporadas, con pequeñas modificaciones, en los arts. 193 a 224, cuyo comentario haremos más adelante.

e) Las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas

Como es sabido, la Constitución garantiza a todos los habitaciones de la Nación el derecho de profesar libremente su culto (arts. 14 y 20 CN). Ahora bien: hasta la sanción del nuevo código, las iglesias o comunidades religiosas de distintos credos al culto católico

apostólico romano, se constituían generalmente como asociaciones civiles, simples asociaciones o fundaciones. Y conforme lo previsto por la ley 21.745, los cultos no católicos deben inscribirse ante la Dirección General del Registro Nacional de Cultos dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Para ello debe cumplir ciertos requisitos legales preestablecidos. Ese registro no otorga personería jurídica a los cultos inscriptos.

El CCyC, reconociendo la importancia que estas entidades tienen dentro de la vida social, les ha otorgado la categoría de personas jurídicas de carácter privado. La protección de estas entidades se manifiesta en otras disposiciones del CCyC. Así, el art. 744 inc. d) establece la inembargabilidad de "los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado". En materia sucesoria, el art. 2482, inc. c) dispone que "no pueden suceder por testamento... los ministros de cualquier culto y los líderes o conductores espirituales que hayan asistido al causante en su última enfermedad".

f) Las mutuales

Son asociaciones mutuales las constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica (art. 2 de la ley 20.321).

Son verdaderas asociaciones, de un tipo particular que, dadas sus finalidades particulares, son regidas por una normativa especial, integrada originariamente por la ley 20.321 que establece su régimen legal y por la ley 19.331 que crea una especial autoridad de aplicación con alcance nacional (el Instituto Nacional de Acción Mutual).

g) Las cooperativas

Las cooperativas son definidas por la ley 20.331 como "entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios, que reúnen los siguientes caracteres: 1°. Tienen capital variable y duración ilimitada. 2°. No ponen límite estatutario al número de asociados ni al capital. 3°. Conceden un solo voto a cada asociado, cualquiera sea el número de sus cuotas sociales y no otorgan ventaja ni privilegio alguno a los iniciadores, fundadores y consejeros, ni preferencia a parte alguna del capital. 4°. Reconocen

un interés limitado a las cuotas sociales, si el estatuto autoriza aplicar excedentes a alguna retribución al capital. 5°. Cuentan con un número mínimo de diez asociados, salvo las excepciones que expresamente admitiera la autoridad de aplicación y lo previsto para las cooperativas de grado superior. 6°. Distribuyen los excedentes en proporción al uso de los servicios sociales, de conformidad con las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo establecido por el art. 42 para las cooperativas o secciones de crédito. 7°. No tienen como fin principal ni accesorio la propaganda de ideas políticas, religiosas, de nacionalidad, región o raza, ni imponen condiciones de admisión vinculadas con ellas. 8°. Fomentan la educación cooperativa. 9°. Prevén la integración cooperativa. 10° Prestan servicios a sus asociados y a no asociados en las condiciones que para este último caso establezca la autoridad de aplicación y con sujeción a lo dispuesto en el último párrafo del art. 42. 11° Limitan la responsabilidad de los asociados al monto de las cuotas sociales suscriptas. 12°. Establecen la irrepartibilidad de las reservas sociales y el destino desinteresado del sobrante patrimonial en casos de liquidación. Son sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley".

De modo que son entidades sin fines de lucro y un instrumento de la denominada *economía cooperativa*; en estas entidades no hay reparto de utilidades a los socios sino retorno de excedentes y cada socio tiene un voto al momento de adoptar decisiones asamblearias. Su organización difiere de las sociedades, por ello la doctrina especializada en la materia, ve en las cooperativas a verdaderas asociaciones de un tipo especial.

h) Los consorcios de propiedad horizontal

El art. 2037 del CCyC define al derecho real de propiedad horizontal como "*el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible*".

El art. 2044 dispone: "*El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador*".

El CCyC ha terminado con la discusión doctrinaria acerca de si el consorcio es o no una persona jurídica, resuelve que lo es, con todos los derechos y deberes que le otorga el carácter de tal.

i) Criterio residual

Luego de la extensa lista de personas jurídicas privadas que detallamos, el CCyC con el afán de no agotarla, establece que quedan incluidas como tales "*toda otra contemplada por este Código y por la ley*".

Los Fundamentos exponen que: "resulta prudente aventar una inteligencia extensiva de cuáles pueden ser las personas jurídicas privadas, estimando por el contrario que la legislación especial en vigor —adicionada a la regulación del Código sobre asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones— provee una suficiente variedad de figuras y constituye, por lo tanto, una razonable reglamentación de la garantía constitucional de asociarse con fines útiles. De ahí la preferencia por una enumeración de las personas jurídicas basada en la legislación especial pero que debe dejarse abierta, ya que la personalidad jurídica es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia y necesidad que inspiran la política legislativa y, por consiguiente, otras normas legales pueden crear figuras que amplíen el catálogo de las existentes".

12. Los que no son personas jurídicas

En doctrina se ha discutido si otros casos pueden ser calificados de personas jurídicas. En concreto se ha aludido a la sociedad conyugal, la sucesión y a la masa de la quiebra.

Algunos autores adhirieron a la doctrina francesa que ve en la comunidad de gananciales entre los cónyuges a una verdadera persona jurídica. Pero tal tesis está hoy virtualmente abandonada. Cada cónyuge es administrador de los bienes que adquiere y la comunidad adquiere relevancia justamente cuando se disuelve, que es cuando se determina la calificación y la participación de cada uno de los esposos en los bienes adquiridos durante el matrimonio.

También se ha pretendido personificar a la sucesión, pero la idea no resiste un análisis serio. Los herederos tienen sus derechos sobre los bienes y mientras se mantienen indivisos no hay persona jurídica

alguna sino sólo una situación de indivisión hereditaria que se asemeja —aunque no se identifica— con un condominio.

Finalmente la doctrina argentina niega la existencia de toda personalidad jurídica de la masa de la quiebra, que se forma con los bienes que pertenecen al fallido y de los cuales es desapoderado por efecto de la declaración de la quiebra. El desapoderamiento consiste únicamente en la pérdida de la posesión y del poder de disposición de los bienes, pero no de su titularidad. Por ello, en el caso de existir remanente, le corresponde al fallido de pleno derecho y sin necesidad de disponer transmisión alguna a su favor, ya que los bienes —en rigor— nunca salieron de su propiedad.

13. Contratos asociativos

El CCyC incorpora los contratos asociativos: agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas, consorcios de cooperación y el negocio en participación. Esas figuras, originalmente algunas de ellas legisladas en la Ley de Sociedades Comerciales, no derivan en la creación de personas jurídicas. Son por lo tanto meros contratos como las sociedades accidentales o en participación de la Ley de General de Sociedades (art. 361 LGS).

IV. LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

El CCyC establece normas sobre el nombre, el domicilio y el patrimonio aplicable a todas las personas jurídicas privadas.

14. El nombre

Las personas jurídicas tienen "denominación"; las personas físicas tienen "nombre", pero el CCyC utiliza esta última palabra también para las personas jurídicas.

a) Exigencia del nombre. Cómo se forma

El primer párrafo del art. 151 dispone: "*La persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada. La persona jurídica en liquidación debe aclarar esta circunstancia en la utilización de su nombre*".

El nombre se presenta entonces como un derecho y deber impuesto por motivos de interés general.

b) Límites a la libertad de elección

En principio, la denominación de la persona jurídica es de libre elección. Puede ser un nombre de fantasía, el nombre de una persona física, una expresión en lengua extranjera.

Pero el CCyC exige además que satisfaga "*recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otros nombres, como de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, se relacionen o no con el objeto de la persona jurídica*" (art. 151, segundo párrafo). Ello con la finalidad de evitar homonimias o la presencia de datos falsos o distorsionados que pueden llevar a confusión a los consumidores, causar perjuicio a los competidores, etc.

Además, el mismo art. 151 dispone que "*No puede contener términos o expresiones contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres ni inducir a error sobre la clase u objeto de la persona jurídica*".

c) Nombre de personas físicas designando personas jurídicas

El art. 151 establece que "*La inclusión en el nombre de la persona jurídica del nombre de personas humanas requiere la conformidad de éstas, que se presume si son miembros. Sus herederos pueden oponerse a la continuación del uso, si acreditan perjuicios materiales o morales*".

d) Mutabilidad

El nombre de las personas jurídicas es, en principio, mutable, pero deben tomarse precauciones de publicidad para informar adecuadamente a terceros cuando una entidad cambia su denominación.

e) Nombre comercial

El nombre comercial y nombre social si bien son términos usados frecuentemente como sinónimos, no resultan equivalentes. El nombre comercial tiene por finalidad la identificación del comerciante o

industrial, o la empresa en el ramo que se ocupa, y es un medio de atracción de la clientela.

Por su lado, el nombre social, además de esas funciones, revela la incorporación de la sociedad al ámbito de la tipología societaria y a la consecuente regulación positiva. Por ello, el Código indica que la persona jurídica debe tener un nombre "con el aditamento indicado de la forma jurídica adoptada". También deberá aclararse en el nombre, cuando el ente se encuentre en liquidación.

En nuestro país, el nombre comercial está regulado por la Ley de Marcas (22.362) y las disposiciones de los organismos de control (por ej., la Inspección General de Justicia).

Al margen de las legislaciones locales, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual (art. 8) establece que el nombre comercial estará protegido en todos los países de la Unión de París, sin obligación de depósito o de registro, ya formé parte o no de una marca de fábrica. La Argentina, como el resto de los países del Mercosur, ha ratificado el Convenio de París (la Argentina lo ha hecho por la ley 17.011 de 1966).

15. El domicilio

a) Domicilio y sede social

Tradicionalmente se ha distinguido entre domicilio y sede social. El primero puede encontrarse identificado de manera genérica, designando la ciudad en la cual se asienta la persona jurídica, mientras que la sede es el lugar donde funciona efectivamente la administración de la entidad.

El art. 152 del CCyC resalta esa distinción y aclara que el cambio de sede, si no forma parte del estatuto (o del contrato social), puede ser resuelto por el órgano de administración. Un fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial había resuelto, hace muchos años, que el contrato social o estatuto puede limitarse a expresar la ciudad o población en que la sociedad tiene su domicilio, si los socios no quieren que la dirección constituya una cláusula contractual.

b) Notificaciones judiciales

El Código derogado mencionaba el domicilio de las personas jurídicas como un supuesto de domicilio legal, en realidad se refería a la sede social. Actualmente, el art. 74 del CCyC no incluye a la sede de las personas jurídicas como un supuesto de domicilio legal pero le otorga efectos a la sede inscripta; las notificaciones efectuadas en ella se tendrán por válidas y vinculantes para la entidad. Esta norma resulta similar a la prevista para en el art. 11 inc. 2 de la Ley General de Sociedades.

Así, el art. 153 del CCyC resuelve para todas las personas jurídicas, un tema conflictivo que se ha presentado con las notificaciones de las demandas judiciales a los entes ideales: será eficaz toda notificación hecha en la sede social inscripta.

c) Sucursales

El Código regula, como un supuesto de domicilio especial, el domicilio de las sucursales. Debe entenderse por tal, aquella establecida en lugar distinto del domicilio principal donde se ejerce la actividad propia del objeto por medio de agentes locales autorizados para ello. Cuando una persona jurídica cuenta con muchos establecimientos o sucursales, sus acreedores, para reclamar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, deberán promover las acciones extrajudiciales o judiciales en el domicilio de la sucursal que hubiera intervenido en la contratación. Es un supuesto de domicilio especial distinto del previsto en el art. 75, ya que no es establecido contractualmente sino surge de la ley.

16. Patrimonio

En el régimen del Código derogado, se requería que las asociaciones civiles y las fundaciones contaran con patrimonio propio, ahora ese requisito se generaliza para todas las personas jurídicas privadas. El art. 154 establece que "*la persona jurídica debe tener patrimonio*".

El patrimonio inicial de la persona jurídica surge de los aportes que realizan sus fundadores. El art. 170 determina la exigencia de los aportes iniciales en materia de asociaciones civiles y el art. 195 tiene idéntica previsión en materia de fundaciones.

En el régimen anterior, existían normas especiales en materia de donación y herencia que permitían efectuar donaciones o legados a personas jurídicas que no existían al momento de su efectuar la do-

nación o a la fecha del fallecimiento del causante, siempre que se hicieran con el fin de fundarlas y obtener luego la autorización para funcionar (arts. 1806 y 3735 del Código derogado). Hoy se admite una inscripción preventiva de los bienes registrales a nombre de la entidad en formación. Esta facultad permite a la entidad en formación no sólo contar con los aportes iniciales sino ponerlos a resguardo de la acción de los acreedores del disponente, una vez realizado el acto de dotación.

17. Nacionalidad

El CCyC no trata de la nacionalidad de las personas jurídicas privadas y —como ya se señaló— remite a las disposiciones de la Ley General de Sociedades. Pero ello no exime de determinar si realmente las personas jurídicas privadas tienen —realmente— nacionalidad.

En nuestra opinión, las personas jurídicas privadas no tienen propiamente nacionalidad, porque la misma constituye un vínculo que sólo el ser humano puede tener con un Estado del cual es súbdito.

En realidad, uno puede encontrar sociedades o personas jurídicas que han sido constituidas (incorporadas se suele decir también) en un determinado Estado y por lo tanto sujetas en principio a la ley de ese Estado. Éstas son las que en general se denominan personas jurídicas —y más generalmente— sociedades extranjeras.

V. EFECTOS DE LA PERSONALIDAD

18. Duración

El CCyC regula dos efectos de la personalidad jurídica: la duración y el objeto.

En relación a la duración, se establece un principio muy importante. Salvo que el estatuto, contrato social o una ley especial disponga lo contrario, la existencia de las personas jurídicas es ilimitada en el tiempo (art. 155). Este principio se repite en materia de asociaciones civiles, no así en las fundaciones aunque se entiende que estas también son de duración indeterminada. En cambio, las sociedades deben establecer en el instrumento constitutivo "el plazo de duración que debe ser determinado" (art. 11, inc. 5, Ley General de Sociedades).

19. Objeto

Al igual que la Ley General de Sociedades, el CCyC establece que el objeto debe ser "preciso y determinado" (art. 156).

Las normas de los organismos de control suelen fijar límites en esta materia. Por ejemplo, el art. 67 de la resolución 7/15 de la Inspección General de Justicia establece que "el objeto social debe ser expuesto en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución. Es admisible la inclusión de otras actividades, también descriptas en forma precisa y determinada, únicamente si las mismas son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social". La resolución del organismo capitalino, aclara además: "No se admitirá la constitución de sociedades o reformas de objeto social que contemplen la exposición de un objeto múltiple, sin perjuicio de las actividades conexas, accesorias y/o complementarias en los términos del presente artículo... El conjunto de las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social".

VI. NORMAS DE FUNCIONAMIENTO

El CCyC trae algunas normas sobre el funcionamiento de las personas jurídicas que merecen destacarse.

20. Las reuniones no presenciales

Desde hace ya bastante tiempo, se viene señalando la necesidad de introducir normas que autoricen la adopción de decisiones de órganos de conducción de personas jurídicas prescindiendo de la presencia física de sus integrantes. Los métodos modernos de comunicación permiten ese proceder sin que sea menester la presencia física de los integrantes de determinados cuerpos deliberativos.

El art. 158 del Código, al tratar sobre el gobierno, administración y fiscalización, establece que en ausencia de previsiones especiales en el estatuto rige la siguiente regla: Si todos quienes deban participar del acto lo consienten, tanto para las asambleas como para las reuniones de los órganos de gobierno, se pueden utilizar medios que permitan la comunicación simultánea entre ellos. En el acta deberá hacer

constar la modalidad usada y debe ser suscripta por el presidente y otro administrador.

De este modo, se permiten las reuniones de directorios, consejos de administración, comisiones directivas o asambleas por teleconferencia, videoconferencia, chat o cualquier otro método que permita la simultaneidad de recepción e intercambio de mensajes lingüísticos entre los sujetos intervinientes.

21. El interés contrario

El deber de obrar con lealtad y diligencia es una obligación de todo aquel que gestiona negocios de otro (Otaegui). Los administradores de la persona jurídica deben actuar con la lealtad y diligencia que se espera de ellos y la que es propia del cargo o función. Obrar con lealtad significa actuar con honradez y sinceridad, es decir, defendiendo los intereses de la persona jurídica en el cumplimiento de su objeto. En definitiva, se trata de una aplicación del principio de la buena fe objetiva.

La teoría de los actos contrarios o en conflicto con la persona jurídica ha sido desarrollada por el derecho societario en preservación del llamado "interés social". Los órganos sociales, en el cumplimiento de sus funciones (determinadas por la ley y por el estatuto) deben actuar conforme al interés social. Deben respetarlo. La *ratio legis* la hallamos en motivos de moralidad para evitar abusos de los directores y los excesos del poder.

El régimen de intereses opuestos entre directores y sociedad rige no sólo cuando el director tenga directamente o en nombre propio un interés contrario a la sociedad, sino también en los casos en que aquél represente a terceros; es suficiente que pueda obtener una ventaja directa o indirecta, pues se configura un estado de incompatibilidad entre el interés de la sociedad (como sujeto colectivo) y el interés del administrador, directo o indirecto; tal estado tiene que ser real y actual y no virtual o hipotético, debiendo subsistir en el momento en que se efectúe la deliberación del órgano, aun cuando el perjuicio sea eventual o futuro.

Los intereses contrarios pueden presentarse también en las entidades no lucrativas. En materia de asociaciones civiles, se dijo que el interés social es una noción abstracta y por consiguiente de difícil calificación, que se presta a confusión porque en los grupos, sobre todo

si son de alguna importancia, el interés particular de los asociados es fácilmente presentado como el interés de la asociación, no sólo por la obra de los dirigentes sino también por la de grandes núcleos de asociados que se constituyen en verdaderos partidos políticos. El interés social es el interés destinado a beneficiar a todos los asociados indistintamente, o el interés de todos los asociados, sin excepción.

El CCyC ha consagrado estos principios para todas las personas jurídicas en el art. 159 que dispone: "*Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica*".

22. Obstáculos para tomar decisiones. Medidas urgentes

Ante una oposición u omisión constante y sistemática que impida el normal funcionamiento del órgano de administración, el CCyC faculta a tomar medidas conservatorias al presidente o a los coadministradores, poniendo ello en conocimiento de la asamblea, quien también puede conferir facultades al presidente o a la minoría para realizar los actos urgentes. La asamblea también puede remover al administrador (art. 161).

La disposición trata de solucionar la situación de estancamiento que puede ocasionar una sistemática oposición u omisión de actuar dentro del órgano de administración de una persona jurídica. La previsión legislativa evita la parálisis en la conducción del ente, circunstancia que puede perjudicar el patrimonio de la entidad y el cumplimiento de sus fines.

Si bien la norma está ubicada dentro de las disposiciones generales a todas las personas jurídicas, debe entenderse que sólo es aplicable a las entidades que tengan como órgano de gobierno, una asamblea.

En lo relativo a las sociedades, el juego de representación de mayorías y minorías dentro de los órganos de conducción debe conducir a un equilibrio de fuerzas pero nunca a la imposibilidad permanente de tomar decisiones necesarias para el curso de los negocios. Si en

las sociedades se produce un empate permanente y por ello paralizante —verbigracia en la sociedad de dos socios con participaciones iguales— la solución única es la disolución y liquidación por imposibilidad de cumplir el objeto social.

VII. LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

23. Método legislativo. Principio general de responsabilidad de la persona jurídica

La responsabilidad de la persona jurídica se encuentra tratada en el capítulo de responsabilidad civil (Sección 9 del capítulo 1, Título V). El art. 1763 toma de manera casi textual lo antes preceptuado por la primer parte del art. 43 del Código derogado: *la persona jurídica responde por los actos causados por quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones.*

También responden por los perjuicios ocasionados por sus dependientes en función de lo establecido por el art. 1753.

24. Responsabilidad contractual

Establecida la aptitud legal de las personas jurídicas para obligarse, como parte necesaria e inseparable de su actuación en el campo de las relaciones jurídicas, su responsabilidad contractual se fundamenta en esa misma capacidad, de la cual es un correlato necesario. Si quienes traban relaciones con las personas jurídicas no pudieran demandarlas en caso de incumplimiento, no aceptarían tales acuerdos, y en la práctica las personas jurídicas no podrían actuar.

Es decir, que todo aquel que adquiere un derecho respecto de una persona jurídica, puede ejercer las acciones que correspondan a ese derecho, y que son inseparables del mismo, sin excepción alguna que pudiera fundamentarse en la naturaleza jurídica del ente que ha entrado como sujeto pasivo de la relación.

25. Responsabilidad extracontractual

Durante la vigencia del texto original del art. 43 del Código Civil se discutió largamente sobre la posible responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas. El tema fue superado con la reforma introducida por la ley 17.711 a ese mismo art. 43.

En el CCyC no hay duda que las personas jurídicas responden *por los actos causados por quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones* (art. 1763).

a) Personas que comprometen la responsabilidad de la persona jurídica

Es impreciso el criterio legal acerca de las personas cuyos actos ilícitos implicarán la responsabilidad de las entidades, pues no aclara la situación de los cuerpos colegiados, ni tampoco si los administradores o directores a que se refiere son aquellos que tengan el carácter de representantes legales.

Por nuestra parte, interpretamos que en el caso de los cuerpos colegiados de administración o dirección, la responsabilidad indirecta se extiende al hecho de cualquiera de los integrantes, realizado en ejercicio u ocasión de sus funciones, fueren o no representantes legales de la entidad.

b) Presupuestos

Deben darse, respecto del acto del órgano, todos los requisitos de la responsabilidad por actos ilícitos: el daño causado debe ser imputable al autor del hecho, es decir, que el acto debe ser voluntario, antijurídico, atribuible en virtud de un factor de atribución, y conectado con el daño por un nexo adecuado de causalidad.

c) Relación entre las funciones y el daño causado

El art. 1763 se refiere a los daños causados *"en ejercicio o con ocasión"* de las funciones. La noción de *ejercicio de la función* no ofrece dificultad alguna: es el desarrollo de los actos previstos en el estatuto, y por ello, el daño es imputable a la persona jurídica.

En cambio, el concepto de *ocasión* es mucho más fluido, y por ello requiere definir sus límites para no caer en una atribución desmedida de responsabilidad indirecta. Los criterios que se han sustentado son varios, sin que al presente pueda delinearse un sistema con perfiles netos.

El mal desempeño o "abuso" de las funciones, evidentemente, debe caer dentro del concepto de "ejercicio" de éstas, y no de la "ocasión". Pese a ello, es uno de los criterios que se han sustentado para ampliar la responsabilidad indirecta.

La jurisprudencia y parte de la doctrina han sostenido un criterio fluido, estableciendo que debe existir una relación "razonable" entre las funciones y el daño, para que sean responsables las personas jurídicas (Borda). Esta "razonabilidad" existiría cuando existe una relación de causalidad directa, inequívoca, entre el hecho y la función.

Spota sostiene que deben incluirse todos aquellos casos en que la función encomendada haya "facilitado notablemente" la comisión del acto perjudicial.

En un interesante caso judicial, se establecieron los límites de la cuestión, al decidir que "no existe responsabilidad del principal si la 'función' del dependiente sólo ha facilitado el delito, pero no resultaba indispensable para su comisión, es decir, que aquél responde por los hechos ilícitos de sus subordinados 'en ejercicio' y, también, 'con motivo' de las funciones, pero no cuando sólo 'aprovecha la oportunidad' que las mismas le brindan".

Es coincidente el criterio sustentado por Orgaz y Trigo Represas, para quienes sólo hay responsabilidad si el hecho dañoso no hubiera podido realizarse de ninguna forma, de no mediar la función.

VIII. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

26. Principio general

En el capítulo dedicado a la parte general de las personas jurídicas, el art. 160 del CCyC se refiere a la responsabilidad de los administradores, disponiendo: "*Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión*".

La responsabilidad de los administradores es un tópico frecuentemente abordado por la doctrina comercialista y poco explorado en el ámbito de las entidades civiles. La Ley General de Sociedades le impone a los administradores societarios, el deber de obrar con lealtad y con la diligencia del buen hombre de negocios. Actuar con

la diligencia de un buen hombre de negocios implica un estándar de conducta que denota un elemento de conocimiento y destreza en las cuestiones vinculadas al tráfico mercantil. Se refiere a una persona diligente, quien difícilmente pueda ser sorprendido en una actuación por cuestiones atinentes a representación, contenido o instrumentación de obligaciones en el ejercicio de sus funciones (Vítolo).

27. Extensión. Factor de atribución

Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión. Se establece pues una responsabilidad amplia basada en el actuar culposo. La responsabilidad puede ser demandada por el ente ideal, sus miembros y los terceros perjudicados y la imputación al agente dañoso puede ser por acción o por omisión. Cabe señalar aquí una diferencia muy significativa con relación a la responsabilidad en la Ley de Sociedades: en ella, se atribuye responsabilidad a los administradores cuando han actuado con dolo, abuso de facultades o culpa *grave* (art. 274 Ley General de Sociedades).

Son muchos los supuestos en los que se imputan deberes resarcitorios a los administradores de las personas jurídicas, lo cual es la obvia consecuencia de la inobservancia de algunas de las profusas obligaciones que atañen a estos conductores, cuyo soslayo puede implicar un imputación de responsabilidad civil, ambiental, tributaria, aduanera, laboral, por insolvencia, etc. (Abdala).

El administrador responde frente a la persona jurídica y a terceros, no sólo por los actos realizados en ejercicio del cargo sino también por los efectuados "en ocasión" de sus funciones. Es decir, se extiende a aquellos eventos dañosos que indirectamente se vinculan a la actividad, pero que sin ella no se hubieran producido, de lo contrario, la limitación de la responsabilidad sólo a los supuestos de daños cometidos en el ejercicio de las funciones importaría hacer valer frente a terceros damnificados cuestiones que hacen a la organización interna de la persona jurídica. En este último punto, es aplicable la doctrina y jurisprudencia gestada en tono al art. 43 del Código derogado, que ha señalado que debe existir una relación "razonable" entre las funciones y el daño (Borda).

IX. TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN

28. Previsión legal

El CCyC regula lo relativo a la transformación, fusión y escisión de todas las personas jurídicas en el art. 162 conforme al cual "*Las personas jurídicas pueden transformarse, fusionarse o escindirse en los casos previstos por este Código o por la ley especial*".

La transformación implica que una persona jurídica, regularmente constituida, resuelve adoptar la forma de otra persona jurídica distinta. En definitiva, hay un cambio de estructura (del negocio constitutivo) y no de sujeto de derecho.

La fusión ha sido una institución básicamente enfocada a las sociedades, con miras al reagrupamiento empresario. La doctrina comercialista aclara que la fusión se puede presentar bajo dos formas: a) la unión de dos o más sociedades que sin liquidarse se unen para formar una nueva sociedad (fusión propiamente dicha); b) la absorción o incorporación, por la cual la sociedad absorbida incorpora su patrimonio —sin liquidarse— a la sociedad absorbente o incorporante y sus socios reciben la correspondiente participación social por la calidad de socios de la sociedad incorporante, que subsiste. Pero en ambos supuestos el efecto es el mismo: la nueva sociedad (en la fusión) o la incorporante (en la absorción), adquiere la titularidad de todos los derechos y todas las obligaciones de las sociedades disueltas al producirse la transferencia de sus respectivos patrimonios (activo y pasivo) en virtud del convenio definitivo de fusión.

La escisión, en el derecho societario, ha sido considerada una operación económica y jurídica de mucha importancia, porque facilita la reestructuración de las empresas. A diferencia de la fusión, que persigue la concentración, la escisión tiende a la descentralización patrimonial y funcional de las empresas, permitiendo la división entre distintas actividades que forman el objeto de una sociedad. Se puede definir como la división del patrimonio social en dos o más partes, a fin de transferirlo a una o varias sociedades ya existentes o creadas con motivo de la operación.

Hasta la sanción del CCyC la transformación, escisión y fusión era un fenómeno previsto exclusivamente para las sociedades comerciales. Ahora el CCyC lo autoriza en general para todas las personas jurídicas.

29. Consentimiento de los miembros

El texto legal exige la conformidad de todos los miembros de la persona jurídica que decide transformarse o de los órganos soberanos de ambas personas jurídicas en caso de fusión o escisión, salvo que una norma especial o una estipulación del estatuto, establezca lo contrario.

30. Supuestos particulares

El Código deja a salvo las disposiciones emanadas de leyes especiales que pueden imponer requisitos extras. Por ejemplo, la Ley de Asociaciones Mutuales (art. 30 de la ley 20.321) requiere la aprobación de la fusión por el INAES (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social) y por las federaciones y confederaciones respectivas.

Las fundaciones no pueden ser objeto de una transformación, porque carecen de un órgano soberano que pueda decidir, son simplemente un patrimonio de afectación que no tiene voluntad por sí para transformarse, pues la única voluntad es la fundador, estratificada en el estatuto. Es diferente en las asociaciones, pues ellas si tienen su voluntad que se forma en la asamblea y podrá incluso resolver, transformar la asociación en una fundación; sin embargo la fundación no, porque no puede alterarse ya que carece de sustrato subjetivo.

En materia de fundaciones, el art. 223 inc. b, permite la fusión de dos o más fundaciones cuando el objeto es de cumplimiento imposible o ha desaparecido, procurando siempre respetar, en la mayor medida posible, la voluntad del fundador. Remitimos al comentario del mencionado artículo.

X. DISOLUCIÓN

31. Noción

Las personas jurídicas se extinguen por diversas causas, algunas que provienen a la propia voluntad de sus miembros y otras de la ley. La disolución es un acto jurídico que, previa la verificación de alguna de las causales previstas por la ley, el estatuto o el contrato social, abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción de una

entidad como persona jurídica. La liquidación es un proceso técnico, prolongado en el tiempo, tendiente a realizar el activo, cancelar el pasivo y disponer del remanente de acuerdo a la ley, a lo previsto por el estatuto o por el contrato social.

32. Supuestos legales

El CCyC determina las causales de disolución en el art. 163. Veamos brevemente cuales son:

a) *Voluntad de sus miembros*

En las asociaciones civiles y sociedades, sus miembros pueden extinguirlas, sin que el Estado pueda imponer la subsistencia de la entidad contra la voluntad de quienes la integran. Pero cuando la entidad requiere autorización estatal para funcionar, su extinción también debe ser aprobada por la autoridad competente. En este caso la actividad del Estado se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos y procedimientos estatutarios que viabilizan la disolución.

b) *Cumplimiento de una condición resolutoria impuesta en el acto de constitución*

El acto de constitución de una persona jurídica, como todo acto jurídico, puede estar sujeto a una condición resolutoria que es aquella que deja en suspenso la extinción de un derecho ya adquirido. El cumplimiento de la condición prevista en la constitución de la persona jurídica, causa su extinción.

c) *Consecución del objeto o imposibilidad de cumplirlo*

El cumplimiento total y completo del objeto de una persona jurídica causa necesariamente la extinción de la entidad ya que la misma ha perdido su finalidad, su razón de existir. En el caso de las asociaciones, sus miembros podrían acordar nuevas finalidades, pero se requerirá una nueva aprobación de la autoridad administrativa de control.

En cuanto a imposibilidad de cumplimiento, puede tratarse de una imposibilidad absoluta o relativa, esto significa que el fin no se puede cumplir por nadie, o no se puede cumplir por aquel ente con los órganos y medios de que dispone. Más frecuente es el segundo caso y aquí ejerce especial influencia la pérdida del patrimonio o la quiebra.

d) *Vencimiento del plazo*

Es el supuesto normal de extinción que se produce de pleno derecho. No obstante ello, hay que señalar que el art. 166 permite, como veremos, la reconducción. Y, como hemos visto, la persona jurídica se considera constituida para durar indefinidamente, a no ser que otra cosa se haya estipulado.

e) *La declaración de quiebra*

La declaración judicial de quiebra disuelve la persona jurídica, salvo el avenimiento posterior, la conversión de la quiebra en concurso preventivo o si una ley especial establece un régimen distinto, como sucede, por ej., con la Ley de Salvataje de Entidades Deportivas, previsto por la ley 25.284.

f) *Fusión y Escisión*

Ya hemos comentado estos supuestos. La fusión y la escisión causan la extinción de la sociedad o persona absorbida por la fusionante; y de la persona que se ha fraccionado en dos o más personas jurídicas distintas.

g) *Reducción del número de miembros*

Cuando la ley prevé la pluralidad de miembros para que fue funcione una entidad, su reducción a uno solo ocasiona su disolución, pero el CCyC otorga un prudencial plazo de tres meses para recomponer la pluralidad de integrantes.

Ésta era también una causal de disolución de las sociedades, pero como la sociedad anónima puede ahora ser unipersonal, esta causal se ha eliminado.

h) *La denegatoria o revocación de la autorización estatal para funcionar*

Si las personas jurídicas vulneran normas que permiten o regulan su funcionamiento, pueden ser castigadas con el retiro de su autorización para funcionar. Así lo prevé específicamente el artículo que comentamos.

i) *El agotamiento de los bienes de la entidad*

Las personas jurídicas quedan disueltas el agotamiento de los bienes destinados a sostenerlas". Esta causal sólo se requiere que los bienes sean insuficientes para continuar la actividad de la institución.

j) *Cualquier otra causal prevista en el estatuto o en la ley*

El estatuto puede establecer causales propias de disolución previstas por los fundadores de la entidad. También existen causales dispuestas por el Código para otros personas jurídicas, como la prevista por el art. 183 para las asociaciones civiles o las previstas por leyes especiales, como las de la ley general de sociedades en esta materia (la muerte de un socio en determinados casos).

XI. REVOCACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PARA FUNCIONAR

33. Noción

Como el reconocimiento de la personalidad jurídica se funda en la realización de actividades tendientes al cumplimento de los fines de una institución, quien ha autorizado su funcionamiento puede revocar ese acto si ocurren hechos contrarios al sentido del mismo, como ser el abuso de la personalidad o el incumplimiento de las cláusulas y condiciones establecidas en la autorización. Este supuesto de retiro de la personalidad jurídica implica un juzgamiento de la conducta de sus miembros o administradores y constituye una sanción.

34. Causas

El art. 164 del CCyC establece los supuestos de revocación de la autorización estatal que debe fundarse en hechos graves que importen la violación de la ley, el estatuto y el reglamento.

Se garantiza el debido proceso y por consiguiente, el derecho de defensa de la entidad sancionada quien podrá recurrir a la justicia solicitando la revisión de la sanción y una suspensión provisional de sus efectos.

XII. LA PRÓRROGA Y LA RECONDUCCIÓN

35. Prórroga

La disolución de una persona jurídica se puede evitar mediante la prórroga o la reconducción de la entidad. Ambos institutos están incorporados a la Ley General de Sociedades y ahora al CCyC.

La doctrina comercialista ha entendido por prórroga de un contrato social, la renovación de una sociedad mediante la resolución de su órgano volitivo, dejando válidas las cláusulas hasta entonces vigentes, conservando la personalidad de aquélla y prosiguiendo la existencia social por un nuevo período (Verón). Dicha decisión debe ser presentada al organismo de control que corresponda, antes del vencimiento del plazo, pues de lo contrario ya no hablaríamos de prórroga sino de reconducción.

36. Reconducción

En la reconducción hay en realidad un nuevo contrato con idénticas cláusulas que el anterior pero con una modificación del plazo y se pacta después del vencimiento del plazo del contrato originario. El Código prevé que la reconducción es posible siempre que la causa de disolución pueda quedar removida por decisión de los miembros o en virtud de la ley. De acuerdo a ello, debemos entender que la reconducción no procederá cuando la causal disolutoria que se pretenda revertir tenga carácter sancionatorio. En los hechos la reconducción fue admitida por la jurisprudencia cuando la sociedad había entrado en disolución por vencimiento del plazo y luego los socios decidían continuarla.

37. Liquidación

Producida la causal de disolución de la persona jurídica, ésta ingresa en su período de liquidación que impone realizar las operaciones necesarias para cancelar el pasivo, terminar las operaciones pendientes y dar al remanente el destino previsto por el estatuto y la ley. Durante el período de liquidación, la entidad social sigue existiendo como persona jurídica.

A partir de la disolución, la administración y representación orgánica de la persona jurídica puede ser desempeñada por el órgano de administración existente en el instante disolutorio o por el órgano de liquidación específico designado de acuerdo con las disposiciones respectivas. Se les reconoce a las personas jurídicas en liquidación un estatus especial, una personalidad y capacidad limitada a los actos de liquidación del patrimonio. Por ello, la persona jurídica en liquidación sólo puede realizar los actos tendientes al cumplimiento de las operaciones pendientes y cancelar las obligaciones adeudadas.

La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Ello, previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales. Si existe remanente, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley. Así lo dispone el art. 167 CCyC.

No todo proceso liquidatorio lleva a distribución de un remanente entre los miembros de una persona jurídica. Las asociaciones deben destinar el remanente de sus bienes a los fines previstos por el art. 185 y las fundaciones deben adecuarse a lo establecido en el art. 217, a cuyos comentarios remitimos.

La ley impone una responsabilidad solidaria a los administradores y los miembros que omiten cumplir con las obligaciones pendientes o que, contando con los medios necesarios para poner fin a una maniobra en infracción al proceso liquidatorio, no lo hicieren.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

ALTHAUS, Alfredo A. *Tratado de derecho cooperativo*, Zeus Editora, Rosario, 1977; BARCIA LÓPEZ, Arturo, *Las personas jurídicas y su responsabilidad por actos ilícitos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1922; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984; CROVI, Luis D., *La responsabilidad civil de las personas jurídicas y sus miembros*, en *Reparación de daños a la Persona*, Félix A. TRIGO REPRESAS (dir.) – María I. BENAVENTE, La Ley, Buenos Aires, 2014; FERRARA, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. Ovejero y Mauri, Comares, Granada, 2006; NIEL PUIG, Luis, *Personas jurídicas privadas*, Rubinzal-Culzoni, Salta Fe, 2014; PÁEZ, Juan L., *Tratado teórico práctico de las asociaciones* 3ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1964; VÍTOLO, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2007; SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, trad. Puig Brutau, José, Ariel, Barcelona, 1958.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

BORDA, Guillermo J., "La doctrina del *disregard* en materia de asociaciones y fundaciones. Estado actual de la cuestión", RDPyC 2004-3-202, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005; BREBBIA, Roberto H., "La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. La prueba del daño moral", LL 1987-D-53; CROVI, Luis D., "El daño moral y las personas jurídicas", RCyS 2014-VIII, Tapa, íd., "El nuevo régimen legal de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación"; LL, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 11; íd., "La parte general de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación", RDPyC 2015-2-11, Santa Fe, 2015; FISSORE, Diego, "Capacidad y objeto de las personas jurídicas", RDPyC 2015-2-41, Santa Fe, 2015;

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "¿Qué clase de objeto es la persona `jurídica´?", La Ley, Sup. Act., 15/5/2003, p. 4; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. La prueba del daño moral", LL 1984-C-511; íd., "La persona jurídica. Sus límites. Inoponibilidad de la personalidad. Penetración. Grupos Económicos", en RDPyC n. 8, p. 122, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997; PIZARRO, Ramón Daniel – RADRESA, Emilio, "La persona jurídica en el Código Civil y en el Proyecto de Unificación", LL 1988-D-683; ROITMAN, Horacio, "El daño moral y la persona jurídica", RDD n. 1, p. 228, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; ROITMAN, Horacio – AGUIRRE, Hugo A. – CHIAVASSA, Eduardo N., "Inoponibilidad de la personalidad jurídica", RDPyC 2008-3-247; TRIGO REPRESAS, Félix – MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Diálogo de Doctrina: Daño moral a las personas jurídicas", LL 2012-C-895.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 27/12/1977, "Compañía Swift de La Plata SA", cita online: ABELEDO PERROT n.: 70022486.

CSN, 9/2/1989, "Villacampa, Ignacio c/ Almos de Villacampa, María Angélica s/ Recurso de hecho", Fallos 312:122, LL cita online: 04_312v1t012.

CSN, 22/3/1990, "Kasdorf SA c/ Provincia de Jujuy y otro", Fallos 313:284, RDCO 1990-673.

CSN, 4/6/2013, "Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/medidas precautorias", LL 2013-C-522.

CCiv.y Com. Azul, sala 1ª, 8/4/2014, "J., A. E. y otro c/ A., H. D. y otro s/ daños y perjuicios", RCyS 2014-VI-130.

CAPÍTULO XVI

ASOCIACIONES CIVILES Y FUNDACIONES

I. INTRODUCCIÓN

1. La importancia del tercer sector y las organizaciones no gubernamentales

No podemos iniciar el estudio de las asociaciones civiles ni de las fundaciones, sin encuadrarlas dentro de un concepto más amplio conocido como el "Tercer Sector" o la "Economía Social". El primero de ellos surge de la idea de agrupar a la sociedad en tres sectores, el sector público o estatal, el sector productivo o económico, y el tercer sector que se distingue fundamentalmente por dos características: el apoyo en el voluntariado de sus miembros y su finalidad no lucrativa, entendiendo esta última como la obtención de ganancias que no se reparten entre sus componentes, y admitiendo al voluntariado como una actividad que no excluye la intervención de administradores profesionales o rentados.

En este tercer sector se mueven las llamadas *Organizaciones No Gubernamentales*. El término surgió desde el derecho internacional público (es una elaboración de las Naciones Unidas) para agrupar a las que hoy también se denominan "empresas de economía social", que fueron definidas, desde la ciencia económica, por Alonso Pérez como *un conjunto de empresas e instituciones que, al margen de su diversidad jurídica y heterogeneidad de funciones, están ligadas por una ética común basada en la solidaridad y el servicio a los socios y al interés general*. Entran dentro de esta categoría las asociaciones, las fundaciones, las mutuales y cooperativas. En otras partes del mundo, ingresan en esta clase diversas figuras como las "sociedades laborales" o las llamadas "empresas de inserción social o de participación".

Dentro de un orden jurídico preocupado fundamentalmente por la regulación de los negocios comerciales o de consumo, que tienen como principales protagonistas a las sociedades comerciales, nuestra doctrina nacional ha prestado muy poca atención a estas entidades, tal vez pensando que su actuación altruista se presenta como intrascendente o de poca importancia para la sociedad en conjunto. Sin embargo, las Organizaciones No Gubernamentales son importantes desde su misión y desde la inserción en la economía general de los Estados. Los medios de prensa nos ilustran a diario sobre la magnitud que ha ido adquiriendo la economía social, prueba de ello es el enorme patrimonio que han alcanzado algunas entidades, como la fundación Bill & Melinda Gates que cuenta con recursos por más de 65.000 millones de dólares, o la obra de Mahammad Yunus (Premio Nobel de la Paz 2006) quien ha logrado, con su grupo de empresas sociales, sacar de la pobreza a 100 millones de familias con sus programas de "microcréditos".

La *economía social* se inserta con fuerza en la *economía real*. Sin medios económicos, sin una aplicación coherente y efectiva de los recursos, la misión de las entidades no lucrativas puede convertirse en una mera declaración de principios. Las asociaciones civiles y fundaciones se encuentran en el mercado y toman de este último sus recursos. Las obras pías que dependían de la limosna o de la fortuna de un fundador rico, son un capítulo superado en la historia. No podemos ya hablar de "manos muertas" que inmovilizan riquezas, la dinámica moderna del "tercer sector" es generar "manos activas" que deben saber capitalizar recursos y usarlos a favor del bien común.

Ahora bien, la importancia de las organizaciones no gubernamentales no se centra exclusivamente en su potencialidad económica, sino en su misión. En la era actual todos los derechos reconocidos a los hombres, tienden a ejercitarse a través de organizaciones supraindividuales, donde el hombre se halla inserto no pocas veces coactivamente. En las democracias modernas, que deben adaptarse a un mundo económico y social complejo, el papel del individuo se concibe generalmente a través de organizaciones que lo encuadran, lo sostienen y, llegado el caso, lo protegen. De esta forma, el fenómeno asociativo hace posible, de manera eficaz, la lucha del individuo por la obtención de derechos no reconocidos o la reivindicación de otros. El ejercicio de acciones colectivas por parte de las asociaciones es un ejemplo acabado de lo que señalamos (López-Nieto y Mallo).

Por último, la actuación de las asociaciones civiles y las fundaciones tiende a trascender las fronteras de cada país; ese proceso es

ayudado por la globalización que también alcanza a estas entidades. Las organizaciones no gubernamentales se relacionan espontáneamente en una red informal, sin apoyo ni patrocinio de organismos internacionales. Ejemplo de ello, son las "alianzas" que frecuentemente realiza, por ej., la Cruz Roja Internacional o Cascos Blancos con otras entidades civiles, tendientes a promover la realización de acciones de cooperación y asistencia entre ellas en las áreas de acción humanitaria y social.

En suma, las asociaciones y las fundaciones han adquirido una especial importancia en la economía, ayudan a fomentar valores democráticos dentro de cada sociedad, y se han convertido en una importante herramienta de cooperación entre la sociedad civil y los Estados modernos en busca de objetivos humanitarios.

II. LAS ASOCIACIONES CIVILES

2. La libertad de asociación

La Constitución Nacional asegura el derecho de asociarse con fines útiles (art. 14). También lo hacen el Pacto de San José de Costa Rica (art. 16) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22).

Como toda garantía constitucional es susceptible de ser reglamentada; y así lo hace el CCyC al regular las asociaciones civiles y fundaciones, como otras leyes se refieren a las asociaciones mutuales y a las cooperativas.

3. Concepto

Las asociaciones civiles son personas jurídicas que nacen de la unión estable de un grupo de personas físicas o jurídicas que persiguen la realización de un fin que no sea contrario al bien común o interés general, y principalmente no lucrativo (art. 168 CCyC).

La asociación surge de la unión, con cierto grado de estabilidad, de un grupo de personas (miembros) que la integran, en virtud de un vínculo jurídico que les confiere esa posición, ya sea por haber participado en el acto constitutivo o por incorporación posterior. La asociación tiene una designación propia, un nombre colectivo y su existencia es independiente del cambio de sus miembros, que pueden

ingresar y egresar de ésta en virtud de la libertad de asociación garantizada por el art. 14 de la Constitución Nacional.

La calidad de socio o asociado es intransmisible pues ello hace la esencia del régimen asociativo. El miembro de una entidad comparte los intereses del grupo y el grupo está interesado en su individualidad, por lo que la asociación no podría estar obligada a la aceptación de una transmisión de la posición de asociado. Por ello, en muchas ocasiones, se requiere la necesidad que el nuevo socio sea "presentado" por otros socios y que su ingreso deba ser "aceptado" por el grupo. El estatuto debe establecer el régimen de ingreso y admisión" de los asociados (art. 170 inc. k, CCyC).

4. Distintas clases de asociaciones

La primera distinción que podemos realizar, está basada en la forma de nuclearse entre distintas asociaciones. Existen asociaciones de primer grado que pueden estar formadas por personas físicas (por ej., un club deportivo, una asociación religiosa) o por personas jurídicas (por ej., las cámaras empresarias que nuclean empresas para la defensa de sus derechos corporativos).

Cuando las asociaciones se agrupan entre sí, nos hallamos ante las denominadas asociaciones de segundo grado. Es el caso de las "federaciones", que nuclean a las asociaciones de primer grado (por ej., la Asociación del Fútbol Argentino, que se forma con las asociaciones civiles —clubes— que practican ese deporte).

Existen también asociaciones de tercer grado, esto es, las que se componen con asociaciones de segundo grado; para seguir con el ejemplo deportivo, la Federación Internacional de Fútbol se constituye con las asociaciones nacionales. También puede haber asociaciones de tercer grado, puramente nacionales (cámaras empresariales nacionales que agrupen cámaras regionales, confederaciones gremiales, etc.).

También hay asociaciones bajo forma de sociedad. La Ley General de Sociedades dispone en el art. 3: "Las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones". Con esta regla la legislación argentina acepta que entidades sin fines de lucro —que por lo tanto no son estrictamente sociedades a tenor de la definición del art. 1 de la misma— se constituyan bajo alguno de los tipos societarios.

La asociación constituida bajo forma de sociedad seguirá teniendo vedada la distribución de utilidades en dinero respecto de sus socios y deberá perseguir un fin lícito, que no sea contrario al bien común o interés general. Si persigue una finalidad egoísta (la administración de los bienes de una persona física o jurídica, la investigación para el desarrollo de productos industriales, de investigación de mercados, etc.), será propiamente una sociedad.

Luego, existen distintas clases de asociaciones según sus fines: deportivas, filantrópicas, culturales, educativas, etc. Como la realidad asociativa es muy diversa, hay leyes que regulan el accionar de determinados tipos de asociaciones, las mutuales están reguladas por la ley 20.321, las cooperativas por la ley 20.337, las asociaciones de consumidores tienen algunas normas dedicadas a ellas en la ley 24.240 y las asociaciones de protección del medio ambiente en la ley 25.675.

5. El objeto

a) Regla general

El Código no define a las asociaciones, el art. 168 comienza su regulación sólo estableciendo que su objeto no debe ser contrario al interés general o al bien común.

Es preciso advertir que la asociación no debe perseguir una finalidad de interés general o bien común; basta con que su fin no sea contrario a ellos. De este modo organizaciones de coleccionistas de figuritas de Chacarita, de propietarios de Fiat 600 o de excursionistas al Tigre, habrán de ser autorizadas para funcionar como asociaciones, pues si bien su finalidad no necesariamente contribuye al bien común o al interés general es obvio que no los contradice ni afecta en manera alguna.

En definitiva, como ha dicho la CSN con cita del constitucionalista Bidart Campos, "cuando la Constitución alude a asociarse con fines útiles, esa utilidad significa que la finalidad social sea lícita, no perjudicial o dañina. Pero nada más" (sentencia del caso Alitt).

b) Qué es el interés general y el bien común. Criterio de apreciación

Los términos interés general y bien común son parecidos aunque pueden referirse a conceptos distintos, el interés general se opone

(por lógica) al interés particular, el interés público alude al interés de todos o al menos, al de un grupo en contraposición con los intereses personales. El bien común también puede contraponerse con el bien particular, pero se presenta como un concepto más pretensioso o más abstracto, pues no se mediría sólo en función del universo de personas abarcado sino por una pretensión de bienestar, de lograr lo mejor para toda la comunidad o sociedad, siempre respetando la diversidad de sus miembros.

Por ello, el codificador ha tratado de precisar estos conceptos. De modo que el art. 168 dice: "*El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales*".

Se entiende que el texto legal ha consagrado la doctrina sentada por la Corte en el caso "Alitt".

Allí, el máximo tribunal sostuvo que el "bien común" no es una abstracción ni lo que la mayoría considere "común" excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas.

La Corte Suprema dijo también que la trascendencia del pluralismo, la tolerancia y la comprensión llevan a concluir que todo derecho de asociarse es constitucionalmente útil. Sólo la ilicitud de promover la asociación un objeto común que desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el art. 19 de la Constitución Nacional o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del Pacto Fundacional de la República vigente desde 1853, podría justificar una restricción al derecho de asociación.

c) El lucro

El CCyC dispone también que las asociaciones no pueden perseguir el lucro como *fin principal*, ni pueden tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.

La solución legal es correcta. La ausencia de lucro es lo que distingue a la asociación civil de la sociedad, lo vedado a la asociación

es lo que normalmente se conoce como "lucro subjetivo", es decir la posibilidad de repartir ganancias entre los asociados, pero ello no priva a las asociaciones de la posibilidad de realizar actos dirigidos a obtener ganancias que sirvan para seguir cumpliendo con su finalidad específica (el llamado lucro objetivo). De modo que la asociación civil podrá invertir en acciones o en títulos públicos o en fondos comunes de inversión, y aun propiciarlos pues es un agente económico también. De no ser así, sería muy difícil que pudiera cumplir sus objetivos.

d) Lucro para terceros

Cuando el nuevo Código se refiere a la prohibición de lucro para terceros, debemos entender que no se refiere a cualquier tercero. A todas las personas que se vinculan con la entidad no se les puede exigir un fin altruista (quien vende un bien a una asociación pretende cobrar el precio y lograr un beneficio económico), pero el legislador ha querido impedir la obtención de ganancias por parte de los integrantes de los órganos de administración o fiscalización que no formen parte de la asociación, como así también a los miembros del voluntariado cuando actúan en beneficio de una entidad en la cual no son socios.

6. Constitución

a) Forma

El art. 169 exige que el acto constitutivo de la asociación civil sea otorgado por instrumento público.

b) Autorización estatal

Si bien ya hemos señalado que el principio general para todas las personas jurídicas es la libre constitución, el art. 174 mantiene el requisito de la autorización estatal para funcionar por parte de órgano de control que corresponda. El legislador ha pensado que en materia de entidades de bien público debe mantenerse el sistema de concesión estatal pues no se trata tan solo de registrarlas sino de verificar y controlar que el objetivo que declaran sea real y se presente como tal a los ojos de toda la sociedad.

c) Inscripción

El mismo art. 169 impone la inscripción del instrumento público en el registro correspondiente, una vez otorgada la autorización para funcionar. Cada asociación deberá cumplir con el sistema de registro previsto para su tipo (por ej., las asociaciones de consumidores están reguladas en los arts. 55 a 58 de la ley 24.240 que imponen un registro y autorización de la autoridad de aplicación) y con el registro nacional previsto en el art. 1 de la ley 26.047 (que está a cargo de la Inspección General de Justicia, pudiendo adherirse las provincias, hasta ahora sólo se ha reglamentado el registro de sociedades).

d) Control permanente

El art. 174 CCyC establece que las asociaciones civiles se hallan sujetas al control estatal permanente nacional o local, según corresponda. El control estatal sirve para verificar que el objetivo de interés general o bien común se cumpla, sería de esperar que los organismos de control se ocuparan también de incentivar y apoyar las tareas de las entidades sin fines de lucro, para lograr que su accionar sea efectivo.

e) Requisitos del acto constitutivo

Toda asociación necesita poseer una ley interna que rija los derechos y deberes de los asociados. El estatuto consiste básicamente en el conjunto de estipulaciones destinadas a regular la organización y el funcionamiento de la asociación. En él se encuentran individualizados el objeto de la entidad, los derechos y deberes de los miembros, las facultades, el funcionamiento de los órganos de la entidad, la formación y composición del patrimonio, como así también la disolución y el destino de los bienes.

Dijimos en el capítulo precedente que la doctrina ha descartado el carácter contractual del estatuto, pues este acto de creación del ente colectivo tiende a regular no sólo los derechos y obligaciones de los miembros fundadores de la entidad sino de todos aquellos que en el futuro se incorporen a la asociación. Por ello, aun cuando se los incluya en un texto único y se los apruebe en un mismo momento, hay que distinguir el estatuto del "acto constitutivo", que es el negocio jurídico que da creación a la entidad y por el cual todos los suscriptos quedan obligados a constituirla.

El Código establece los requisitos mínimos que debe contener el estatuto, hacemos una breve reseña de ellos:

(i) La identificación de los constituyentes: acto constitutivo deberá individualizar a los miembros fundadores de la entidad.

(ii) El nombre de la asociación: La asociación deberá contener un nombre y el aditamento "asociación civil", al principio o al final. La reglamentación ha prohibido el uso de determinados nombres para las asociaciones civiles. Generalmente no se permiten imponer nombres que resulten contrarios a la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres, o sean iguales o similares a otros ya existentes.

(iii) El objeto y el domicilio social.

(iv) El plazo de duración o si la asociación es a perpetuidad: Las asociaciones civiles tiene "vocación de permanencia" en el tiempo. Se puede establecer un plazo de duración en el estatuto o establecer que el carácter perpetuo de la entidad.

(v) Las contribuciones que conforman el patrimonio inicial: En el estatuto deberá figurar el patrimonio inicial de la entidad, también deberá fijarse la forma de obtención de recursos económicos que fundamentalmente procederá del cobro de las cuotas sociales. Si los aportes son en especie, deberá consignarse en el estatuto el valor que se le asigna. En caso de no aclararse nada, dichas contribuciones se considerarán hechas en propiedad, salvo que se dejara expresa constancia que se realizan sólo en uso y goce.

(vi) El régimen de administración y representación: Cada asociación podrá establecer libremente su régimen de representación y administración, con las limitaciones impuestas por el art. 171.

(vii) La fecha de cierre del ejercicio económico: Las asociaciones deberán elaborar anualmente un ejercicio económico, el estatuto deberá establecer la fecha de cierre de dicho ejercicio. La transparencia en la contabilidad de estas entidades debe ser un valor muy bien cuidado y todos los asociados (en los límites y forma que fije el estatuto) deben tener acceso a dicha información.

(viii) Las clases y categorías de asociados: Es frecuente la existencia de diversas categorías de miembros o socios de una institución. Se debe asegurar el trato debe ser igualitario dentro de cada categoría y existen derechos que, conforme las disposiciones del estatuto y el objeto de la entidad, deben gozar todos los socios sin distinción de categorías (por ej., la libertad de retiro).

(ix) El régimen de ingreso y egreso de socios. Las facultades disciplinarias: La potestad autoreguladora de las asociaciones se refleja con especial intensidad en el régimen de admisión de los asociados. Quienes forman una asociación tienen el derecho de asociarse y de no asociarse con quienes no deseen en la medida que no configura una actitud discriminatoria prohibida por ley. Al margen de ello, el propio objeto de una entidad puede llevar a condicionar la calidad de socio (v.gr., cuando se requiere una determinada profesión). El egreso de un socio puede responder a su propia libertad, a la circunstancia de haber dejado de cumplir con las condiciones requeridas para ser tal (exclusión) o al ejercicio del poder disciplinario.

(x) Los órganos de gobierno, administración y fiscalización: Los estatutos deben prever los órganos asociativos, su composición, funciones, el procedimiento para la elección de sus miembros y su reemplazo.

(xi) Las causales de disolución, el procedimiento de liquidación y el destino de los bienes luego de la liquidación: Remitimos a lo señalado *infra*.

En los hechos la mayoría de las asociaciones se constituyen siguiendo los lineamientos de los modelos de estatutos que provee la autoridad administrativa del lugar donde se ha de inscribir, con lo que se evita que la burocracia de turno perturbe el trámite de autorización con objeciones insensatas.

7. Los órganos de gobierno

La asociación, al igual que cualquier otra persona jurídica, necesita de órganos que le sirvan para manifestar su voluntad y dirigir sus acciones, tanto en el orden interno como hacia terceros. El CCyC establece tres órganos necesarios: la asamblea, la comisión directiva y el órgano de fiscalización.

a) Derechos de los miembros a participar en los órganos de gobierno

Los miembros deben poder participar en los actos de gobierno de la entidad por intermedio de los órganos sociales pertinentes. Esa facultad puede encontrar sus límites dentro del estatuto, por ej., pertenecer a una determinada categoría de socio (activo, pleno, mayor, etc.), o tener una determinada antigüedad en la entidad para ser elegido o intervenir con voz y con o sin voto (art. 175). Además, los socios están obligados al pago de la cuota social que fije el estatuto y determine la asamblea o la comisión directiva; su no pago puede impedir su intervención en los actos de gobierno (art. 178 CCyC).

Pero no podrá existir una cláusula estatutaria que importe una restricción total al ejercicio de derechos por parte del socio (art. 175), pues ello significaría tanto como privarlo del ejercicio de su derecho de libre asociación reconocido por la Constitución Nacional y dicha cláusula será nula.

b) El órgano deliberativo: La asamblea

Es la reunión de los miembros de la asociación que según el estatuto, pueden ser convocados para convertirse en la autoridad máxima de la institución, siendo soberana en sus decisiones. Pero atención, la soberanía de la asamblea no quiere decir que esta pueda hacer cualquier cosa, sino que siempre está limitada por el estatuto social y, obviamente, por la ley.

La asamblea no es necesariamente la reunión de "todos" los miembros de la entidad; el estatuto debe establecer el quórum necesario para las deliberaciones y las mayorías necesarias para aprobar sus resoluciones. Por otra parte, el estatuto puede excluir del derecho a voto a determinados miembros (por ej., menores de edad, suspendidos, etc.). Por último, es posible que la asamblea se forme con representantes de los asociados elegidos para constituirla; así sucede en instituciones que tienen muchos asociados.

Son funciones de la asamblea: nombrar y remover a los integrantes de la comisión directiva, aprobar su gestión, modificar los estatutos, establecer la forma y orientación que debe tener la actividad de la asociación, y en general, toda función no delegada en otro órgano por el estatuto.

Puede distinguirse entre "asambleas ordinarias", que son aquellas que se reúnen periódicamente para tratar asuntos de rutina en la vida de la asociación (por ej., la aprobación del balance, el nombramiento de la comisión directiva, etc.), y "asambleas extraordinarias", que son aquellas que se convocan cuando algún asunto de suficiente gravedad lo justifica (por ej., la modificación de los estatutos, la remoción de la comisión directiva o de la sindicatura por mal desempeño, la prórroga del plazo de duración de la entidad, su disolución anticipada, etc.).

El CCyC dispone que la participación en las asambleas está condicionada al pago de las cuotas y contribuciones correspondientes al mes inmediato anterior, pero al mismo tiempo aclara que en ningún caso puede impedirse la participación del asociado que purgue la mora con antelación al inicio de la asamblea (art. 178). Ésta es la única norma que contiene el novel ordenamiento con relación a las asambleas de las asociaciones civiles y sirve para transparentar el padrón de asociados para una asamblea, pues permite la mayor participación posible dentro de las previsiones del estatuto.

c) El órgano ejecutivo. La comisión directiva

Es común que el estatuto delegue en un órgano *ad hoc* el manejo de los asuntos cotidianos que hacen a la vida de la asociación. Ésta es la misión del órgano ejecutivo, normalmente llamado "directorio", "consejo directivo" o "comisión directiva"; esta última es la denominación usada en el Código.

Es función del órgano ejecutivo la administración de la entidad, como así también la ejecución de las decisiones de la asamblea. Sus integrantes son elegidos y pueden ser removidos por la asamblea, ejercen sus funciones durante el tiempo que establezca el estatuto e invisten la representación de la asociación frente a terceros.

El CCyC establece que los integrantes del órgano de administración deben ser asociados (art. 171). En el estatuto se deberán establecer las facultades de la comisión directiva, en la cual deben existir, al menos, tres cargos: presidente, secretario y tesorero. El acto constitutivo debe designar los primeros integrantes del órgano (art. 171). El estatuto no puede restringir abusivamente la posibilidad de ser elegido miembro de la comisión directiva.

En determinadas asociaciones, donde la magnitud de la organización y el cúmulo de funciones ejecutivas lo justifican, se suele designar un "director ejecutivo" o "gerente general" como la máxima autoridad operacional de la entidad, quien tiene como misión fundamental ejecutar y hace ejecutar los acuerdos del consejo o comisión directiva.

d) El órgano de fiscalización. Sincatura o comisión revisora de cuentas

Dado que la asamblea, como cuerpo colegiado, no puede vigilar y fiscalizar el buen funcionamiento de los órganos inferiores de la asociación, esta misión es, por lo general, confiada a un órgano de contralor llamado "comisión revisora de cuentas"; o "síndico" cuando este control es ejercido en forma unipersonal. Su función consiste en vigilar el correcto cumplimiento de las tareas asignadas al órgano administrador y, en especial, fiscalizar todo lo relativo al manejo patrimonial de la entidad.

Para desempeñar estas tareas no es necesario ser miembro de la asociación, y aún más, a menudo se ha considerado más conveniente que dichas funciones fueran ejercidas por terceros ajenos a la entidad, dado que esta condición daría una garantía de mayor imparcialidad en su cometido. Por ello, actualmente el Código establece que el estatuto puede prever que la designación de los integrantes del órgano de fiscalización recaiga en personas no asociadas (art. 172).

Conforme lo dispone el art. 172, este órgano es obligatorio en las asociaciones que cuenten con más cien asociados.

El art. 173 establece que para formar parte del órgano de fiscalización, sus integrantes deben contar con título profesional que habilite para esas funciones. Además no deben tener incompatibilidad para ejercer dicho cargo, por ser parte del órgano de administración o ser certificantes de sus estados contables. Tampoco pueden pertenecer al mismo, sus cónyuges, convivientes, parientes por afinidad en línea recta en todos los grados y los colaterales dentro del cuarto grado. En las asociaciones profesionales o en aquellas que se requiere un oficio para ser socio, los integrantes del órgano de control están relevados de contar el título habilitante que poseen el resto de los socios.

e) El órgano disciplinario. Tribunal de disciplina o tribunal de honor

En algunas asociaciones civiles, el estatuto organiza un órgano destinado a mantener la disciplina interna y vigilar el cumplimiento de sus disposiciones, tanto por quienes forman parte de los órganos de gobierno, cuanto por los demás asociados.

El Tribunal de Disciplina o Tribunal de Honor está generalmente integrado en forma colectiva por asociados de la entidad, elegidos por la asamblea. Le compete el ejercicio del poder disciplinario de la entidad. En las asociaciones que no tienen organizado ese tribunal, el poder disciplinario puede ser ejercido por la comisión directiva, con recurso ante la asamblea, o directamente por ésta última.

8. Derechos y deberes de los miembros

El art. 170 enumera largamente los contenidos del estatuto. En el inc. j) menciona a "las clases y categorías de asociados, y prerrogativas y deberes de cada una".

Al respecto, los tribunales nacionales sostienen que, cuando una persona ingresa a una asociación, debe aceptar las cláusulas de los estatutos tal cual están redactados, quedando así subordinada a dichas disposiciones y sin que éstas puedan modificarse a su respecto, habida cuenta de que uno de los caracteres de aquéllos es su imperatividad. Del mismo modo resultan obligatorios los reglamentos internos, toda vez que al completar los estatutos cabe acordarles idéntico alcance legal.

Entre los derechos que gozan los asociados podemos mencionar: a) *Participar en las asambleas* conforme lo hemos explicado, b) *Poder ser elegidos para integrar los órganos de la entidad*, gozar de los beneficios de la asociación, c) *Impugnar las decisiones inválidas de los órganos* (dentro de la entidad o frente al organismo de control y eventualmente ante el poder judicial), d) *Fiscalizar los libros y documentación* (este derecho debe hallarse reglamentado en el estatuto de modo que su ejercicio no perturbe el normal desenvolvimiento de la institución), e) *El derecho de receso* que significa irse de la entidad cuando se desee que puede quedar sujeto según el estatuto a determinadas condiciones, que sin coartarlo, reglamenten su ejercicio (por ej., el pago de cuotas adeudadas) (art. 179).

Los deberes de los asociados con la entidad se resumen en cumplir las obligaciones impuestas por el estatuto que, como lo señalamos, es la regla jurídica que rige la vida interna de la asociación. Pueden ser deberes de contenido patrimonial (pago de las cuotas) o extrapatrimonial (comportarse correctamente dentro de las instalaciones, asistir a reuniones, cumplir determinados servicios en favor de la institución, etc.).

Naturalmente, el incumplimiento de estos deberes puede acarrear las sanciones disciplinarias correspondientes, independientemente de las acciones judiciales a las que dicha conducta pueda dar lugar. Es el tema que tratamos a continuación.

9. El poder disciplinario

Cada miembro que ingresa a una asociación, a la vez que adquiere los derechos que le confiere el estatuto, también renuncia a una parte de su libertad en aras de los intereses comunes. De esta forma queda sometido a la disciplina que le impone el grupo. Para hacer cumplir los deberes de los asociados, la institución goza de un poder disciplinario, que significa para ella, la facultad de juzgar y penar la conducta de sus miembros sin recurrir a la instancia judicial.

La potestad sancionatoria es considerada como un derecho implícito de toda asociación, de modo que, figure o no expresamente en el estatuto, la jurisprudencia ha aceptado que ella es "espontánea", por el solo hecho de la existencia del ente. Evidentemente, si la entidad careciera del poder suficiente para hacer cumplir los estatutos y reglamentos a sus asociados, imponiendo las sanciones necesarias, sería imposible lograr el cumplimiento de su objeto.

Las sanciones pueden ser de diversa gravedad de acuerdo con la falta cometida. Nuestra jurisprudencia y doctrina han considerado como aceptables las siguientes:

— *llamado al orden-amonestación.* Son sanciones de tipo moral que tienden a advertirle al asociado que la reiteración de su actitud acarreará una pena mayor;

— *multa.* Es una pena pecuniaria que consiste en pagar una suma de dinero a la entidad, y cuya finalidad es herir al infractor en su patrimonio de modo de instarlo a no cometer más la falta;

— *privación de ciertos beneficios* inherentes a la calidad de asociado. La sanción también puede consistir en la privación de algunos de los beneficios de los cuales gozan los asociados por determinado límite de tiempo, como, por ej., impedir el uso de una parte de las instalaciones de un club o la pérdida de ventajas patrimoniales inherentes a la calidad de miembro;

— *suspensión*. Consiste en la privación de todos los beneficios sociales por un límite prefijado de tiempo. Es una sanción severa, que sólo se justifica en casos de grave inconducta o cuando las sanciones de menor importancia no han logrado hacer cesar al castigado en su incorrecta conducta;

— *expulsión*. Es, sin duda, la sanción más grave que la institución puede adoptar contra un asociado, ya que implica separarlo coercitivamente de la entidad. Por su importancia, esta medida sólo se justifica cuando la falta cometida sea de tal magnitud que comprometa el patrimonio o el decoro de la entidad y de los otros asociados, u obstaculice el cumplimiento de sus fines.

No debe confundirse la expulsión, que siempre significa una sanción por incumplimiento de la ley estatutaria, con la "exclusión", que es aquella medida que la entidad debe adoptar cuando algún miembro deja de tener el requisito personal esencial para su permanencia, según lo prescripto en el estatuto (por ej., desempeño de determinada actividad).

Como único límite a esta potestad sancionatoria se ha considerado que se cumpla con la garantía constitucional del debido proceso (art. 18, Const. Nac.), de modo que la sanción (sobre todo cuando ella sea grave, por ej., expulsión), sea el resultado de un proceso en el cual se haya asegurado el derecho de defensa del asociado.

El CCyC (art. 180) establece que los asociados sólo pueden ser excluidos por causas graves previstas en el estatuto. El procedimiento debe asegurar el derecho de defensa del afectado. Si la decisión de exclusión es adoptada por la comisión directiva, el asociado tiene derecho a la revisión por la asamblea que debe convocarse en el menor plazo legal o estatutariamente posible. El incumplimiento de estos requisitos compromete la responsabilidad de la comisión directiva.

El Código menciona la *exclusión* como sanción pero —como se ha explicado— la exclusión se produce cuando un miembro ha dejado de poseer los requisitos necesarios para seguir siendo parte de la entidad (por ej., una asociación de abogados que requiera que sus asociados tengan su matrícula vigente). El término adecuado para referirse a la máxima sanción que puede aplicar una asociación es la *expulsión*.

Ahora bien, reconocer a una asociación la facultad de administrar su propia justicia interna no obsta a que, cuando las decisiones de la entidad fueran manifiestamente ilegítimas o arbitrarias, sus miembros puedan recurrir de ellas ante la justicia. Son nulas las cláusulas del estatuto que establezcan el carácter de irrecurrible de las decisiones dictadas por los órganos disciplinarios o por quienes ejerzan sus funciones.

Para que proceda la revisión judicial, el asociado debe haber agotado todos los recursos internos que prevé el estatuto, aunque excepcionalmente, se ha sostenido que es admisible el apartamiento de las vías procesales estatutarias cuando su aplicación rigurosa conduzca a una efectiva denegación de justicia.

El juzgado ante el que se interpone el recurso no actúa como una segunda instancia, pues su función se limita a un control de legalidad y razonabilidad. Es decir, la revisión judicial no debe apreciar la gravedad de la conducta de un asociado pues para ello están sus pares; al juez sólo le cabe ver si la sanción es irrazonable, y por ello arbitraria (ante un mismo hecho a un asociado se lo amonesta y a otro se lo expulsa); y si se ha cumplido el debido proceso (se la ha dado al asociado el derecho de defensa, ofrecer su prueba, controlar el sumario, etc.). Por lo demás, la conducta que aparece como muy grave para un tipo de asociación (por ej., religiosa), puede presentarse como irrelevante en otra institución o ante los ojos del juzgador.

10. Responsabilidad de los miembros y de los directivos

a) Irresponsabilidad de los miembros

El principio de personalidad diferenciada previsto en el art. 143 lleva a considerar que existe una diferente responsabilidad patrimonial entre la asociación y sus integrantes. El CCyC reafirma ese principio para las asociaciones civiles al disponer que los asociados no responden en forma directa ni subsidiaria, por las deudas de la asociación civil (art. 181).

En una entidad que no persigue lucro no resulta lógico que la responsabilidad de sus miembros exceda la que se deriva del cum-

plimiento de los aportes comprometidos por los fundadores o de las cuotas o contribuciones que imponga el estatuto.

b) Responsabilidad de los administradores

Los directivos (miembros de la comisión directiva u órgano similar) son elegidos por la asamblea ordinaria y rinden cuenta ante ellas por sus actos. Por ello, es el órgano máximo de la asociación, el único que puede aprobar la gestión de los integrantes del órgano ejecutivo, también puede aceptarles su renuncia y, eventualmente, ratificar la transacción efectuada sobre aspectos litigiosos vinculados a su desempeño.

Deben responder por los perjuicios causados en el ejercicio de las funciones de competencia propia del órgano que integran. Esa responsabilidad cesa por la aprobación de su gestión, por su renuncia a su cargo o por la transacción sobre los aspectos derivados de su responsabilidad, resuelta por la asamblea ordinaria (art. 177).

El mismo art. 177 CCyC se encarga de aclarar que la responsabilidad no se extingue cuando la infracción cometida deriva de normas imperativas o cuando hubo una oposición expresa de al menos el diez por ciento de los miembros con derecho a voto en la asamblea. Los socios disidentes podrán ejercer la acción social de responsabilidad que establece la Ley General de Sociedades que persigue el resarcimiento del daño provocado por el directivo a la entidad.

La remisión a la norma de la Ley General de Sociedades genera dudas, pues la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas se atribuye por culpa (art. 160 CCyC) mientras que la Ley General de Sociedades lo hace en razón del dolo, abuso de facultades o culpa grave (art. 274 LGS). Esa remisión, ¿importa también la aplicación del factor de atribución "culpa grave" o por el contrario sigue vigente el factor de atribución "culpa" a secas? La jurisprudencia deberá dar la respuesta. A nuestro juicio debería preferirse la atribución en función de la culpa *grave*.

11. Disolución y liquidación

La asociación necesita para funcionar, cubrir los puestos correspondientes a los órganos de administración y fiscalización. Por ello, al margen de las causales de disolución previstas para todas las personas jurídicas, la reducción del número de asociados a una cantidad que

no permita el funcionamiento de sus órganos por más de seis meses, determina la disolución de la entidad. Así lo prevé el art. 183 CCyC.

Una vez disuelta una asociación, comienza el proceso de liquidación, que implica la realización de su activo y la cancelación del pasivo para entregar el remanente a quien corresponda. El art. 184 establece que el liquidador debe ser designado por la asamblea extraordinaria, excepto en casos especiales en que procede la designación judicial o por el órgano de contralor. Es posible también que el órgano liquidador se encuentre previsto en el estatuto. La designación del liquidador o de la comisión liquidadora deberá inscribirse en el organismo de control y publicarse en el medio oficial de difusión.

El procedimiento de liquidación se rige por las disposiciones del estatuto y se lleva a cabo bajo la vigilancia del órgano de fiscalización. El remanente de los bienes la entidad, una vez cancelado el pasivo, debe tener el destino establecido en el estatuto, si éste nada dice, se destinará a otra asociación civil domiciliada en el país con objeto igual o similar a la entidad liquidada (art. 185 CCyC).

12. Régimen legal supletorio

Desde siempre y ante la ausencia de normas específicas, sobre todo para lo relativo al funcionamiento de la asamblea como órgano máximo de las asociaciones, se recurrió a la aplicación de las normas sobre las asambleas de las sociedades anónimas previstas en la Ley General de Sociedades. Actualmente, el art. 186 del CCyC remite a ese régimen supletorio de forma expresa.

No obstante, la aplicación de las normas societarias a las asociaciones civiles debe realizarse con un criterio de suma prudencia, pues las asociaciones civiles se mueven en un ámbito distinto a las entidades comerciales, su finalidad es otra y sus integrantes no se ven beneficiados por el producto de una actividad comercial ni obtienen las ganancias que pueden producir los entes mercantiles.

III. LAS SIMPLES ASOCIACIONES

13. Concepto

Junto con las asociaciones que, conforme el art. 169, requieren la autorización del estado para funcionar, obteniendo así su "perso-

nería jurídica", existen a menudo muchas entidades que por la escasa importancia de sus actividades o de su patrimonio, no gestionan la autorización estatal.

La legislación debe hacerse cargo de esta realidad: un centro de estudiantes o una asociación barrial a menudo no gestionan la autorización para funcionar pero su constitución y funcionamiento están amparados por la Constitución Nacional que garantiza el derecho de libre asociación. Por ello, resulta necesario establecer el grado de personalidad de estas entidades, su capacidad y la responsabilidad de sus integrantes.

Para el CCyC, las simples asociaciones son personas jurídicas (art. 148). Se termina así la discusión sobre la naturaleza jurídica de estas entidades que tanto espacio doctrinario ocupó en el pasado. El nuevo régimen ha cambiado sustancialmente el previsto en el art. 46 del Código derogado, regulando el accionar de las simples asociaciones constituídas en forma fehaciente (contando con un estatuto por instrumento público o instrumento privado aun cuando no poseen autorización de la autoridad de contralor) pero omitiendo toda referencia a las entidades que desarrollan su actividad sin estatuto escrito (simples asociaciones de hecho).

14. Acto constitutivo y ley aplicable

El acto constitutivo de la simple asociación y su estatuto, deben ser otorgados por instrumento público o por instrumento privado con firma certificada por escribano público. La simple asociación comienza su existencia desde la fecha de dicho acto constitutivo (art. 189).

Para distinguir a estas entidades no autorizadas por el Estado, a su nombre habrá que agregarle, antes o después, el agregado de "simple asociación o "asociación simple" (art. 187). Se les aplica el régimen propio que disponen los arts. 187 a 192 pero en todo lo relativo su acto constitutivo, gobierno, administración, socios, órgano de fiscalización y funcionamiento, le serán aplicables las normas sobre asociaciones civiles (art. 188).

Si las simples asociaciones no requieren autorización para funcionar, es lógico que tampoco requiera la inscripción prevista en el art. 169.

15. Prescindencia del órgano de fiscalización

Conforme el reenvío que efectúa el art. 188, las simples asociaciones deben, en principio, contar con un órgano de fiscalización que puede estar a cargo de uno o más revisores de cuentas. Sus integrantes deberán contar con título profesional que los habilite para tales funciones y tienen las incompatibilidades establecidas en el art. 173.

Cuando la simple asociación cuente con menos de veinte miembros podrá prescindir del órgano de fiscalización. La norma se encarga de aclarar que ello no implica eximir a la entidad de certificar sus estados contables.

Si se prescinde del órgano de fiscalización, el control de la entidad queda en manos de todos sus miembros, por ello el artículo que comentamos establece que todo asociado, aún el excluido de la gestión, podrá solicitar información a los administradores sobre los asuntos que considere necesario y verificar la contabilidad. Cualquier cláusula del estatuto que pretenda limitar este derecho se considerará no escrita.

El Código también requiere que las simples asociaciones, aún con menos de veinte miembros, "certifiquen sus estados contables". Parece una exigencia excesiva para una entidad tan precaria. Y en los hechos, es posible que no se cumpla, salvo casos excepcionales.

16. Responsabilidad de los miembros y administradores

En cuanto a la responsabilidad de los miembros de las simples asociaciones hacia terceros, en principio se aplica idéntica norma que para las asociaciones civiles: los asociados no responden en forma directa ni subsidiaria y su responsabilidad se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla o posteriormente y al pago de las cuotas o contribuciones que disponga el estatuto (art. 192).

La responsabilidad de los fundadores en las asociaciones simples ha sido un tema discutido ante la redacción del art. 46 del Código derogado. Siempre hemos sostenido que no resulta justo imponer una responsabilidad solidaria a quienes crearon la entidad con los escasos recursos que contaban pues sería como penar injustamente la conducta de los pioneros. El nuevo Código resuelve este problema, los fundadores al igual que los restantes miembros de la entidad, sólo

responden por las contribuciones comprometidas o por las cuotas impagas (art. 192 ya citado).

Pero el Código agrava la responsabilidad de los administradores de la simple asociación, pues si los bienes de ésta no alcanzan para solventar las deudas, el administrador y todo miembro que administre de hecho la entidad responde en forma solidaria frente a los acreedores por las decisiones que ha suscripto durante su gestión (art. 191).

Sin perjuicio de lo expuesto, la norma crea una preferencia a favor de los acreedores personales de los administradores (de hecho o de derecho) de la simple asociación, pues primero cobran ellos y luego, con el remanente de bienes de la entidad, se satisfacen las obligaciones sociales.

17. Simples asociaciones de hecho

Como decíamos, el CCyC no contempla ninguna norma relativa a las simples asociaciones de hecho: un centro de estudiantes, un club deportivo, tienen un estatuto, organizan alguna actividad, pero no han otorgado sus estatutos por ninguna de las formas establecidas por el CCyC para las simples asociaciones, no tienen órgano de fiscalización ni hacen balances ni mucho menos certifican estados contables que no tienen.

Cuál es el estatus jurídico de esas asociaciones de hecho. ¿Merecen el reconocimiento como personas jurídicas y de ser así, cual es el régimen de responsabilidad de sus miembros y directivos?

La respuesta no es sencilla ante la omisión de toda previsión legislativa lo que supone la desaparición del segundo párrafo del art. 46 del Código sustituido que preveía la responsabilidad solidaria de fundadores y administradores.

Prima facie entendemos que estas "asociaciones de hecho" o "irregulares" no son personas jurídicas para el ordenamiento privado argentino, y por lo tanto los miembros no pueden alegar la separación patrimonial entre ellos y la asociación irregular o de hecho.

Ahora bien; cabe preguntarse si eso significa que todos los miembros han de responder ante terceros por las obligaciones asumidas por la asociación irregular o de hecho, o si sólo han de hacerlo los administradores o los que contrataron en nombre de la asociación.

Si partimos de la idea de la no separación patrimonial, podría establecerse como regla que todos los miembros responden, aunque aquellos que no han participado de la administración tendrían una acción de repetición contra los administradores y quienes contrataron con el tercero en nombre de la asociación.

Otra cuestión es si los fundadores deberían también responder. Ante la ausencia de una norma que les atribuya responsabilidad explícita, parecería que deberían quedar excluidos si no forman parte de la asociación como miembros o administradores al tiempo de la asunción de obligaciones.

IV. LAS FUNDACIONES

18. Concepto preliminar

La fundación no tiene un contenido conceptual único pues existen distintos tipos. Sin embargo, podríamos decir que el concepto "global" de fundación se refiere a un patrimonio destinado (afectado) a un cierto fin, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, con carácter permanente o muy prolongado en el tiempo, al que la ley reconoce personalidad jurídica.

En nuestro Derecho, la fundación es una persona jurídica nacida de un acto unilateral emanado de una persona (física o jurídica) que le atribuye un patrimonio (acto de dotación) destinado a cumplir una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, definida por el fundador, requiriendo de una organización administrativa y de autorización expresa del Estado para funcionar (art. 193).

19. Breve revisión histórica

La fundación es y ha sido una figura jurídica controvertida para el Derecho y para la sociedad en general. Hay quienes las han combatido con fuerza, otros han contribuido a su desprestigio, y también existen, por suerte, quienes ayudan día a día a revitalizar el importante papel que la fundación está llamada a cumplir en la actualidad.

En la antigüedad, el patrimonio afectado a una finalidad benéfica se convirtió en una forma de inmovilizar bienes y satisfacer la vanidad del fundador. Esta primitiva visión fue la que llevo a ver con disfavor esta figura, pues junto con los mayorazgos y fideicomisos,

eran instrumentos que paralizaban la propiedad de los inmuebles (manos muertas), al afectarlos de una manera perpetua a una finalidad definida por la voluntad de quien los instituía. Por ello, durante el siglo XVIII aparecieron medidas contrarias a las fundaciones en Francia y en Inglaterra.

La actitud de los códigos ante el fenómeno de las fundaciones fue muy diversa. El Código Napoleón no las contempló, y probablemente ello haya sido el efecto de las ideas de Turgot que pretendía eliminar todo tipo de fundación, incluso las destinadas a obras de beneficencia. En cambio, el Código español reguló aspectos importantes, como la personalidad jurídica, capacidad civil, domicilio, nacionalidad y extinción de las fundaciones, así como su capacidad para aceptar herencias. Pero es recién con el Código Civil alemán que aparece una regulación orgánica de las fundaciones, aun cuando los autores siguen discrepando a la luz de sus disposiciones acerca de su naturaleza jurídica.

Cuando Vélez redacta su Código eran todavía muy actuales las ideas que habían llevado a los Estados europeos a reducir o, lisa y llanamente, a hacer desaparecer las limitaciones a la transmisión de la propiedad inmueble. De allí que Vélez prohibió las vinculaciones, desconoció la enfiteusis y el derecho de superficie, y admitió los censos y rentas sólo por el término de cinco años. En cambio, se reconocía como personas de existencia posible a "Los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios...". Se admitía la existencia de las fundaciones, aunque no se le destinaban otras disposiciones.

La reforma operada al Código Civil por la ley 17.711 no dedicó demasiada atención a las fundaciones; sólo las incluyó en la enumeración de las personas jurídicas de carácter privado, estableciendo características comunes con las asociaciones (art. 33). Recién el 15 de septiembre de 1972 se sancionó la ley 19.836 que, como norma complementaria del Código Civil, regula el nacimiento, funcionamiento y control de las fundaciones. Esta ley lleva más de cuarenta años de vigencia pero el legislador del año 2014 ha considerado que sus disposiciones no podían estar ausentes en el nuevo texto legal, incorporando con muy pocas modificaciones su articulado y aclarando que "para el Código todo es nuevo pero no es novedad para el sistema jurídico argentino" (así se expresa en los Fundamentos).

20. Definición legal

El art. 193 del CCyC dice que "*Las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines. Para existir como tales requieren necesariamente constituirse mediante instrumento público y solicitar y obtener autorización del Estado para funcionar. Si el fundador es una persona humana, puede disponer su constitución por acto de última voluntad*".

21. Caracteres

De la definición legal, surgen los siguientes caracteres:

a) *La fundación sólo se concibe como una persona jurídica*

No existe posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de que existan fundaciones que no aparezcan como un sujeto de derecho independiente de la persona del fundador, con capacidad suficiente para adquirir derechos y contraer obligaciones.

b) *La fundación nace de un acto jurídico unilateral*

La persona (física o jurídica) que pretenda dar vida a la fundación no necesita más que de su propia voluntad. A diferencia de las restantes personas jurídicas de carácter privado (asociaciones, sociedades), no se necesita del concurso de varias voluntades para dar nacimiento al ente. La fundación carece de miembros; sólo tiene órganos de conducción y beneficiarios.

c) *El fundador puede ser persona de existencia física o jurídica*

Quien pretenda erigir una fundación puede ser una persona física o jurídica (v.gr., sociedad comercial). En nuestro medio, es común que, tanto importantes personalidades como poderosas corporaciones, se conviertan en fundadores y de esa forma complementen su actividad profesional o comercial, ayudando a la realización de un fin altruista.

d) *Es necesario un acto de disposición a título gratuito por parte del fundador*

Para dar vida a la fundación es necesario el aporte patrimonial del fundador, quien a través de una donación o un legado dispone de

todo o parte de sus bienes que pasan a integrar el patrimonio de la entidad. Es lo que se denomina "acto de dotación".

e) *La fundación reconoce un fin de bien común no lucrativo*

Las fundaciones se distinguen por tender a un fin altruista y carecer de propósito de lucro. En la fundación es quizás, donde con mayor claridad puede apreciarse esta exigencia de la ley, ya que su razón de ser está marcada teleológicamente por este carácter benéfico hacia la comunidad.

Pero ello no excluye las actividades económicas lucrativas que la fundación realice para la conservación de su patrimonio o la obtención de nuevos recursos. Así, la fundación tiene capacidad para realizar operaciones financieras (depósito de sus fondos líquidos en negocios bancarios, adquisición de acciones de sociedades anónimas, de títulos públicos, etc.) y en general para cualquier otro tipo de negocio autorizado por el acto fundacional aunque ese acto tenga en sí una finalidad lucrativa.

Tampoco desnaturaliza la finalidad altruista de la fundación que los beneficiarios puedan recibir ventajas mensurables económicamente; verbigracia, descuentos en compras, alimentos gratis, atención médica, etc., siempre que estén comprendidas en las previsiones que haya exteriorizado el fundador en el acto fundacional.

Hoy en día, las fundaciones, como otras entidades del tercer sector actúan dentro del mercado y necesitan captar fondos con la misma eficiencia que una sociedad comercial necesita vender bienes o servicios. Por ello, cada día se tiende más usar en estas entidades técnicas de uso frecuente en las sociedades, como son el marketing y la publicidad; también deben transparentar su accionar frente a la comunidad, por eso se suelen aplicar las reglas del buen gobierno corporativo (establecimiento de códigos de conducta, difusión de sus cuentas, aplicación de fondos, etc.). Además, la captación de fondos (*fundraising*) es una actividad que hoy requiere un manejo gerencial pues hay que fidelizar a los benefactores a través de campañas de difusión de la obra de la entidad y otras acciones tendientes a lograr el apoyo de quienes deseen apoyar el fin benéfico de la entidad.

f) *La fundación se constituye por instrumento público*

El Código requiere que las fundaciones se constituyan por instrumento público (art. 195). Este requisito no existía en el primitivo texto de la ley 19.836 que permitía que también se crearan por instrumento privado con firma certificada. Tal vez el legislador ha creído que esa exigencia permite una mayor reflexión por parte del fundador sobre la trascendencia del acto que está realizando, aunque debemos destacar que la regulación existente no había ocasionado inconvenientes que justificaran este cambio.

g) *Autorización y control estatal*

Al carecer de miembros, el control de la actividad de la fundación no puede estar a cargo de asociados, y ello hace necesario que el Estado asuma no solamente la responsabilidad de autorizar su funcionamiento, sino también la de controlar de cerca sus actos a fin de vigilar que se cumplan las finalidades estatutarias.

22. El acto fundacional

La creación de una fundación se produce mediante un acto jurídico unilateral (manifestación de voluntad no recepticia) por medio del cual el fundador dispone de sus bienes para que pasen a formar parte del patrimonio de la entidad, redacta el estatuto y requiere su aprobación por parte del Estado.

a) Constitución por actos entre vivos

El negocio fundacional puede tener lugar por "actos entre vivos" o por "actos de última voluntad" (art. 195 CCyC).

Si nos hallamos frente a un negocio jurídico "entre vivos", le serán aplicables, las reglas inherentes a la donación, en cuanto a la capacidad exigida para ser donante (art. 1548). La capacidad requerida para ser fundador es la misma que la exigida para contratar. De tal forma, pesan sobre el fundador las inhabilidades previstas en los arts. 1001 y 1002.

Las promesas de donación hechas por los fundadores podrán ser revocadas por ellos hasta la fecha de la resolución que otorga la personería jurídica a la fundación, mientras que sus herederos podrán revocarlas hasta el momento en que se presenta el estatuto y se peticiona la autorización para funcionar ante el organismo de contralor (art. 197). La fundación tiene las acciones legales pertinentes para obtener el cumplimiento de las promesas de donación (art. 198).

b) Constitución mortis causa

Si el negocio fundacional se realiza por acto de última voluntad, regirán en principio las normas que regulan la sucesión testamentaria. El principio general en esta materia es que podrán suceder al causante las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones por su testamento (art. 2279).

De modo que el fundador puede, mediante institución hereditaria, afectar todo o parte de sus bienes a la creación de un ente que aún carezca de personería jurídica, siempre y cuando, claro está, no afecte la porción legítima de sus herederos forzosos (art. 2445). Los herederos serán entonces quienes, cumpliendo con la manda testamentaria, tendrán la obligación de redactar los estatutos y solicitar la autorización para que funcione la entidad. El Ministerio Público se encargará de fiscalizar y ejecutar el cumplimiento de esta tarea junto con los herederos y el albacea testamentario (art. 219).

El art. 220 del CCyC establece que: "*si los herederos no se pusiesen de acuerdo entre sí o con el albacea en la redacción del estatuto y el acta constitutiva, las diferencias serán resueltas por el juez de la sucesión, previa vista al Ministerio Público y a la autoridad administrativa de contralor*". Esta disposición tiende a asegurar el cumplimiento de la voluntad presunta del *de cuius* y evitar que el desacuerdo de los herederos o el mal desempeño del albacea, demore por largo tiempo o frustre el nacimiento de la fundación.

23. El contenido del estatuto

El estatuto deberá contener obligatoriamente los recaudos establecidos en el art. 195, que son:

a) La identificación de los fundadores

Cuando se trate de personas humanas, será menester consignar todos sus datos de identificación y filiación (nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión y número de documento de identidad), y en su caso, idénticos datos de los apoderados.

Cuando el fundador sea una persona jurídica, se deberá acreditar la existencia de la entidad presentando el instrumento (o copia certificada) que así lo acredita (contrato social-estatuto, etc.), con

constancia de la inscripción ante el organismo de contralor, el acta o instrumento que acredite la representación de la persona humana que se presente en su nombre, y el acta o instrumento que acredite la voluntad del ente para crear la fundación (acta de asamblea o directorio).

b) Nombre y domicilio de la fundación

Por ser un atributo de la personalidad, el estatuto deberá establecer en forma clara la denominación y el domicilio de la fundación.

c) Determinación del objetivo

Las fundaciones, por imperio del art. 156 deben tener un objeto adecuado al bien común "preciso y determinado". El objeto puede consistir en la asistencia económica, sanitaria, espiritual a determinadas personas o instituciones, o bien tender al estímulo, aliento, difusión de determinados conocimientos científicos o valores morales, mediante el otorgamiento de becas, realización de conferencias, publicaciones, reuniones, congresos, etcétera; como cualquier otra finalidad que tienda al bien común, entendiendo este requisito en forma amplia, como sinónimo de licitud.

d) Patrimonio inicial

El estatuto debe mencionar el patrimonio inicial de la fundación, la forma en que será integrado y los recursos futuros con lo que contará la entidad (las promesas de donación formuladas, tanto por el fundador como por terceros).

Este patrimonio debe posibilitar el cumplimiento de los fines propuestos estatutariamente (art. 194).

Las autoridades de controlar establecen generalmente patrimonios mínimos para permitir el funcionamiento de una fundación. No obstante, el Código establece que se puede resolver favorablemente la autorización si de los antecedentes de los fundadores o los servidores de la voluntad fundacional comprometidos por la entidad a crearse, además de las características del programa a desarrollar, resulta la aptitud potencial para el cumplimiento de los objetivos propuestos en el estatuto.

e) Plazo de duración

Una fundación puede tener una finalidad altruista inmediata y efímera, como puede ser socorrer a las víctimas de un terremoto, pero fuera de esos casos excepcionales, la perdurabilidad de la fundación aparece como una característica propia.

De allí que en principio deba ser concebida como una institución perpetua, y ello justificaría que se aplicara lisa y llanamente el principio del art. 155 del CCyC conforme al cual las personas jurídicas son de duración ilimitada.

Pero he aquí que justamente en materia de fundaciones, el CCyC exige que el estatuto indique el plazo de duración (art. 195, inc. e). Ninguna razón se ha dado para justificar esta grosera contradicción con la regla general y con la propia esencia de la fundación.

Con lo cual se seguirá con la práctica habitual de fijar la duración en 99 años sin que nada impide que antes de la conclusión del término se decida su prórroga.

f) Organización del Consejo de Administración

En el acto constitutivo se debe designar el primer Consejo de Administración, el cual puede estar integrado por los fundadores o por terceros. La ley impone que el estatuto organice la duración de sus cargos, el régimen de reuniones y el procedimiento para la designación de sus miembros.

g) Cláusulas atinentes al funcionamiento de la entidad

Se deberá organizar el desempeño de los distintos órganos de gobierno de la entidad (Consejo de Administración y Comité Ejecutivo), el estatuto deberá establecer el régimen de reuniones, quórum, distribución de funciones, y los deberes y atribuciones de cada uno de ellos.

h) Procedimiento y régimen para la reforma del estatuto

Es sumamente importante que el estatuto establezca claramente el procedimiento a seguir para su modificación. En las fundaciones, cualquier cambio o reforma del estatuto cobra especial relevancia, ya

que implica ciertamente modificar la voluntad del fundador que fue quien redactó las bases de la fundación.

En principio es común otorgar al Consejo de Administración, la facultad de modificar —por mayoría de miembros— el estatuto en todas partes, salvo en aquellas disposiciones que se refieran al objeto de la fundación, el cual sólo podrá ser modificado cuando haya llegado a ser de cumplimiento imposible (art. 216). Es lógico que así ocurra, la fundación ha sido creada y autorizada teniendo en cuenta una determinada finalidad, y los terceros que colaboran con ella están obligados a respetar la voluntad originaria del fundador y deben evitar que, so pretexto de modificaciones funcionales, se pretenda desviar el curso de acción de la entidad.

i) Fecha de cierre del ejercicio anual

Es una exigencia formal común a todas las personas jurídicas (arts. 322 y 326).

j) Régimen de disolución, liquidación y destino de los bienes

La disolución del ente requerirá, salvo disposición contraria del estatuto, el voto de dos tercios de los miembros del Consejo de Administración, y trae aparejado el destino de los bienes de la entidad, que deberán entregarse a una institución de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado cuyo objeto sea de utilidad pública o bien común, que no posea fin de lucro y se domicilie en la República; salvo cuando se trate de fundaciones extranjeras, ya que los recursos que la entidad matriz ha afectado para el funcionamiento en nuestro país podrán volver a su lugar de origen. En ambos casos se requiere siempre la aprobación previa de la autoridad de contralor.

k) Plan trienal de actividades

Junto con su estatuto, al requerir la autorización para funcionar, la fundación debe presentar un plan de actividades para los primeros tres años. Esto consiste en una descripción sintética de los actos que se propone realizar la entidad en dicho período: reuniones, conferencia, asistencia económica o espiritual, otorgamiento de becas, etc. También deben presentarse las bases presupuestarias para su realización.

Una novedad que ha introducido el CCyC es que tanto el plan trienal como las bases presupuestarias deben ser presentados periódicamente ante el órgano de contralor cada tres años. Ese requisito ayuda a controlar el cumplimiento de la obra fundacional.

24. Los órganos de gobierno

El Código reglamenta el funcionamiento de dos órganos de gobierno de la fundación: el Consejo de Administración y el Comité Ejecutivo.

a) El Consejo de Administración

Es el órgano máximo de la fundación y, en principio, concentra todas las funciones que, para el gobierno de la entidad, le otorga el estatuto (art. 201). Los fundadores, al redactar el estatuto, pueden reservarse la facultad de ocupar cargos en el Consejo, como así también la de reemplazar a los consejeros cuando caduquen sus mandatos o en caso de vacancia (art. 202).

En el acto constitutivo se debe designar el primer Consejo de Administración, el cual puede estar integrado por los fundadores o por terceros, la designación puede ser delegada también a instituciones públicas o privadas sin fines de lucro (art. 203).

El Consejo admite la existencia de miembros permanentes o temporarios; es posible que el estatuto prevea que determinadas decisiones requieran siempre la aprobación de los primeros, como así también que sean los miembros permanentes quienes designen a los temporarios (art. 204).

La remoción de los miembros de este órgano se produce con el voto de por lo menos las dos terceras partes de sus integrantes. Es posible también determinar un régimen de caducidad automática de los mandatos en caso de ausencias reiteradas y no justificadas a las reuniones (art. 209).

Cuando se produjera la vacancia de los cargos, que hiciera imposible el funcionamiento del cuerpo, y no se pueda, según las provisiones del estatuto, designar nuevos miembros o los designados rehusaren aceptar los cargos, será la autoridad administrativa de contralor quien procederá a reorganizar el gobierno de la fundación designando a las nuevas autoridades o modificando el estatuto si fuera necesario (art. 210).

Tanto la ley derogada ley 19.836 como el CCyC se han preocupado por resaltar que el cargo de consejero es estrictamente honorario. Esta gratuidad se compadece con la ausencia de fines de lucro de la fundación y con la labor altruista que se espera de quienes se ocupan de conducirla (art. 205). Los consejeros sólo tienen derecho al reembolso de gastos.

Las obligaciones y derechos de los miembros del Consejo surgen de las propias disposiciones del estatuto, rigiendo en forma subsidiaria las reglas del mandato (art. 211).

b) El Comité Ejecutivo

Como dijimos, el Consejo de Administración es el órgano máximo de la fundación y concentra todas las funciones y potestades para el gobierno de la entidad, pero el estatuto puede prever la delegación del manejo cotidiano de aquélla en un "comité ejecutivo" integrado por miembros del Consejo, o delegando en una o más personas humanas, facultades ejecutivas, sean no miembros del consejo de administración (art. 205).

El cargo dentro del Comité Ejecutivo o la delegación de funciones a personas contratadas supone, de por sí, la dedicación propia de un dependiente de la entidad, por ello, el estatuto puede prever alguna forma de retribución pecuniaria a favor de sus miembros.

c) Otros posibles órganos de la fundación

El Código sólo prevé la existencia de los dos órganos que acabamos de mencionar; sin embargo, es frecuente que existan, cuando la magnitud de la fundación lo requiera, diversas comisiones para atender a cada una de las actividades propuestas en el plan de acción de la entidad.

Así también, nada obsta a la existencia de un órgano de contralor, que puede tomar el nombre de "comisión revisora de cuentas" o "sindicatura", integrado por miembros del consejo o por terceros. Este órgano se encargará de fiscalizar las cuentas de la entidad y el correcto empleo de los fondos destinados a la fundación.

Resulta llamativo que el nuevo Código imponga un órgano de fiscalización para las asociaciones civiles cuando cuenten con más de cien asociados y en las simples asociaciones de más de veinte miembros y no establezca un órgano similar para las fundaciones.

d) Su funcionamiento y régimen de reuniones

Tanto el funcionamiento del Consejo de Administración, del Comité Ejecutivo como de los demás órganos de la entidad se rigen por las disposiciones del estatuto, pero el Código establece algunas normas de carácter supletorio.

El art. 207 determina que el *quorum* será el de la mitad más uno de sus integrantes, debiendo llevarse un libro de actas de cada órgano. Las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de los miembros presentes y, en caso de empate, el presidente del cuerpo tendrá doble voto. Estas mayorías no se requieren para elegir nuevos integrantes del Consejo de Administración cuando su concurrencia se hubiere tornado imposible (art. 208).

25. Los beneficiarios

Como ha sido señalado, una de las características de la fundación es que no tiene miembros. Pero tiene beneficiarios, que son quienes constituyen el sustrato personal de la fundación. Su identificación puede ser hecha de distintas maneras, según haya una mayor o menor individualización; así, verbigracia, se puede constituir una fundación para el sostenimiento de la cátedra de Microbiología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires (individualización precisa), para contribuir a la rehabilitación de los lisiados, o para ayudar a los indigentes (individualización por pertenencia a un grupo).

Los beneficiarios no forman parte de la fundación, pero constituyen su "razón de ser". En principio no tienen una acción para reclamar el cumplimiento de la finalidad de la fundación, y en concreto, para obtener personalmente los beneficios previstos, pero sin lugar a dudas, poseen un interés legítimo, que si bien no los habilita para accionar judicialmente reclamando el beneficio, sí los autoriza a denunciar ante la autoridad de contralor el incumplimiento de las finalidades de la fundación.

26. El cambio de objeto y la imposibilidad de cumplimiento

La fundación es creada y obtiene la autorización para funcionar en vista al cumplimiento de la finalidad expresada en el estatuto. Así la ha concebido su fundador, en virtud de ello el Estado le otorgó personería jurídica, y los terceros que realizaron donaciones o colaboran con la entidad, lo hacen en el convencimiento de ayudar al cumplimiento de esa finalidad.

Por ello, el objeto de la fundación sólo puede modificarse cuando éste ha llegado a ser de cumplimiento imposible. En dicho caso, la reforma del estatuto requerirá al menos el voto favorable de los dos tercios de los miembros del Consejo de Administración (art. 216). El Consejo determinará la necesidad del cambio de objeto, alegando la imposibilidad de su cumplimiento, y requerirá al organismo de contralor la autorización del nuevo objeto propuesto, de modo que será este último quien, en definitiva, fijará la nueva finalidad del ente procurando respetar sobre todo la voluntad del fundador (art. 223).

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

CAHIÁN, Adolfo, *Derecho de las fundaciones*, 2ª ed., La Rocca, Buenos Aires, 2003; CARRANZA, Jorge A., *Las fundaciones en el derecho privado*, Depalma, Buenos Aires, 1977; COCCA, A., *Las fundaciones. Del derecho de la antigüedad al actual derecho internacional. Historia y legislación en la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981; CROVI, Luis D., *Régimen legal de las asociaciones civiles*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006; íd., *Fundaciones, régimen jurídico y actuación empresarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008; GIUNTOLI, María Cristina, *Fundaciones. Aspectos síndicos, contables e impositivos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994; LÓPEZ-NIETO y MALLO, Francisco, *La ordenación legal de las asociaciones*, 4ª ed., Dikinson, Madrid, 2004; íd., *El ordenamiento legal de las fundaciones*, La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2006; MORA ALARCÓN, José A.; *Régimen jurídico de las asociaciones civiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; PÁEZ, Juan L., *Tratado teórico práctico de las asociaciones*, 3ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 140.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

CROVI, Luis D., "Asociaciones civiles. Necesidad de una ley especial", LL 2007-A-701; GRAFEUILLE, Carolina, "El poder disciplinario de las asociaciones civiles", RDPyC 2015-2-245, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015; MÜLLER, Enrique, "Las simples asociaciones", RDPyC 2015-2-287; RAGGAZI, Guillermo Enrique, "Las asociaciones civiles y simples asociaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación", JA 2015-II-1159; íd., "El nuevo régimen para las asociaciones civiles", RDPyC 2015-2-179.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 21/11/2006, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia", LL 2006-F-730.

CNCiv., sala G, 4/6/2012, "Club Atlético River Plate Asoc .Civil. c/ Aguilar, José María", LL 5/9/2012, 8, cita online: AR/JUR/35673/2012.

CAPÍTULO XVII

EL OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

I. CONCEPTOS GENERALES

1. El objeto de la relaciones jurídicas

El objeto de las relaciones jurídicas son las cosas, los bienes y las conductas humanas.

En el presente capítulo hemos de examinar el concepto y clasificaciones de las cosas y de los bienes en nuestro derecho positivo.

2. Metodología del CCyC

El Código Civil de 1869 trataba de las cosas y los bienes en el Libro III, es decir, el dedicado a Derechos Reales.

La metodología no era la apropiada, en cuanto a las cosas se refiere, pues ellas son objeto de las relaciones jurídicas, por lo que exceden notoriamente el campo de los derechos reales. Por ello el Proyecto de 1998 propuso su tratamiento en el Libro de la Parte General y eso es lo que en definitiva ha quedado consagrado en el CCyC.

3. Concepto legal de bienes y cosas

a) En el Código de 1869

Nuestro Código de 1869 definía a las cosas como *los objetos materiales susceptibles de tener un valor* (art. 2311), noción aplicable a las energías y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.

Y ello se complementaba con el art. 2312 que decía que: "*Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes*".

De modo pues, que la doctrina nacional ha entendido que existían dos acepciones de la palabra bienes.

En sentido estricto, bienes eran los objetos inmateriales susceptibles de tener valor. Con este alcance, la palabra bienes representa a los derechos patrimoniales.

En sentido amplio, el concepto bienes comprendía a los bienes en sentido estricto y a las cosas.

Ese conjunto de bienes, entendido en su sentido estricto, constituye el patrimonio.

b) En el CCyC

El CCyC contiene dos artículos en el Título Preliminar que refieren a los bienes y cosas (arts. 15 y 16), de difícil comprensión y que no definen a los bienes, limitándose a señalar que los bienes materiales susceptibles de valor se llaman cosas (art. 16) y que los derechos individuales que las personas tienen sobre los bienes que integran su patrimonio "pueden" recaer sobre bienes susceptibles de valor económico.

La comprensión del texto de los artículos resulta difícil pues el art. 16 remite al primer párrafo del art. 15, que tiene un solo párrafo y ni siquiera una coma que divida dos frases. Además, cuando en el Libro Primero, Título III, trata los "Bienes", se omite toda definición de bienes y cosas, comenzando directamente por la clasificación en inmuebles y muebles (v. arts. 225 y ss. CCyC). El Proyecto de 1998 contenía las definiciones de bienes y cosas lo que hacía más comprensible la materia.

Lo que oscurece el panorama es que el codificador 2015 parece querer aprehender la existencia de bienes que no tienen valor económico, como los derechos que se tienen sobre el cuerpo humano o los derechos de las comunidades indígenas (v. Lorenzetti).

Ello implica confundir derechos y bienes. La persona puede tener ciertos derechos sobre su propio cuerpo los que no son susceptibles de apreciación económica, pero ni el cuerpo ni sus partes son bienes.

En definitiva, a la luz de lo expuesto en los arts. 15 y 16, cabría concluir que en nuestro derecho vigente hay bienes con valor económico que cuando son materiales se llaman cosas; y bienes sin valor económico que son los que recaen sobre el cuerpo humano y los derechos de las comunidades indígenas.

II. CLASES DE COSAS. INMUEBLES Y MUEBLES

4. Cosas inmuebles

Son cosas inmuebles aquellas que están inmovilizadas; eso significa que no pueden ser movidas de un lugar a otro, por una fuerza exterior o por sí mismas.

a) Cosas inmuebles por naturaleza. Definición legal

Según el art. 225 "*Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre*".

De modo pues, que además del suelo mismo, son inmuebles los árboles, los ríos, los minerales que están bajo tierra.

En cambio, son muebles las cosas que están bajo tierra por el hecho del hombre; verbigracia, los tesoros; salvo que estén adheridas al suelo de manera permanente, como los cimientos de un edificio que son inmuebles, pero no por naturaleza sino por accesión.

Finalmente cuadra apuntar que una vez separados del suelo los elementos que la ley considera inmuebles por naturaleza, como los minerales, los árboles o una cosecha, se convierten en muebles, pues a partir de ese momento pueden ser desplazados de un lugar a otro.

b) Inmuebles por accesión. Definición legal

El art. 226 CCyC dispone que: "*Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario*".

Quedan comprendidos en esta categoría, los edificios y sus cimientos. Salvo que se trate de construcciones que no tienen finalidad de permanecer indefinidamente. Así, tanto la carpa del circo o los quioscos de una kermese, como las instalaciones de una exposición temporaria, son cosas muebles.

Ese carácter de inmuebles por accesión se transmite a todas las cosas que, siendo por naturaleza muebles, contribuyen a formar la unidad definida como "edificio". Así, los marcos de las ventanas, las puertas, los vidrios, los artefactos sanitarios o de calefacción, equipos de acondicionadores de aire, etc., pasan a formar parte del edificio y son considerados inmuebles en la medida en que estén adheridos físicamente a la construcción.

Y, naturalmente, si alguna vez son separados del edificio, retornan a su calidad original de cosas muebles.

La importancia de esta concepción legal radica en que si alguien promete en venta una casa, comprende en ella todo lo que esté adherido a ella de manera permanente, salvo manifestación expresa en contrario.

c) Cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario

El segundo párrafo del art. 226 dispone que "No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario".

La interpretación del precepto no es sencilla, y debe relacionarse con las soluciones que contenía el Código Civil de 1869 que reconocía una categoría de inmuebles por accesión moral —o por su destino— entre las que se incluían las puestas en razón de la profesión o actividad del propietario.

Como decimos, el CCyC ha suprimido esta categoría, y por ende las cosas muebles puestas por el propietario para su actividad o explotación del inmueble, siguen siendo muebles. Pero siguen siéndolo mientras no estén adheridas físicamente al suelo de manera perdurable.

En otras palabras:

— Todas las cosas adheridas físicamente al suelo de manera perdurable son cosas inmuebles por accesión, estén o no puestas para la explotación o en razón de la profesión;

— Las cosas muebles no adheridas al suelo de manera perdurable, puestas en razón de la explotación o la profesión conservan su condición de muebles.

Por lo que una línea de montaje de una fábrica automotriz o un puente grúa de una fábrica o los hornos de una acería son inmuebles por accesión. En cambio el sillón del peluquero, el escritorio del abogado, las máquinas de coser de un establecimiento textil, los silos que se usan en los establecimientos agropecuarios, las máquinas cosechadoras, son cosas muebles.

d) Importancia de la distinción

La distinción es relevante porque las cosas muebles por los derechos que pueden constituirse sobre una u otra categoría de cosas y la extensión de las obligaciones que se asumen en ciertos negocios jurídicos.

Así: la cosechadora, el silo, las máquinas de coser pueden ser objeto de prenda. Y si se hipoteca el campo o el establecimiento textil, ni el silo ni las máquinas de coser están comprendidas en la garantía que recae sobre el inmueble.

En cambio, si se trata de un horno de una acería que sin duda está adherido de manera permanente al suelo, estará incluido en la hipoteca del inmueble constituida por el propietario y no podrá ser objeto de una garantía prendaria.

Ahora bien; es común que grandes equipos que están destinados a ser instalados en inmuebles se vendan con garantía prendaria. Por ejemplo, los hornos de una fábrica de pisos o ladrillos cerámicos. Haciéndose cargo de esta realidad negocial el art. 2192 CCyC dispone "En la garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa", a no ser que: a) los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté autorizada por un vínculo contractual; y, b) los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa

unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas".

La solución legal es inteligente. De este modo el propietario de la fábrica de cerámicos puede comprar el horno a crédito, y asegurar el pago de las cuotas con prenda; y esa prenda será eficaz aún después de instalado y unido físicamente al inmueble y aun cuando sobre el inmueble pese una hipoteca.

5. Cosas muebles

a) Muebles por su naturaleza

Son cosas muebles aquellas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea por sí mismas, sea por una fuerza externa (art. 227 CCyC).

b) Semovientes y locomóviles

Entre las cosas muebles, se encuentran los animales, que se mueven por sí mismos y por eso son denominados semovientes; y los locomóviles, expresión con la que se identifica a los vehículos a motor.

Originariamente, el régimen jurídico de éstos ha sido idéntico al del resto de las cosas muebles, pero su particular importancia económica en la era actual y la necesidad de otorgar seguridad a las transacciones que los tienen por objeto, han inducido importantes reformas particularmente en cuanto al modo de transmisión del dominio. Este tema es examinado más adelante.

c) Registrables y no registrables

Todos los inmuebles son cosas registrables, puesto que necesariamente deben matricularse, esto es, incorporarse al llamado Registro de la Propiedad Inmueble, salvo que pertenezcan al dominio público (art. 10, ley 17.801).

En cambio, los muebles son por regla general, no registrables.

Por excepción, algunos deben ser inscriptos en registros especiales que corresponden a determinadas categorías de cosas. Así, existen registros de aeronaves, buques, automotores, caballos pura sangre de carrera; estos registros son llevados por el Estado (nacional o provincial) o incluso, por entidades privadas, como sucede con el último registro mencionado.

También son registrables las acciones de sociedades anónimas (art. 213, LS) pudiendo incluso no estar representadas en un título, sino exclusivamente en una constancia registral (acciones escriturales, art. 208, *in fine*, LS).

Cuadra puntualizar que también existen bienes registrables, esto es, derechos que tienen valor económico, y que para su protección y publicidad son incorporados a registros. Así, existen distintos registros: el de la propiedad intelectual, el de marcas y señales (al que nos referimos al analizar la propiedad de los semovientes), el de marcas de comercio e industria, etcétera.

Lo expuesto revela la importancia que los registros han adquirido y que resulta de la trascendencia económica que han adquirido ciertos muebles y derechos.

6. Régimen de adquisición y transmisión del dominio y demás derechos reales

a) El sistema de título y modo

La cuestión de cómo se adquieren y transmiten los derechos reales sobre las cosas muebles e inmuebles ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, pero siempre alrededor de una idea fuerza: en nuestro derecho la adquisición y transmisión de los derechos reales sobre las cosas requiere título y modo.

El título es el acto jurídico que sirve de causa a la transmisión o adquisición del derecho real (art. 1892 segundo párrafo, CCyC): la compraventa, la donación, la permuta.

El modo es la tradición o entrega de la cosa (art. 1924 CCyC) y es requerida en todos los derechos reales que se ejercen por la posesión (con lo cual queda excluida la hipoteca o la prenda sin desplazamiento, porque quien adquiere el derecho real no recibe la cosa, que permanece en poder del propietario).

Ahora bien; la oponibilidad del derecho real frente a terceros requiere publicidad suficiente. Cuando se trata de cosas registrables,

la publicidad se materializa por la inscripción registral (art. 1893 CCyC).

De lo que resulta que la transmisión del derecho real de dominio sobre una cosa inmueble requiere: la celebración de un acto jurídico con la forma exigida por la ley (escritura pública) más la tradición o entrega de la cosa y para hacerlo oponible a terceros la inscripción registral.

En cambio si se trata de una cosa mueble no registrable (una joya, un cuadro) basta con el acto jurídico compraventa (que puede no estar sujeto a forma alguna) más la entrega de la cosa.

b) Sistemas especiales

Para ciertas cosas registrables existen regímenes especiales; tal sucede en materia de automotores en la que rige el dec. 6582/1958, que creó el Registro de la Propiedad Automotor que establece un sistema de registro constitutivo que subsiste en razón de la excepción que hace el cuarto párrafo del art. 1892 del CCyC.

Otro régimen particular es el del ganado. El 6 de octubre de 1983 se sancionó y promulgó la ley 22.939 de Marcas y Señales, conforme a la cual todo propietario de ganado mayor o menor debe tener registrado a su nombre el diseño que emplea para marcar o señalar (art. 5), presumiéndose, salvo prueba en contrario, que el ganado mayor marcado y el ganado menor señalado, pertenecen a quien tiene registrado a su nombre el diseño de la marca o señal aplicada al animal.

En cuanto a la propiedad de los ejemplares de pura raza, se probará por el certificado de inscripción en los registros genealógicos y selectivos reconocidos (art. 11); y para todo acto jurídico, mediante el cual se transmita la propiedad de ganado mayor o menor, se requiere su instrumentación con un certificado de adquisición, cuyos recaudos están previstos en el art. 13; salvo que se trate de animales de pura raza, en que el acuerdo de partes podrá ser inscripto en el registro genealógico.

Amén de lo expuesto, el Código Aeronáutico y la Ley General de Navegación completan el marco legislativo, con la reglamentación de la adquisición y transmisión de derechos reales sobre aeronaves y buques.

7. Otras diferencias de régimen entre muebles e inmuebles

a) Ley aplicable

A los efectos de la determinación de la ley aplicable a las cosas, el Código de 1869 distinguía muebles e inmuebles.

En el CCyC vigente se incluyen disposiciones que distinguen entre inmuebles y muebles y registrables y no registrables.

Así:

— La calidad de bien inmueble se determina por la ley de lugar de situación (art. 2663 CCyC), lo mismo que el derecho aplicable (art. 2668 primer párrafo);

— Las acciones reales sobre inmuebles son de competencia del juez del lugar en que estén situados (art. 2664);

— los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el del Estado del Registro (art. 2668), disposición que se aplica entonces a automotores, aeronaves, buques y cualquier otra cosa registrable como acciones de una sociedad anónima. Y los jueces del Estado de registro son competentes para entender en las acciones reales sobre tales bienes;

— si los bienes son no registrables, los jueces competentes en las acciones reales que los tengan por objeto son los del domicilio del demandado o los del lugar en donde se encuentren los bienes (art. 2666).

Luego el mismo CCyC distingue entre muebles de situación permanente y no permanente. Se supone que son muebles no registrables, pues sino regirían las disposiciones que ya vimos. Para ellos se destinan los arts. 2669 y 2670. Los que tienen situación permanente y se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por el derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos. Por fin, los derechos reales sobre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar se rigen por el derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación.

b) Forma de los actos jurídicos

Los actos jurídicos que tienen por objeto la transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles deben ser extendidos por escritura pública (art. 1017, inc. a), disposición que no se aplica a las cosas muebles.

c) Garantías reales

Los derechos reales de hipoteca, y anticresis, sólo pueden recaer sobre inmuebles.

La prenda y la prenda sin desplazamiento (regida por la ley 12.962) recaen sobre muebles.

d) Adquisición por prescripción

El dominio de las cosas inmuebles se adquiere por la posesión ostensible y continua, de buena fe y con justo título, por el transcurso del término de diez años (art. 1898 CCyC). Si no existe justo título o buena fe el plazo es de 20 años (art. 1899 CCyC).

La adquisición por prescripción del dominio de cosas muebles hurtadas o perdidas, se produce en favor de quien la ha poseído de buena fe y con justo título, por el término de dos años (art. 1898 CCyC). Si la cosa es registrable el plazo de prescripción se computa a partir de la registración del justo título.

También adquiere el derecho real el que posee durante diez años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes (art. 1899 tercer párrafo). Esta regla legal está destinada a regularizar el dominio de los automotores.

Y, finalmente, el poseedor de mala fe de una cosa mueble o el autor del hurto o robo de la misma, prescribe a los 20 años, pues el primer párrafo del art. 1899 no hace distinción entre cosas muebles e inmuebles (conf. Gurfinkel de Wendy).

III. OTRAS CLASIFICACIONES DE LAS COSAS

8. Fungibles y no fungibles

El art. 232 define como cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad.

Por oposición son no fungibles aquellas cosas en las que un individuo de la especie no equivale a otro, y por ende, no pueden sustituirse unos por otros.

Ésta es una categoría que sólo corresponde a las cosas muebles, y cuya principal característica consiste en la posibilidad de que la cosa pueda ser sustituida por otra, e igual se cumpla la prestación debida.

Así, los libros son fungibles, en el sentido de que un ejemplar de este "Derecho Civil" es idéntico a otro; por lo que tanto cumple el librero entregando uno u otro ejemplar. Lo mismo puede predicarse del trigo, pero allí tiene importancia la calidad, subespecie o tipo, de donde la fungibilidad se vincula con estos aspectos; así, quien ha prometido cien toneladas de trigo candeal, cumple entregando cien toneladas de esa calidad y no de otra.

En cambio un caballo de carrera y un cuadro son no fungibles; el deudor de uno y de otro, sólo cumple entregando el individuo de la especie que ha prometido.

9. Cosas consumibles y no consumibles

Conforme al art. 231 "*Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo*".

El distingo es apropiado sólo a las cosas muebles, como es obvio. Su importancia radica en que algunos contratos sólo pueden tener por objeto cosas consumibles y otros sólo pueden referirse a las no consumibles.

10. Cosas divisibles e indivisibles

a) Concepto

Según el art. 228 CCyC *"Son cosas divisibles las que pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma"*.

En principio, son divisibles todos los inmuebles; y la cosa divisible, por excelencia, es el dinero. También lo son los granos, los vinos o licores, etc.

Son indivisibles aquellas cosas que partidas perderían su esencia y por supuesto su valor: una joya, un libro, un televisor.

b) Limitaciones a la divisibilidad

El segundo párrafo del art. 228 prevé: "*Las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales*".

Éste es un dispositivo que fue originalmente incorporado por la ley 17.711 y que amplía el concepto de indivisibilidad, pues lo extiende a cosas que por sí podrían considerarse divisibles, como los inmuebles, atendiendo a la posibilidad de explotación económica.

c) Importancia

Sólo las cosas divisibles pueden ser materia de partición en especie, cuando se disuelve un condominio o se efectúa una partición hereditaria.

11. Cosas principales y accesorias

a) Concepto

Las cosas principales son definidas como aquellas que *pueden existir por sí mismas* (art. 229 CCyC), y las accesorias son *aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen o a la cual están adheridas* (art. 230).

Es evidente que la noción se aplica a las cosas compuestas por más de un individuo de la misma especie o de distinta especie, por lo que quedan excluidas las cosas simples.

Es importante señalar que la accesoriedad se manifiesta de dos maneras:

— por la accesión física, por lo cual las cosas que están adheridas al suelo son accesorias de éste;

— por la dependencia, de modo que el teclado de un computador es una cosa accesoria del mismo, puesto que por sí solo no tiene —al menos como regla— existencia propia, sino en tanto y en cuanto está conectado al cerebro de la máquina. Atiéndase, en el ejemplo, que no hay adherencia aunque el teclado se vincule por un cable; la adherencia debe tener cierta permanencia.

b) Importancia

La idea que preside la distinción es que las cosas accesorias siguen la suerte de la principal.

De modo que quien es propietario de la cosa principal lo es de la accesoria, y no puede reivindicarse la accesoria si no se reivindica la principal (art. 2253 CCyC).

Del mismo modo, en los derechos reales de garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas (art. 2192 CCyC).

12. Frutos y productos

a) Concepto

Nuestro codificador considera frutos a las cosas que otra cosa produce regular y periódicamente, sin alteración ni disminución de su sustancia.

Productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia (art. 233 CCyC).

Frutos son entonces los cereales que produce el suelo; y productos, las piedras de una cantera o el oro de una mina.

b) Distintas clases de frutos

Frutos naturales son aquellas producciones de la cosa que son el resultado de la actividad espontánea de la naturaleza, como las manzanas o los limones del árbol.

Frutos industriales son los que resultan de la industria del hombre o la cultura de la tierra, como la cosecha de trigo.

Frutos civiles son las rentas que produce una cosa.

c) Régimen

"Los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, si no son separados" (art. 233 *in fine*).

Respecto de su propiedad, siguen la suerte de la cosa principal, es decir, la que los genera.

El régimen se complementa con disposiciones ubicadas en el Libro IV; concretamente los arts. 1934 y 1935.

El art. 1934 distingue entre frutos percibidos y pendientes. Considera percibidos al que separado de la cosa es objeto de una nueva relación posesoria. Si es fruto civil, se considera percibido el devengado y cobrado. Y pendiente es el todavía no percibido; si se trata de fruto civil pendiente es el devengado y no cobrado.

El art. 1935 CCyC regula la adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe, disponiendo: *"La buena fe del poseedor debe existir en cada hecho de percepción de frutos; y la buena o mala fe del que sucede en la posesión de la cosa se juzga sólo con relación al sucesor y no por la buena o mala fe de su antecesor, sea la sucesión universal o particular. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos. El de mala fe debe restituir los percibidos y los que por su culpa deja de percibir. Sea de buena o mala fe, debe restituir los productos que haya obtenido de la cosa. Los frutos pendientes corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa"*.

Las reglas del Código se complementan con disposiciones relativas a ciertos derechos reales.

13. Bienes dentro y fuera del comercio

a) Definiciones legales

Nuestra ley civil considera bienes fuera del comercio a aquéllos cuya transmisión está expresamente prohibida, sea por la ley, sea por actos jurídicos cuando el mismo Código permite tales prohibiciones.

Así son inenajenables los bienes del dominio público (art. 237 CCyC).

En cuanto a los bienes de los particulares, pueden establecerse cláusulas de no enajenar pero con ciertos límites establecidos en el art. 1972 CCyC. Ese dispositivo establece que en los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas. Y en los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años.

b) Limitaciones convencionales a la división del condominio

Idénticas limitaciones existen en materia de condominio. El art. 2000 CCyC autoriza la cláusula de indivisión, pero limitada al término de diez años.

c) Derechos inenajenables

La inenajenabilidad puede referirse también a derechos. Así, el derecho del locatario puede resultar no transmisible, pues es legítima la cláusula por la cual esa calidad no pueda cederse, tanto como la que subordina esa cesión a la conformidad del propietario locador (arts. 1213 y 1636 CCyC).

Del mismo modo, a veces la ley prohíbe la transmisión de ciertos derechos en orden a la protección de las personas. Verbigracia, no pueden cederse el derecho a los alimentos futuros (arts. 539, 540 CCyC), el derecho real de habitación (art. 2160), los derechos inherentes a la persona humana (art. 1617 CCyC).

d) Importancia de la clasificación

Las cosas calificadas como absoluta o relativamente fuera del comercio no pueden ser objeto de actos jurídicos de enajenación, bajo pena de nulidad. Salvo, naturalmente, que se cumplan los recaudos previos de autorización en los casos de las relativamente inenajenables o se proceda a la previa desafectación de modo de incluirlas en el comercio. Así, las cosas que pertenecen al dominio público del Estado pueden ser enajenadas si previamente se las desafecta por ley del Congreso del Estado al cual pertenezcan.

Amén de ello, las cosas que no son susceptibles de una adquisición privada no pueden adquirirse por prescripción (arg. arts. 3951 y 3952), lo que excluye a las cosas del dominio público y, en general, a las que están fuera del comercio.

IV. EL DINERO

14. Introducción

No es posible efectuar una descripción de las cosas como objeto de las relaciones jurídicas, y como paso previo al estudio del patrimonio, sin ponderar las nociones de dinero y moneda.

Es que no escapa a la experiencia de nadie que el dinero constituye un bien que, al menos como primera función, se presenta como la unidad de medida de todos los demás bienes.

Por lo demás, el dinero se manifiesta a través de la moneda, que se presenta en forma de metal acuñado o papel (billetes), la que desde el punto de vista jurídico es una cosa, que podría ser calificada de fungible, divisible y consumible.

Amén de ello, el ordenamiento jurídico privado, manifestado principalmente en el CCyC, hace referencia al dinero, en la regulación de las obligaciones de dar sumas de dinero y en otros innumerables preceptos.

De allí que debamos dar una noción de los conceptos de dinero y moneda, así como de sus funciones, y una brevísima referencia a su régimen legal en nuestro país.

15. Concepto de dinero

El dinero es una *unidad ideal de medida de los valores patrimoniales; y que constituye medio irrecusable de extinción de las obligaciones impuesto por el Estado como tal a través del curso legal.*

16. Concepto de moneda

La moneda es el símbolo representativo del dinero.

Así, todos sabemos que el dólar es la moneda representativa del dinero de los Estados Unidos, o la libra en Gran Bretaña.

17. Relaciones entre el dinero y la moneda

El dinero, como unidad ideal, es un concepto abstracto, universal. De allí que el dinero existe en todas las comunidades en las que se ha superado el trueque, y se ha aceptado la división del trabajo entre sus integrantes, aceptándose algo (metales preciosos, animales, cereales) como medida común de los bienes.

La moneda, en cambio, es un concepto local. Su valor en concreto depende de la economía de cada país, estando sujeto a las normas jurídicas que establecen ese valor y a las contingencias económicas que inciden sobre él: inflación, deflación, etc. (Bonet Correa).

Este "localismo" del concepto de moneda autoriza a considerar como "dinero" —desde un punto de vista exclusivamente jurídico— sólo a la moneda nacional, reservando a las monedas extranjeras roles distintos.

Por esa razón algunos autores distinguen entre dinero en sentido amplio, como medida de valor, y dinero en sentido estricto, aludiendo a la moneda que tiene curso legal en un Estado en virtud de las normas jurídicas que así lo imponen (Castán Tobeñas). En definitiva, es la misma concepción que seguimos nosotros al separar "dinero" de "moneda".

18. Curso legal y curso forzoso

Es muy común la utilización de las expresiones curso legal y curso forzoso como si fueran sinónimas; pero en realidad no lo son.

Por ello procederemos a definir ambas ideas.

a) Curso legal

Moneda de curso legal es aquella que el acreedor no puede rehusar, rechazar, si le es ofrecida por el deudor en pago de una obligación dineraria o que sólo puede expresarse en dinero.

En otras palabras, *moneda de curso legal es moneda de aceptación irrecusable.*

b) Curso forzoso

Curso forzoso significa *la calidad de curso legal aplicada al papel moneda inconvertible.*

Contiene pues dos elementos: la regla del curso legal, vinculada a la relación acreedor-deudor, y la regla de la inconvertibilidad, vinculada a la relación del emisor del billete y su tenedor.

19. Los valores de la moneda

Pueden reconocerse tres valores de la moneda: el valor intrínseco, el valor nominal y el valor de cambio.

a) Valor intrínseco

El valor intrínseco corresponde al valor del metal con que la moneda está acuñada. Responde exclusivamente a la moneda metálica, comúnmente en oro o plata.

b) Valor nominal

El valor nominal corresponde al asignado por el Estado al crear la moneda, y que se vincula con la unidad ideal (dólar, peso, marco). En situaciones de normalidad económica, se ha reconocido que el deudor está obligado a pagar una cantidad de signos monetarios igual a la que constituye su obligación; de modo que si se comprometió a pagar 10 pesos, cumple entregando signos monetarios que, conforme a su valor nominal, representen 10 pesos.

c) Valor de cambio

El valor de cambio o valor funcional corresponde a los bienes o servicios que pueden ser obtenidos con la moneda. Es una suerte de valor real, que se mide no en función del parámetro ideal fijado por el Estado, sino por su capacidad de adquirir bienes o servicios. Se lo denomina también valor adquisitivo.

20. Nominalismo y valorismo

a) Nominalismo

El derecho privado patrimonial codificado se sostuvo sobre la idea del nominalismo. Como decíamos, el deudor sólo estaba obligado a entregar la cantidad de signos monetarios que representaran el importe nominal de su deuda en el origen de ella.

Esta tesis fue defendida rigurosamente por numerosos autores y tuvo una vigencia casi universal.

Ha sido recogida en numerosos textos legislativos de manera expresa y general, como en el Código italiano de 1942 y el Código Civil boliviano de 1975; en otros se infiere su existencia.

b) Valorismo

La tesis nominalista se reveló insatisfactoria frente a grandes procesos inflacionarios como el que afectó a Alemania en el período posterior a la Primera Guerra Mundial, por lo que el Supremo Tribunal del Reich abandonó la tesis nominalista, para adherir al realismo o valorismo monetario.

Esta tesis propicia la ponderación del valor de cambio o valor adquisitivo de la moneda. Es éste el que determina si el deudor cumple o no adecuadamente su prestación; de modo que el deudor debe entregar la cantidad de signos monetarios que permitan al acreedor obtener la misma cantidad de servicios o bienes que podría haber recibido con esa suma de dinero al tiempo en que la obligación se contrajo o se hizo exigible, según los casos.

c) Distinción entre obligaciones de dinero y de valor

Algunos autores distinguieron entre obligaciones de dinero y de valor, concibiendo a estas últimas como aquéllas en que el deudor no debe una cantidad nominal de signos monetarios (un *quid*), sino un *quantum*, un valor. Por ejemplo, es obligación de valor la de pagar una indemnización de daños y perjuicios, o la de satisfacer el monto de una expropiación.

Esta tesis fue inicialmente desarrollada por Nussbaum, y encontró gran eco en nuestro país.

En realidad es un subterfugio para eludir el nominalismo, y en definitiva es un sistema injusto pues también el acreedor de una obligación dineraria tiene la expectativa de un valor (conf. Trigo Represas).

Por ello, en definitiva, debió recurrirse al valorismo o realismo monetario.

d) El valorismo en la jurisprudencia argentina

El valorismo hizo su ingreso en la Argentina a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación iniciada en 1976, nacida como respuesta de los tribunales a los graves problemas que acarreó el fenómeno hiperinflacionario producido a partir de las medidas económicas de junio de 1975, conocidas popularmente con el nombre de "rodrigazo", por razón de su mentor, el entonces ministro de Economía Celestino Rodrigo.

El criterio sentado por la Corte, y que asumieron luego todos los tribunales nacionales, era que la actualización de las obligaciones dinerarias no las hace más onerosas en su origen, sino que sólo tiende a mantener su valor real.

Es más, ha afirmado la Corte, en reiteradas oportunidades, que la actualización de los créditos tiene fundamento constitucional, pues se halla en juego la garantía de la propiedad.

e) Crítica del valorismo

En síntesis, nuestro país ingresó al terreno del valorismo monetario por vía de la jurisprudencia, lo que provocó desajustes evidentes.

Ello se manifestaba en la anarquía que existía en materia de índices, en el crecimiento muchas veces impensado de las deudas (como sucedió con la famosa comunicación 1050 del Banco Central, que dio lugar a numerosos pronunciamientos judiciales), al establecimiento en los contratos de cláusulas de ajuste, cada vez más complejas y difíciles de comprender por las personas que generalmente, se limitaban a adherir a ellas, etc.

Por otro lado, una parte relevante de la doctrina señalaba que la indexación permanente de la economía importaba realimentar la inflación (Nussbaum), y que con este sistema valorista, la moneda perdía su significado (Bosch). También hemos apuntado en trabajos anteriores que la indexación constante provocaba un nocivo acostumbramiento a la inflación.

Pero lo cierto es que en una economía permanentemente desquiciada como consecuencia de una inflación crónica y con picos hiperinflacionarios agudos periódicos, el valorismo servía como instrumento para evitar la también notoria injusticia que podía llegar a representar el cumplimiento de una obligación con una moneda totalmente envilecida.

De modo que la cuestión caía en un círculo vicioso, del cual era causante la inflación persistente.

21. Nominalismo y obligaciones de valor en el CCyC

El parágrafo 6 de la Sección 1ª del Capítulo 3 del Título I del Libro Segundo del CCyC trata de las obligaciones de dar dinero.

En ese parágrafo 6 incluye dos normas que consagran respectivamente el principio nominalista, pero morigerado con el reconocimiento expreso de existencia de cierta especie particular que son las obligaciones de valor.

El nominalismo aparece consagrado en el art. 766, conforme al cual "*El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada*".

Con lo cual el deudor de 100 pesos se libera entregando 100 pesos —con más los intereses si correspondieran—. Ello más allá de los avatares de la moneda designada como objeto de la obligación.

Pero, como decíamos, ese principio aparece moderado en el mismo CCyC, pues el art. 766 prevé: "*Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección*".

Esta última disposición comentada reconoce las denominadas obligaciones de valor, con lo cual el deudor se liberará entregando la cantidad de dinero que corresponda al real valor de la prestación debida; o sea que si es una indemnización de daños, no se tomará en cuenta el valor histórico de la cosa dañada sino el valor real que ella tenga en el momento más cercano a la sentencia.

Una vez determinado el valor en una suma cierta, se aplican las reglas que corresponden a las obligaciones de dar dinero.

22. Retorno al nominalismo: La ley 23.928

a) Principio general

La ley 23.928 —denominada de Convertibilidad del Austral— impuso el nominalismo en su art. 7, conforme al cual el deudor de una obligación de dar una suma de australes se liberará entregando la cantidad nominalmente expresada, y no se admitirá ningún mecanismo de repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa.

Es importante señalar que el régimen de convertibilidad establecido por la ley 23.928 fue abandonado a partir del 6 de enero de 2002, fecha en que se sancionó la Ley de Emergencia Pública 25.561.

Sin embargo, la ley 25.561 no derogó el mencionado art. 7 de la ley 23.928, sino que se limitó a darle un nuevo texto que no modifica su esencia. Hoy en día entonces, el art. 7 de la ley 23.928 dice: "El deudor de una obligación de dar una determinada suma de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley".

De donde el nominalismo impuesto por la Ley de Convertibilidad 23.928 subsiste luego del abandono de la convertibilidad por la ley 25.561.

23. Contratación en moneda extranjera

a) Antes del CCyC

En el mensaje de elevación del proyecto que se convirtió en Ley de Convertibilidad 23.928, se lee que se persigue solucionar el viejo problema de la eficacia cancelatoria de la moneda extranjera. Para ello la ley 23.928 modificó dos preceptos del Código Civil de 1869. El art. 617 quedó así redactado: "*Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero*".

Y el art. 619 decía: "*Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento*".

Con ello la legislación aseguró que la obligación de dar divisa extranjera recibiera el mismo tratamiento que la obligación de dar dinero (nacional). De esta forma se solucionaban muchos problemas; entre ellos, el de la constitución de garantías en moneda extranjera.

Y del mismo modo quedó establecido que el deudor sólo se liberaría entregando la divisa prometida, con lo que —al menos como regla general— queda excluido el cumplimiento por equivalente.

La ley 25.561 sancionada el 6 de enero de 2002 abandonó el sistema de convertibilidad. Sin embargo, mantuvo las reformas al Código Civil, establecidas por la ley 23.928; por lo tanto los arts. 617 y 619 del Código derogado, así como su art. 623, referido al anatocismo, conservaron la redacción que les dio la Ley de Convertibilidad 23.928.

b) Contratación en moneda extranjera en el CCyC

Por supuesto que en la Argentina es legal contratar en moneda extranjera. El tema radica en determinar si el deudor en moneda extranjera se libera sólo entregando la moneda extranjera prometida

o si podría liberarse entregando moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha del pago.

El Anteproyecto elaborado por la Comisión mantenía la solución que se había establecido desde la Ley de Convertibilidad; esto es, considerar a la obligación de dar moneda extranjera como obligación de dar dinero y como consecuencia que el deudor sólo se libera entregando la especie extranjera prometida.

Pero ello fue cambiado por el Congreso y el art. 765, segundo párrafo, dice: "*Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal*".

Con lo que se volvió a la solución del Código Civil de 1869.

La vigencia de este art. 765 crea numerosos problemas, entre los cuales está el de determinar si es una regla imperativa o si las partes podrían dejarla de lado en sus contratos; y si se aplica a los contratos celebrados antes del 1 de agosto de 2015.

De todos modos cabe puntualizar que en materia de contratos bancarios, se prevé expresamente que el deudor debe entregar la moneda pactada (arts. 1390 y 1408).

V. LOS TÍTULOS VALORES

24. Concepto

Por regla general, los derechos se tienen sin perjuicio de que se cuente o no con un documento que los instrumente o pruebe. Así, se puede ser acreedor sin necesidad de contar con ningún instrumento escrito, pues normalmente el solo consentimiento de las partes, expresado sin formalidad alguna, puede dar lugar al nacimiento de un contrato del cual emana un crédito para una de las partes y una obligación para la otra.

Pero hay algunos supuestos en los cuales la titularidad del derecho va ligada indisolublemente a la posesión de un documento, de un papel, en el que consta la existencia de ese derecho, que sólo puede ser ejercido por quien tenga en su poder dicho documento.

Esto es el "título valor", definido hace muchos años por Vivante como "documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en él expresado".

Ejemplo de los títulos valores son los pagarés, los cheques, las acciones de sociedades anónimas, los títulos públicos emitidos por el Estado como los Bonos Externos o cualquier otro título de la deuda pública interna o externa.

25. Metodología del CCyC

El CCyC contiene reglas generales sobre los títulos valores; han sido incluidas en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 6, o sea dentro de las fuentes de las obligaciones.

Son definidos por el art. 1815 diciendo "*Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo...*". El CCyC contiene reglas generales, mientras que la legislación especial trata de las distintas especies: cheques, letra de cambio, pagaré, etc.

26. Caracteres fundamentales

Los títulos valores tienen características fundamentales, que son reconocidas en la regulación de los distintos tipos de ellos.

Sin pretensión de agotar su enumeración, señalamos que esos caracteres fundamentales son la incorporación, la literalidad, la autonomía, la abstracción y la legitimación.

a) Incorporación

El firmante del título (v.gr., el librador del pagaré) incorpora al documento una declaración de voluntad, incondicionada e irrevocable, de carácter constitutivo y con alcance patrimonial, mediante la cual se coloca en situación de obligado ante quien resulte portador del documento.

De este modo, el art. 101 del decreto ley 5965/1963 —Régimen de la Letra de Cambio y Pagaré— establece que el pagaré debe con-

tener, entre otros recaudos, la promesa pura y simple de pagar una suma de dinero y la firma del librador (incs. 2 y 7).

b) Literalidad

Significa que el derecho incorporado al título valor se delimita, en punto a su naturaleza, calidad y contenido, por lo expresado en el título.

De allí que no puede recurrirse a otros documentos o medios probatorios para acreditar que el derecho tenga un contenido o extensión distinto al expresado en el título.

Así, si en el pagaré se promete pagar 100, el acreedor no podría pretender que se debe más, ni el deudor que se debe menos (completividad de la letra o pagaré).

c) Autonomía

Cada adquisición del derecho es autónoma respecto de los anteriores y posteriores tenedores del título.

De modo que quien es obligado a pagar la letra de cambio o el pagaré no puede oponer, al portador actual que lo presenta al cobro, las defensas que tuviere contra anteriores tenedores del pagaré o letra (art. 1816 CCyC).

d) Abstracción

Es irrelevante la causa por la cual se ha creado el título valor.

De modo que, si alguien ha librado un pagaré, para instrumentar una deuda de juego, no puede invocar la ilicitud de tal causa para exonerarse de su pago. El art. 1821 CCyC enumera las defensas que puede oponer el deudor y no menciona ninguna relativa a la causa.

e) Legitimación

El portador del título es quien tiene el derecho, está legitimado para ejercerlo, siempre que lo haya adquirido de buena fe (art. 1819 CCyC).

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN RELACIÓN A LAS PERSONAS

27. Criterios clasificatorios

El CCyC trata los bienes del dominio público (art. 235); de los bienes del dominio privado del Estado nacional, provincial o municipal (art. 236), y finalmente de los bienes de los particulares (arts. 238 y 239).

28. Dominio público

a) Concepto

Son bienes del dominio público aquellas cosas muebles o inmuebles, que siendo de propiedad del Estado nacional o de los estados provinciales, o de los municipios, están destinados a satisfacer una finalidad de utilidad pública y librados al uso general y gratuito de todos los particulares.

b) Naturaleza

La doctrina mayoritaria afirma que en materia de dominio del Estado no puede hablarse de dominio en el sentido del Código Civil; más allá de que no puede encontrarse el título para ese dominio, lo cierto es que los bienes que lo integran carecen de valor patrimonial, y no puede pensarse en que el Estado ejerza las atribuciones propias del dueño; verbigracia, el Estado no podría hipotecar ni vender el mar territorial.

De allí que el Estado no tiene más que una facultad reglamentaria del uso de los bienes (Bielsa) o, si se quiere, una "propiedad" en el sentido constitucional del término, regulada por normas específicas del derecho público.

Ello sin perjuicio de que el Estado pueda ejercer algunas facultades semejantes a las del dominio privado, como reivindicar, ejercer acciones posesorias, disponer de los frutos, etc.

c) Atribución del dominio público

La atribución del dominio al Estado nacional, a las provincias o a los municipios, se hace sobre la base de la interpretación de las

disposiciones de la Constitución Nacional, a la que remite el art. 237 CCyC.

De todos modos, es una cuestión que en algunas materias, como las aguas, da lugar a innumerables dificultades. El examen de ellas corresponde compartidamente al derecho de aguas, al derecho constitucional y al derecho administrativo.

d) Caracteres

Los bienes que integran el dominio público, mientras no sean desafectados y dejen de pertenecer a él son inenajenables, inembargables e imprescriptibles (art. 237 CCyC). Los particulares tienen su uso y goce sujeto a las disposiciones generales y locales.

e) Enumeración

El art. 235, enumera los bienes que pertenecen al dominio público. Entre ellos están el mar territorial, las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros; los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los glaciares, las islas que no pertenezcan a particulares, el espacio aéreo, etc.

Esa enumeración es puramente ejemplificativa, pues además de los allí contemplados, forman parte del dominio público otros bienes que pueden ser declarados tales por otras leyes.

Por ejemplo, el mismo CCyC establece, en el segundo párrafo del art. 239 —referido a las aguas— que "*Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales...*".

29. Dominio privado del Estado. Concepto y caracteres

El dominio privado del Estado nacional, provincial o municipal es un verdadero derecho de dominio, regido por las normas del derecho privado.

El CCyC enumera los bienes que forman parte del dominio privado (art. 236), incluyendo a los inmuebles que carecen de dueño, los lagos no navegables que carecen de dueño, las cosas muebles de dueño desconocido, los adquiridos por cualquier título y las minas según lo normado por el Código de Minería.

Pero no contiene ninguna otra disposición, por lo que, como decíamos, el dominio privado del Estado queda regido por las mismas reglas que son aplicables al dominio de los particulares.

30. Bienes de los particulares

Todos los bienes que no son del Estado nacional, de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de los municipios, son bienes de los particulares, sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos, salvo lo previsto en leyes especiales (art. 238).

31. Aguas de los particulares

Una disposición novedosa es la del art. 239 que trata de las aguas de los particulares. Tal precepto dispone: "*Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho.*

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

ALEGRIA, Héctor – RIVERA, Julio César, *La Ley de convertibilidad*, Buenos Aires, 1991; BONET CORREA, José, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981; HIRSCHBERG, Eliyahu, *El principio nominalista*, trad. DE ROIMISER, Jorge Manuel y COHEN DE ROIMISER, Mónica G., Buenos Aires, 1976; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Evolución histórica del Derecho Registral Inmobiliario*, (dir.) Alberto D. Molinario, Buenos Aires, 1971, p. 139; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, 1960; NUSSBAUM, Arturo, *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. y notas de Alberto Schoo, Buenos Aires, 1954; PANDIELA MOLINA, Juan Carlos, "Bienes y vivienda protegida", en RIVERA (dir.) – MEDINA (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 115.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

PANDIELA MOLINA, Juan Carlos, "Vivienda protegida", *RDPyC* 2012-2-245; RIVERA, Julio C., "El derecho de las obligaciones y la inflación", en *RDP* 1984-524; íd., en *Revista Judicial*, San José de Costa Rica, n. 28, 1984, p. 73.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 21/5/1976, ED 67-410.
CSN, 23/9/1976, ED 69-189, ED 70-187.
CSN, 22/9/1977, ED 75-160.
CSN, 21/5/1976, ED 67-410.

CAPÍTULO XVIII

EL PATRIMONIO

I. PATRIMONIO. CONCEPTOS GENERALES

1. Ausencia de definición legal

El Código Civil de Vélez Sarsfield definía el patrimonio como *El conjunto de los bienes de una persona* (art. 2312). El CCyC se refiere en innumerables oportunidades al patrimonio tanto de las personas humanas como de las personas jurídicas, pero no lo define.

En vez de ello, trae dos arts. 15 y 16, que generan algunas dudas y a los cuales nos hemos referido en el capítulo anterior.

De todos modos y más allá de la técnica legislativa empleada, el patrimonio es el conjunto de los bienes de una persona.

2. Integración del patrimonio

La doctrina ha llegado a la conclusión que el patrimonio está integrado por derechos sobre los bienes. Los bienes y cosas son sólo mediatamente el contenido del patrimonio.

Ello aparece reflejado (con las salvedades ya hechas) por el art. 15 CCyC cuando dice: "*Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código*".

El pasivo —compuesto por las deudas— no forma parte del patrimonio sino que lo grava.

3. Bienes y cosas

El primer párrafo del art. 16 CCyC dice: "*Los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas*".

En definitiva bienes es una noción genérica que abarca derechos inmateriales (un crédito) y cosas. La expresión cosas comprende a exclusivamente los bienes materiales. Estos conceptos los hemos tratado en el capítulo precedente.

4. Derechos sobre el cuerpo humano

Si bien los derechos sobre el cuerpo humano se tratan en otra parte de esta obra, señalamos que el art. 17 CCyC dispone que "*Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales*".

Cabe anticipar que ciertas partes renovables del cuerpo humano pueden ser objeto de negocios jurídicos onerosos una vez desprendidas de él, como ser los cabellos o la leche materna.

Los gametos pueden ser dados a los efectos de una fecundación asistida; y el dador puede recibir una razonable compensación.

En el texto original del Anteproyecto se preveía la denominada "gestación por otro" o "maternidad subrogada". En ese caso se preveía también una compensación a favor de la madre gestante.

En cambio la ley 22.990 dispone que "Todo acto de extracción de sangre humana efectuado a donantes, se encuentra eximido de toda exigencia de pago alguno".

5. Derechos de las comunidades indígenas

El art. 18 CCyC dispone que "*Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional*".

El Anteproyecto preveía la regulación de la propiedad indígena como derecho real, pero ello fue rechazado por las mismas comunidades, pues esa propiedad comunitaria no debería ser tratada como un derecho patrimonial privado, equivalente al derecho individual de propiedad. De allí que el art. 18 CCyC se limite ahora a reproducir lo previsto por la CN y remita a una ley especial que regulará tal propiedad comunitaria.

6. Funciones de la noción de patrimonio

a) Función de garantía; regla general

Aunque más adelante nos hemos de referir a la naturaleza del patrimonio, es preciso destacar inicialmente cuál es la principal función del concepto de patrimonio.

Para ello debe tenerse en cuenta que el patrimonio aparece como una idea que cohesiona, vincula, liga, los derechos de contenido económico de una persona (física o jurídica).

Si Pedro es titular del dominio de un automóvil y de un inmueble, usufructuario de otro inmueble, locatario de un fondo de comercio y acreedor prendario de unas acciones de sociedad anónima, todos esos derechos pueden ser concebidos aisladamente, o pueden ser entendidos como "un patrimonio", en tanto y en cuanto están unificados en un mismo titular.

¿Qué sentido práctico tiene esa vinculación?; ¿Qué función se asigna a ese patrimonio?

La función de identificar un patrimonio, como conjunto de derechos de contenido económico que pertenecen a un mismo titular, radica en que *ese patrimonio responde por las deudas de ese sujeto titular del mismo, cualesquiera sean los derechos actuales o futuros que lo compongan.*

De modo que si mañana el patrimonio de Pedro viene a estar integrado por el dominio de acciones de sociedades anónimas, las joyas heredadas de su madre, y un derecho de concesión minera, será el mismo patrimonio que antes (v. art. 743 CCyC), y responderá igualmente por las deudas que Pedro hubiera contraído.

El patrimonio entendido como conjunto de los derechos económicos de una persona, es la garantía común de todos los acreedores

de ese sujeto, cualesquiera sean los bienes que lo compongan, y ésta es la principal función de la idea de patrimonio concebida como cohesionante de derechos diversos sobre bienes distintos.

b) Texto legal

Así lo prevé ahora expresamente el art. 242 del CCyC: "Garantía común. *Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables*".

La idea se reitera en el art. 743 conforme al cual "*Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores*", El segundo párrafo del art. 242 trata de los patrimonios especiales, cuestión que trataremos más adelante.

II. CARACTERES DEL PATRIMONIO. LA CUESTIÓN DE LA UNIDAD Y NECESIDAD

7. El patrimonio como atributo de la personalidad

La construcción de la doctrina del patrimonio es obra de la dogmática del siglo XIX. Se origina en las enseñanzas de Zachariae, y su sistematización definitiva es obra de Aubry y Rau.

En definitiva propone que el patrimonio es una universalidad de bienes, que toda persona tiene necesariamente un patrimonio y sólo un patrimonio, el cual es inajenable y opera como garantía de las obligaciones de su titular.

El patrimonio está gravado por las deudas que contrae el titular; pero los acreedores no pueden ir contra el patrimonio en sí, sino sólo contra los bienes que lo integran, individualmente considerados. Esto es una regla general, que obviamente, se excepciona en el caso de la quiebra; pues en esa hipótesis todos los bienes del deudor quebrado —salvo los indispensables para conservar una existencia digna— son objeto de desapoderamiento y se liquidan para formar, con ello, una masa de dinero que se reparte entre los acreedores a prorrata de sus acreencias.

Y, finalmente, cuando el titular del patrimonio muere, el patrimonio se transmite bajo el nombre de herencia.

8. Objeciones

Los autores han señalado que hay personas que no tienen patrimonio y —a la vez— que cada vez más se reconoce la existencia de patrimonios especiales, por lo que la persona puede ser titular de más de un patrimonio.

En el derecho argentino ello se concretó de manera definitiva con la sanción de la ley 24.441 que regulaba el fideicomiso. El fideicomiso importa la creación de un patrimonio separado en cabeza del fiduciario, quien por lo tanto tiene un patrimonio general, y la propiedad fiduciaria de los bienes que constituyen ese patrimonio que no responde por las deudas del fiduciario ni por las del fiduciante (art. 14, ley 24.441). Ello está ahora consagrado de ese modo en el CCyC que regula expresamente el contrato de fideicomiso (arts. 1666 y ss.).

Y por ello el art. 242, *in fine* del CCyC dispone: "*Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran*".

III. LOS PATRIMONIOS ESPECIALES

9. Concepto e importancia actual

El patrimonio es prenda común de los acreedores (art. 242 CCyC). Ello significa que los derechos que lo componen responden por las deudas de su titular; de modo que el derecho positivo acuerda a esos acreedores acciones tendientes a hacer efectivos sus créditos sobre *todos* los bienes (acciones ejecutivas, preventivas; integrativas del patrimonio, ejecución colectiva).

Pero los autores subrayan la importancia que adquieren en el tráfico moderno los denominados patrimonios separados o especiales; esto es, aquellos que por una autorización legal y en virtud de determinada finalidad a la que se destinan los bienes que lo componen, están excluidos de la regla general de responsabilidad por todas las deudas del titular, para responder sólo a determinadas obligaciones.

Por ejemplo, los bienes con los que se forma el patrimonio de una sociedad unipersonal, responden sólo a las deudas que se contraen en el ejercicio de la actividad "social". De modo que los acreedores cuyos títulos hayan nacido de esa actividad podrán cobrarse sólo de los bienes que forman el patrimonio de esa sociedad, no pu-

diendo agredir el patrimonio general u otros patrimonios especiales del deudor. A la vez los acreedores cuyos créditos se hayan originado en causas ajenas a la gestión social podrán agredir los bienes del patrimonio general, pero no los del patrimonio "social". La sociedad de un solo socio ha sido incorporada a nuestra legislación por la misma ley que sancionó el CCyC y ha reformado la Ley General de Sociedades.

a) Caracteres

De lo expuesto surge cuáles son las características de estos patrimonios separados:

— para su existencia es necesaria una autorización legal, pues se trata de una excepción al principio general. Ello no descarta que la autorización legal sea ejercida en razón de un acto de voluntad privada, verbigracia, mediante la constitución de una sociedad unipersonal;

— son independientes del patrimonio general;

— responden sólo por determinadas deudas y no por otras.

b) Casos o supuestos de patrimonios especiales en el derecho vigente

En el derecho argentino se considera que son patrimonios especiales:

— el patrimonio del causante, mientras se mantenga separado del de los herederos (arts. 2317, 2321 y 2322, CCyC);

— el patrimonio del declarado presuntamente fallecido durante el denominado período de prenotación (art. 91 CCyC);

— el patrimonio del emancipado, constituido con los bienes recibidos a título gratuito (art. 29, CCyC);

— El patrimonio fideicomitido en el contrato de fideicomiso;

— Algunos autores incluyen el patrimonio del quebrado;

— *Las fundaciones*

La fundación vincula un patrimonio a un fin socialmente útil. En nuestro derecho la fundación es tratada como una persona jurídica, titular de un patrimonio de afectación. Pero en algunos ordenamientos en cambio, la fundación es tratada como un mero patrimonio de afectación.

Sin embargo, la práctica más usual para crear patrimonios separados por la sola voluntad de la persona ha sido la utilización de personas jurídicas, fundamentalmente, sociedades con responsabilidad limitada, como la anónima; en algunos países se ha regulado la "empresa individual de responsabilidad limitada". Como hemos anticipado, la sociedad unipersonal ha sido incluida en la ley general de sociedades, aunque con serias restricciones.

IV. LOS DERECHOS PATRIMONIALES

10. Introducción

Hemos dicho que el patrimonio no se compone propiamente de cosas, sino de los derechos que se tienen sobre los bienes (arts. 15 y 16 CCyC).

De modo que el patrimonio está integrado por los denominados "derechos patrimoniales", que conforme a un criterio tradicional son de dos clases: derechos reales y derechos personales o creditorios, a los que se han agregado hace ya tiempo los derechos intelectuales.

Este criterio dual de clasificación de los derechos patrimoniales en reales y personales se plasmó en el Código Civil de 1869 y se conserva en el CCyC.

Se evidencia en que después del tratamiento de los derechos extrapatrimoniales (vinculados a la persona, Libro Primero; y a la familia, Libro Segundo), se trata de los derechos personales (Libro Tercero), de los derechos reales (Libro I Cuarto) y de las disposiciones comunes a los derechos reales y personales (Libro Sexto).

11. Los derechos reales

a) Definición legal

De acuerdo con el art. 1882 del CCyC *"El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su*

objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código".

b) Definición en la doctrina

En otra obra hemos seguido la definición de Aubry y Rau, para quienes hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida, total o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a toda otra persona.

c) Elementos

La definición legal —como las doctrinarias— indican que el derecho real tiene —en principio— sólo dos elementos:

— el sujeto, titular del derecho (propietario, usufructuario, acreedor hipotecario);

— la cosa sobre la cual recae el "poder" del titular.

Este criterio tradicional descarta que exista un sujeto pasivo o deudor en el derecho real sin perjuicio de que existe un deber de respeto generalizado a los derechos oponibles *erga omnes* de los demás (como lo son los derechos reales o los derechos de la personalidad).

Ese deber de respeto no es obligación en sentido jurídico, aun cuando suponga un no hacer, una abstención.

d) Los principios sobre los cuales se funda la regulación de los derechos reales

(i) El principio del número cerrado

La ley impone el marco de los derechos reales, pues no rige aquí el principio de la autonomía de la voluntad. Las personas pueden utilizar sólo los derechos reales autorizados por la ley, y conforme a las reglas tipificantes que ella ha dado para cada uno de los derechos reales autorizados.

A esta idea se la identifica como principio del *numero clausus* (número cerrado); y está expresamente consagrada en el art. 1884 CCyC conforme al cual "Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura"

A su vez el art. 1887 enumera los derechos reales autorizados por el CCyC que son: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado, la superficie, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la hipoteca, la prenda y la anticresis.

Sin embargo, no debe verse en esta enumeración a todos los derechos reales pues otras leyes pueden crear derechos reales no previstos por el Código Civil. Así, existen derechos reales autorizados por la Ley General de la Navegación (hipoteca y prenda naval), por el Código Aeronáutico (hipoteca aeronáutica), por el Código de Minería, etc.

(ii) El principio de convalidación

El art. 1885 establece otro de los principios generales de los derechos reales en nuestro sistema. Es el denominado principio de convalidación, que se expresa diciendo que "*Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada*".

(iii) Efecto absoluto de los derechos reales

La principal característica de los derechos reales es su efecto absoluto. Esto significa que el titular del derecho real lo puede oponer *erga omnes*, a todos, aún a aquellos que no han sido parte de los negocios jurídicos que dieron lugar a la constitución o transmisión del derecho real en favor de su titular actual. Ello se manifiesta en lo que se ha dado en llamar *ius persequendi* y *ius preferendi.*

El *ius persequendi* implica que el titular puede perseguir la cosa en poder de quien se encuentre; así, el dueño puede reivindicarla de su poseedor actual. Y quien compra un inmueble hipotecado debe soportar el derecho real que lo grava, por lo que deberá en su caso soportar la ejecución de la hipoteca sin ser deudor de la obligación que ella garantiza.

Y el *ius preferendi* se ve con claridad en los derechos de garantía: los demás acreedores de mi deudor deben soportar el efecto de la hipoteca que tengo constituida a mi favor, por lo que cobrarán su crédito una vez que haya sido pagado el crédito garantizado con la hipoteca.

Ese efecto absoluto ha sido recogido por la legislación vigente; en efecto, el art. 1886 del CCyC dice: "*Persecución y preferencia. El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente*".

(iv) La regulación imperativa

Los derechos reales tienen —por regla general— una regulación imperativa. Ello ha quedado explícito en el CCyC cuyo art. 1884, primer párrafo, dispone: "*La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley*".

(v) La publicidad de los derechos reales

Justamente por el efecto absoluto que tienen estos derechos, es que se vinculan necesariamente con la idea de publicidad.

Es necesario que los terceros conozcan la situación jurídica de los bienes; si mis bienes no están gravados me darán crédito; o los comprarán sabiendo que no deberán soportar el efecto de una hipoteca o una prenda.

Así, el art. 1893 del CCyC dice ahora: "*La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso*".

12. Los derechos personales o creditorios

a) Concepto

Derechos personales o creditorios (obligaciones si se los mira desde el punto de vista pasivo) son las relaciones jurídicas establecidas entre dos personas, acreedor y deudor, en virtud de las cuales el primero puede exigir del segundo una determinada conducta, denominada prestación (art. 724 CCyC).

b) Elementos

Del concepto puramente introductorio que hemos dado en el número precedente, se desprende que la obligación o derecho de crédito tiene tres elementos:

— el sujeto activo o acreedor, titular del derecho subjetivo;

— el sujeto pasivo o deudor, titular del deber correlativo al derecho subjetivo;

— la prestación, que es la conducta debida, y que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

c) Libertad de creación

En materia de derechos personales, rige el principio de la libertad de creación, de modo que las partes pueden dar a luz todas las figuras de derecho personal que sean útiles a la satisfacción de sus intereses patrimoniales.

Ello se evidencia con el reconocimiento de la legislación de los denominados contratos innominados (art. 970 CCyC), mejor llamados atípicos, que son todos aquellos que no están reglamentados explícitamente por la ley.

Hoy en día los contratos atípicos son probablemente más importantes que los típicos, en cuanto estos últimos responden a una realidad económica decimonónica; la complejidad actual de las relaciones económicas impone la creación de figuras contractuales cada vez más variadas y sofisticadas, y ellas nacen de la práctica negocial, esto es, en definitiva, de la libre voluntad de las partes (regla de la autoconfiguración del contrato).

d) Efecto relativo

Los derechos personales sólo producen efectos entre las partes (acreedor y deudor), por lo que no pueden perjudicar a terceros (art. 1021 CCyC).

13. Diferencias de régimen entre los derechos reales y personales

De lo expuesto hasta aquí, surgen algunas diferencias importantes entre los derechos reales y personales, que nos limitaremos a enunciar.

a) Rol de la voluntad individual

Es en el ámbito de los derechos personales que la voluntad individual se manifiesta con su esplendor, a través de la facultad de autoconfiguración (art. 958 CCyC).

En los derechos reales, en cambio, el espacio de la voluntad individual es mucho más reducido. Los derechos reales que se pueden establecer están enunciados por la ley; y su contenido, sustancialmente predeterminado por ella (arts. 1884, 1887 CCyC).

b) Determinación del sujeto pasivo

Los derechos personales tienen necesariamente un sujeto pasivo, llamado deudor.

Ya hemos visto que en los derechos reales no existe sujeto pasivo, ni general ni individualizado.

c) Ventajas propias de los derechos reales

El *ius persequendi* y el *ius preferendi* son ventajas propias de los derechos reales, corolarios de su efecto absoluto.

De modo que no existen en los derechos personales que, por definición, tienen un efecto relativo, limitado a las partes.

Sin embargo, a veces la ley acude en auxilio de los acreedores que no están provistos de un derecho real de garantía, acordándoles un cierto *ius preferendi*, por vía del establecimiento de privilegios, que son ventajas dadas exclusivamente por la ley a ciertos créditos para que sean pagados con preferencia otros (arts. 2573 y ss.).

d) Nacimiento y extinción por prescripción

Los derechos reales se pueden adquirir por el ejercicio de la posesión de la cosa durante cierto tiempo (prescripción adquisitiva). No así los derechos personales.

Las acciones que emanan de los derechos personales se pueden perder por su no ejercicio durante cierto tiempo (prescripción liberatoria). Los derechos reales no se pierden por el no uso (salvo que durante un cierto tiempo otro haya poseído la cosa, supuesto en el que ése adquirirá por prescripción adquisitiva); exceptuados: el usufructo, el uso y la habitación, que se extinguen por el no uso (art. 2152, inc. b, CCyC), lo mismo que las servidumbres (art. 2183, inc. b).

14. Los derechos intelectuales

a) Concepto

Se denomina derecho intelectual al derecho patrimonial que tiene el autor de una creación del intelecto, en virtud del cual puede aprovechar económicamente esa creación en beneficio propio, dentro de los límites marcados por el ordenamiento jurídico.

b) Especies

Dentro del concepto de creación intelectual, quedan comprendidas las obras literarias, musicales, científicas, así como también pinturas, dibujos, etc. Esto es lo que comúnmente se ha denominado propiedad autoral, derecho de autor o derecho intelectual.

Pero actualmente se extiende la noción a creaciones del intelecto que tienen una finalidad más directamente económica, como lo son las patentes de invención, las marcas y designaciones industriales y comerciales, que conforman lo que se ha dado en denominar propiedad industrial.

Nuevos avances en la materia se producen como consecuencia del impacto tecnológico. Así, se propicia el reconocimiento de un derecho intelectual de los bancos de datos sobre sus propios datos y, para muchos, el *software* es materia comprendida en los derechos intelectuales, de donde su "copia" constituye un delito sancionado

por la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, como se ha decidido ya en nuestro país en la jurisprudencia del fuero criminal.

También existe una protección de esta especie sobre los videos, y en muchos ordenamientos, se reconoce un derecho intelectual en favor de los artistas y ejecutantes que participan en las grabaciones de fonogramas (discos, casetes, videoclips, etc.).

c) Naturaleza. Diferencias con los derechos reales

Si bien tradicionalmente se ha utilizado la palabra "propiedad" para identificar a los derechos intelectuales, como sucede en nuestra ley 11.723, e incluso en el art. 17 de la Constitución Nacional, lo cierto es que no se trata de un derecho real de dominio.

Es que no reposa sobre una cosa en los términos de los arts. 15 y 16 del CCyC, sino sobre un bien absolutamente inmaterial, y en ello radica su autonomía, respecto de los derechos reales (Molinario).

Obsérvese, a título de ejemplo, que el autor de una novela conserva su derecho de propiedad intelectual, que consiste justamente en la explotación económica de aquélla, mediante la venta de cada uno de los ejemplares de su obra; de modo que el dominio de los ejemplares, de cada libro, pasará a quien lo compre, pero el derecho intelectual lo tiene sin duda el autor.

Por otro lado, en nuestro derecho positivo, el dominio es perpetuo (art. 1942 CCyC), mientras que los derechos intelectuales son limitados en el tiempo (art. 17 CN).

En consecuencia, constituye el tercer género de los derechos patrimoniales.

d) El derecho moral del autor

Además del derecho intelectual, que es de contenido patrimonial y autoriza la explotación económica de la creación intelectual, se reconoce la existencia del llamado *derecho moral del autor,* que consiste en el reconocimiento de la paternidad sobre la obra y el derecho de oponerse a su deformación por cualquier modo que fuere.

Se dice en la doctrina que el derecho moral comprende las siguientes atribuciones:

— el derecho al inédito, esto es a no publicar o difundir una obra;

— el derecho a la integridad de la obra, impidiendo que otros la deformen, mutilen o adulteren;

— el derecho al repudio de la obra ajena, cuya paternidad pretenda ser atribuida;

— el derecho al arrepentimiento, que permite modificar la obra ya publicada, o incluso retirarla de la circulación. El ejercicio de estas facultades es absoluto, pero puede dar lugar a las indemnizaciones que correspondan en favor de quienes tuvieren expectativas de ganancia sobre la base de relaciones contractuales establecidas con el autor (por ej., el editor de un libro cuyo autor decide retirarlo de la venta).

e) Legislación argentina

Nuestro derecho positivo ha sido siempre generoso en la tutela de los derechos intelectuales, comenzando por la Constitución Nacional que en su art. 17 establece que *todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley.*

En cumplimiento de la previsión constitucional, en 1864 se sancionó la ley 111 de Patentes de Invención. Actualmente rige la ley 24.481 modificada por la ley 24.572 y por la ley 25.859.

En 1910 se dictó la ley 7022 de Propiedad Científica, Literaria y Artística, sustituida por la ley 11.723 a partir de 1933, en vigor en la actualidad con varias reformas.

En materia de marcas, la primera ley fue la 3975 sustituida por la 22.362.

V. EL PATRIMONIO COMO PRENDA COMÚN DE LOS ACREEDORES

Dijimos antes que la función de identificar un patrimonio, como conjunto de derechos de contenido económico que pertenecen al mismo titular, radica en que *ese patrimonio responde por las deudas de ese sujeto titular, cualesquiera sean los derechos actuales o futuros que lo compongan.*

En forma sintética, esta idea se expresa diciendo que el patrimonio es la prenda común de los acreedores.

En concreto, prenda común de los acreedores significa que todos los bienes que integran el patrimonio o que se incorporen a él, responden por las deudas de su titular, por lo que los acreedores pueden obtener la venta judicial de los mismos para cobrarse de su producido.

16. Recepción legislativa

El Código de 1869 no contenía ninguna disposición que sentara el principio de manera expresa. Ello ha sido superado en el CCyC que lo establece ahora en dos disposiciones: los arts. 242 y 743 a los que ya nos hemos referido.

17. Consecuencias

Del principio expuesto deriva que:

— los acreedores pueden ejercer individualmente acciones para agredir el patrimonio de su deudor a los efectos de obtener satisfacción de sus créditos; y en la medida necesaria para tal satisfacción (art. 743 CCyC);

— en caso de insolvencia, todos los acreedores deben participar del procedimiento colectivo (la quiebra, y también en las soluciones preventivas de ella que todos los ordenamientos organizan) y ese procedimiento comprende todos los bienes que forman el patrimonio del deudor, salvo exclusión legal expresa. Es la universalidad propia de los procedimientos colectivos causados en la insolvencia (en la Argentina: arts. 1 y 111, Ley de Concursos);

— en caso de fraude —enajenación de bienes que integran el patrimonio del deudor de modo de provocar o agravar la insolvencia— los acreedores pueden ejercer una acción integrativa del patrimonio que en el derecho común es la acción pauliana y que cuando se ejerce en la quiebra es —en la Argentina— denominada acción revocatoria concursal.

18. Distintas clases de créditos

a) El principio de igualdad de los acreedores

Un principio fundamental en la materia es el de la igualdad de los acreedores. El CCyC consagra este principio de manera explícita en el art. 743 diciendo: "Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia".

Esto significa que en el supuesto de la impotencia del patrimonio para responder a las obligaciones que lo gravan, el producido de los bienes que lo integran se debe repartir entre los acreedores en proporción al monto del crédito de cada uno. Salvo que exista una causa legal de preferencia; esas causas son los privilegios —de origen legal— y las garantías convencionales (hipoteca, prenda).

De allí que, como se verá, los créditos provistos de privilegio son una excepción a esa regla, y por ello, los privilegios son de creación puramente legal, no se extienden a los accesorios del crédito y son de interpretación estricta (arts. 2574, 2577 CCyC).

De acuerdo con este principio y sus excepciones, se reconocen diversas clases de créditos, que tratamos a continuación.

b) Créditos quirografarios

Son los créditos comunes, no acompañados de ninguna preferencia (privilegio o garantía real). En caso de insolvencia, perciben sus créditos después de que han sido satisfechos los créditos preferidos, a prorrata del monto de sus acreencias (art. 2581 CCyC).

c) Créditos privilegiados

El art. 2573 dice: "*Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro*", y "*...resultan exclusivamente de la ley*" *(art. 2574 CCyC)*.

El privilegio es entonces una *causa legítima de preferencia,* que tiene las siguientes características:

— es creada exclusivamente por la ley; de donde el deudor no puede crear privilegio en favor de ninguno de sus acreedores (art. 2574);

— es accesoria al crédito, por lo que se transmite junto con el crédito (art. 2576);

— por ser una excepción a la regla general de igualdad de los acreedores, es de interpretación estricta; por lo que salvo disposición legal expresa, asegura sólo al capital debido y no a los intereses de éste (art. 2577 CCyC).

Las razones por las cuales la ley acuerda preferencia a ciertos créditos están vinculadas al interés general (privilegio en favor de los impuestos debidos al Estado general o particular), o a la tutela de personas que no pueden reclamar una garantía para el pago de sus créditos (privilegio en favor de los salarios, de los gastos de última enfermedad, de sepelio).

d) Créditos con garantía real

Los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda), son también una causa legítima de preferencia, por lo que también se traducen en el derecho a percibir el crédito garantizado excluyendo a los restantes acreedores del producido del bien afectado a la prenda o hipoteca, hasta el límite de la satisfacción del crédito garantizado.

Esas garantías son:

— de origen convencional, pues no existen garantías reales legales o judiciales;

— son accesorias siempre de un crédito al que garantizan;

— generan el derecho del acreedor de perseguir la cosa en poder de quien se encuentre y ejecutarla judicialmente, excluyendo de su producido a los restantes acreedores.

19. Efectos de la regla de la prenda común

Como decíamos arriba, el principio de que el patrimonio es prenda común de los acreedores, autoriza a éstos a ejercer las acciones judiciales tendientes, en definitiva, a vender judicialmente los bienes que integran ese patrimonio, para cobrarse de su producido.

Por ello, se organizan diversas medidas judiciales que se ordenan a ese fin. A ellas nos dedicaremos seguidamente.

a) Medidas precautorias

También llamadas medidas cautelares, tienden a asegurar el cumplimiento de una sentencia futura. Desde antes de la iniciación del proceso hasta el momento de su conclusión, pueden disponerse por el juez ciertas medidas autorizadas por las leyes procesales, que persiguen individualizar ciertos bienes en el patrimonio del deudor que respondan al cumplimiento de esa sentencia (embargo), o a impedir el egreso de bienes no conocidos (inhibición), al mantenimiento de una situación existente (prohibición de innovar), a la exteriorización de la existencia de un proceso judicial (anotación de litis), etc.

Estas medidas pueden ser solicitadas y concedidas aun antes de ser promovido un juicio, pero no pueden subsistir autónomamente, por lo que es preciso iniciar el proceso judicial dentro de cierto plazo, muy breve, posterior a la concreción del embargo, inhibición o la medida de que se tratare.

b) Medidas ejecutivas

La idea de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, importa que éstos pueden agredir ese patrimonio, obteniendo la ejecución forzada (venta judicial) de los bienes que lo integran, para cobrarse de su producido.

De modo que los procesos judiciales de contenido patrimonial persiguen, en primer lugar, declarar el derecho del acreedor, con lo que se obtiene una sentencia de condena que manda al deudor pagar lo debido, bajo apercibimiento de que si no lo hiciere en determinado plazo, se seguirá contra él una ejecución sobre sus bienes.

El Código Procesal organiza entonces la ejecución de sentencia, aunque existen también procesos abreviados denominados "ejecutivos", en los que el derecho del acreedor aparece *prima facie* expedito y por ello, limita las defensas del deudor y comienza por el embargo de sus bienes.

c) Acciones integrativas

Son las acciones directa, subrogatorias de simulación y revocatoria; las analizaremos en el número siguiente.

d) Ejecución colectiva

En el supuesto de insolvencia del deudor (impotencia del patrimonio para hacer frente a las obligaciones que lo gravan), se procede a la ejecución de todos sus bienes en beneficio de todos los acreedores en un pie de igualdad —salvadas las excepciones legales a esta regla de igualdad—, lo que se hace dentro del procedimiento de la quiebra.

20. Acciones integrativas

Cuando el deudor se encuentra insolvente o sometido a la acción de sus acreedores, puede intentar eludir la acción de éstos mediante la enajenación de sus bienes, real o ficticia, y despreocuparse de la percepción de sus créditos.

Para evitar el efecto dañoso que tales conductas producen a los acreedores, se organizan tres acciones que estudiamos a continuación.

a) Acción directa

El CCyC ha sistematizado y regulado la denominada acción directa, que es aquella "*que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito (art. 736).*

Ésta es una acción que el acreedor ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio. Siendo de interpretación restrictiva solo procede en los casos en que es autorizada expresamente por la ley.

Esos casos son:

— en materia de subcontrato, el subcontratado puede ejercer las acciones que corresponden al subcontratante, contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de éste respecto del subcontratante (art. 1071, inc. b, CCyC);

— el art. 1327 prevé: "*En caso de sustitución, el mandante tiene la acción directa contra el sustituto prevista en los arts. 736 y concs., pero no está obligado a pagarle retribución si la sustitución no era necesaria*".

El ejercicio de la acción directa está sujeto a los requisitos del art. 737: "*a) un crédito exigible del acreedor contra su propio deudor; b) una deuda correlativa exigible del tercero demandado a favor del deudor; c) homogeneidad de ambos créditos entre sí; d) ninguno de los dos créditos debe haber sido objeto de embargo anterior a la promoción de la acción directa; e) citación del deudor a juicio*".

La acción directa produce ciertos efectos que enumera el art. 738: *a) la notificación de la demanda causa el embargo del crédito a favor del demandante; b) el reclamo sólo puede prosperar hasta el monto menor de las dos obligaciones; c) el tercero demandado puede oponer al progreso de la acción todas las defensas que tenga contra su propio acreedor y contra el demandante; d) el monto percibido por el actor ingresa directamente a su patrimonio; e) el deudor se libera frente a su acreedor en la medida en que corresponda en función del pago efectuado por el demandado.*

La acción directa no estaba prevista en el Código de Vélez, aunque la doctrina y en casos excepcionales la jurisprudencia la habían identificado en sus recaudos y efectos.

De todos modos en materia de seguro de responsabilidad civil, la ley especial no prevé la acción directa de la víctima del accidente contra la compañía, pese al reclamo que se hace desde la doctrina.

b) Acción subrogatoria

La acción subrogatoria es concedida a cualquier acreedor para que sustituya a su deudor en las acciones judiciales tendientes a la percepción de los créditos o reconocimiento de otros derechos patrimoniales de que éste fuere titular. En esta orientación, el CCyC la define del modo siguiente: "El acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia".

Así, si el deudor es comprador de un inmueble en virtud de un boleto de compraventa y no ejerce la acción de escrituración, puede ser *subrogado* por su acreedor en el ejercicio de la misma.

Esta acción está reconocida en el derecho de fondo por los arts. 739 a 742 CCyC y reglamentada por el Código Procesal (arts. 111 a 114); y su estudio pormenorizado corresponde al curso de derecho de las obligaciones.

c) Acción de simulación

Si el deudor ha enajenado ficticiamente sus bienes para evitar la acción de sus acreedores, cualquiera de éstos puede promover la acción de simulación destinada a anular el acto simulado.

Estudiaremos detenidamente su régimen al tratar de la simulación como vicio de los actos jurídicos.

d) Acción revocatoria

La ley considera actos hechos en fraude a los acreedores aquellos actos de enajenación que provocan o agravan la insolvencia (arts. 338 y ss. CCyC), por lo que cualquier acreedor quirografario de fecha anterior al negocio jurídico de que se trate, puede promover la acción destinada a que ese acto sea declarado inoponible a él.

Esta acción se estudiará al tratar el vicio de fraude.

21. La ejecución colectiva. Antecedentes históricos

La expresión ejecución colectiva es equívoca y ha sido objetada por la doctrina especializada. La usamos aquí por ser frecuente en los libros de derecho civil y porque refleja un aspecto de las consecuencias de la insolvencia del deudor y que consiste en que la finalidad última de la quiebra —procedimiento de ejecución colectiva por excelencia— es desapoderar al deudor de los bienes que forman su patrimonio, enajenarlos y distribuir su producido entre sus acreedores a prorrata del monto de sus créditos.

Ahora bien, frente a la insolvencia el ordenamiento organiza hoy otros procedimientos, que tienden a evitar la quiebra, a prevenirla, facilitando al deudor la negociación con sus acreedores para llegar a un acuerdo con ellos. En nuestro derecho este procedimiento se llama concurso preventivo; existe también el acuerdo preventivo extrajudicial que tiene la misma finalidad.

Cabe apuntar que estos procedimientos —tanto la quiebra como los procedimientos preventivos— estaban destinados a los comerciantes. Pero en la Argentina el régimen se ha unificado desde hace mucho tiempo, por lo que tanto comerciantes como no comerciantes pueden quedar sujetos a la quiebra y a la vez están autorizados a utilizar los mecanismos preventivos. Con el nuevo CCyC ha desaparecido el "comerciante", de modo que toda posible distinción desaparece: cualquier persona, una empresa, un empresario, un ama de casa, un jubilado, pueden recurrir a los mecanismos preventivos de la Ley de Concursos o quedar alcanzados por las disposiciones atinentes a la quiebra.

En la Argentina los procedimientos preventivos y la quiebra se hallan regulados en la denominada Ley de Concursos, que lleva el n. 24.522 y que ha recibido numerosas reformas en los últimos años, en particular a partir de la crisis del año 2002.

La ley que ha sancionado el CCyC no ha introducido modificaciones a la Ley de Concursos.

21. Bienes excluidos de la agresión de los acreedores

a) Principio general

Ya vimos que el art. 743 del CCyC dispone: "*Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor...*".

Esta regla permite sostener que el deudor responde con *todos* sus bienes; pero tal idea, llevada hasta sus últimas consecuencias sería más grave que la prisión por deudas: la muerte por desnutrición y desnudez del deudor (De Castro).

De allí que en realidad *no todos* los bienes del deudor responden por sus deudas, pues existe un extenso catálogo de bienes que están excluidos de la agresión de los acreedores, respondiendo a criterios humanitarios, a la protección de la dignidad del deudor, de lo necesario para subvenir a sus necesidades (caso de la protección de la vivienda). Más aún, la idea se ha extendido y no sólo se preserva aquello necesario de manera indispensable para la vida, sino también lo que es razonable tener de acuerdo con un nivel medio de vida.

En el CCyC se agrega además un criterio muy interesante, pues se trata de evitar el abuso del derecho del acreedor, estableciendo que

éste tiene derecho a ejecutar los bienes de su deudor "en la medida necesaria para satisfacer su crédito" (art. 743 CCyC).

b) Enumeración legal de los bienes excluidos de la agresión de los acreedores

El CCyC ha hecho —en el art. 744— una enumeración de bienes excluidos del poder de agresión de los acreedores.

Ellos son:

a) *las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos;*

b) *los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor;*

c) *los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación;*

d) *los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado;*

e) *los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los arts. 2144, 2157 y 2178;*

f) *las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica;*

g) *la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio.*

c) Carácter de la enumeración

La enumeración legal es enunciativa, pues el inc. h) del mismo precepto, dispone que son inembargables los bienes declarados como tales por otras leyes.

De modo que *los sueldos y salarios sólo son embargables hasta el 20%, salvo que las deudas tengan causa en obligaciones alimentarias; las jubilaciones y pensiones son totalmente inembargables, salvo también que las deudas de que se trate tengan su causa en obligaciones alimentarias; las indemnizaciones por accidente de trabajo, despido y falta de preaviso.*

También son inembargables los muebles y útiles domésticos del agricultor, y sus instrumentos, útiles y animales de labranza (ley 11.170).

d) Regla del Código Procesal

El art. 319 del Código Procesal dispone la inembargabilidad de los bienes de indispensable uso del deudor.

De acuerdo con ello, la jurisprudencia ha sostenido que el carácter de indispensabilidad está determinado por el destino del bien de que se trate en conjugación con el nivel medio de vida alcanzado por la comunidad. Si bien este módulo de apreciación debe, necesariamente, excluir aquello que es mero lujo o recreo, no puede determinar derechamente la embargabilidad de bienes que, si bien no son imprescindibles, atañen a las exigencias comunitarias primordiales acerca de la posibilidad de desenvolverse en la vida moderna, ya —verbigracia— por el ahorro de inversión de tiempo que posibilitan, ya porque proporcionan un mínimo bienestar congruente con razonables expectativas generales.

Conforme a este criterio, la jurisprudencia ha reconocido el carácter de inembargables a la heladera, el lavarropas, el calefón, el estabilizador de tensión eléctrica, el aparador, la cocina, la mesa y las sillas del comedor, la radio portátil, la máquina de coser, y otros muebles.

22. Bienes afectados a un servicio público

Según el art. 243 CCyC "*Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio*".

De lo que se deriva que los acreedores no podrían embargar un vagón de subterráneos o un avión de pasajeros, cuando fueran de propiedad de un particular y estuvieren afectados a prestar el transporte público.

22. Vivienda protegida

a) Introducción

La CN asegura el derecho al acceso a una vivienda digna, así como alude a la defensa del "bien de familia" (art. 14 bis, CN).

El bien de familia es una institución recogida por la ley 14.394 que permitía al propietario afectar a su régimen una vivienda familiar, de modo que esta quedara excluida del poder de agresión de los acreedores posteriores a la afectación.

Algunas constituciones y leyes provinciales pretendieron extender esa protección a toda vivienda; pero resultaban claramente inconstitucionales, por cuanto la cuestión de los bienes que responden por las deudas es materia propia del derecho civil y por ello delegada por las provincias en la Nación en el art. 75, inc. 12 de la CN.

Pero esa legislación local —más allá de su inconstitucionalidad— demostraba que el régimen del bien de familia de la ley 14.394 resultaba insuficiente en la hora presente, pues muchas personas viven solas y tienen derecho a tener una vivienda protegida. Era necesario además prever la posibilidad de que la vivienda fuera sustituida por otra y la tutela de la anterior se extendiera a la nueva (subrogación real), etc.

De modo que el Proyecto de 1998 contenía previsiones sobre la vivienda protegida que han servido de fuente al CCyC que en el Capítulo 3 del Título III del Libro Primero, trata de la "Vivienda" tutelada o protegida.

Cabe señalar que este nuevo régimen sustituye al de la ley 14.394, la que ha sido derogada por la ley de sanción del CCyC.

b) Finalidad de la protección

La afectación de la vivienda al régimen legal implica que ella no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción (art. 249 CCyC) con las excepciones previstas en el mismo artículo que examinaremos más adelante.

c) Vivienda que se puede afectar

El art. 244 CCyC dice: *Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.*

De modo que cualquier persona puede afectar un inmueble destinado a vivienda, no siendo necesario que haya una "familia" que habite en él. La persona que vive sola puede afectar un inmueble a este régimen (art. 245 CCyC).

La afectación puede ser total o parcial, esto es, hasta un determinado valor. En caso de afectación parcial lo tutelado es una porción de valor del inmueble. Si éste se ejecuta el propietario rescata esa porción de valor.

No existen límites de valor para afectar una vivienda al régimen: éste era un tema que había dado lugar a debates en el régimen sustituido.

Conforme al art. 256 CCyC puede también afectarse un inmueble rural que no exceda de la unidad económica de acuerdo a lo que prevean las reglamentaciones locales.

No puede afectarse más de un inmueble y la afectación se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble.

d) Legitimados

Pueden solicitar la afectación el propietario; o —en su caso— todos los condóminos. También se puede disponer la constitución por disposición de última voluntad, y puede ser ordenada por el juez a petición de parte en los juicios de divorcio o en el que resuelve las cuestiones atinentes a la terminación de la unión convivencial, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

e) Beneficiarios

De acuerdo con el art. 246 CCyC son beneficiarios de la afectación: *"a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente"*, requiriéndose que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble, subsistiendo sus efectos mientras uno de ellos permanezca en el inmueble (art. 247 CCyC).

f) Efectos

Ya hemos dicho que el principal efecto de la afectación de la vivienda al régimen del CCyC es que no puede ser ejecutada por obligaciones posteriores a su inscripción.

La excepción está dada por: *"a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el art. 250; c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida"* (art. 249).

Pero son embargables los frutos que produce el inmueble si no son necesarios para satisfacer las necesidades de los beneficiarios (art. 251). O sea que si la vivienda está parcialmente alquilada, se pueden embargar las rentas que produce, a no ser que los beneficiarios requieran de la percepción de ese canon para satisfacer sus necesidades. Como ello es lo que normalmente va a suceder, diríamos que en la práctica va a ser excepcional que se habilite el embargo de los frutos.

g) Otros efectos

La afectación produce otros efectos secundarios:

— limitaciones a la transmisión de la cosa; el art. 250 dispone que "*El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este Capítulo. Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente*".

— beneficios fiscales y en materia de honorarios. La vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita de los bienes por causa de muerte, si los herederos son los beneficiarios y éstos no enajenan el inmueble dentro de los cinco años posteriores (art. 252 CCyC); y el art. 254 CCyC limita los honorarios de los profesionales que intervengan en la constitución (normalmente resulta innecesaria la participación de un abogado o escribano para este trámite) y en el juicio sucesorio.

h) Subrogación real

El art. 248 CCyC consagra una solución largamente reclamada por la doctrina —y aplicada a veces pretorianamente—cuál es la de la subrogación real. Esto significa que la afectación se transmite a la nueva vivienda adquirida en sustitución de la originalmente afectada. En otras palabras: si alguien afectó la vivienda al régimen en septiembre 30 de 2015 y en 2018 vende ese inmueble para comprar otro también destinado a vivienda, la tutela de este último se computa desde 2015. O sea que el inmueble adquirido en 2018 no podrá ser ejecutado por deudas posteriores al 30 de septiembre de 2015.

La tutela se extiende también a las indemnizaciones que entren en lugar del inmueble. O sea: si la vivienda se incendia y el propietario recibe una indemnización, esa indemnización no puede ser agredida por los acreedores del propietario cuyos créditos sean posteriores a la fecha de la afectación. Lo mismo si la vivienda es expropiada.

Pero el art. 248 CCyC va más allá porque extiende la subrogación al *precio*, concepto que no se encuentra en el antecedente, esto es, el art. 238 del Proyecto de 1998. De modo que si el propietario vende la vivienda afectada el precio resulta intocable por los acreedores aunque no se destine a adquirir una nueva vivienda. Con lo cual el propietario vendedor deudor puede gastarse el precio en dar la vuelta al mundo mientras sus acreedores quedan insatisfechos. No creemos que esta solución —sin precedentes entre nosotros— se justifique en la protección de la vivienda o de los vulnerables por encima del derecho de los acreedores —como intenta Lorenzetti — toda vez que los derechos de crédito también son una propiedad constitucionalmente tutelada por el art. 17 CN.

i) Desafectación

La desafectación procede, según el art. 255, en los casos siguientes:

— a solicitud del constituyente; con asentimiento del cónyuge o del conviviente; en caso de oposición puede ser autorizada por el juez;

— a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos;

— a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el párrafo precedente;

— a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios;

— en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por la ley.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "El Patrimonio" en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972; FORNIELES, Salvador, "El concepto del patrimonio y la identidad personal del difunto y del heredero. La doctrina de Aubry y Rau", Rev. de Derecho Civil, Buenos Aires, 1930-1-23; MOLINARIO, Alberto D., *Derecho patrimonial y derecho real*, Buenos Aires, 1965; RIVERA, Julio César, "El fraccionamiento del patrimonio", en *Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, 2003; PANDIELLA MOLINA, Juan Carlos, "Vivienda Protegida", RDPyC 2012-2-245; *Bienes y vivienda protegida*, en RIVERA (dir.) – MEDINA (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, 2012, p. 115.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, "El artículo 17 del nuevo Código Civil y Comercial visitado a partir por la jurisprudencia: desarrollos e interrogantes", JA 2015-II-1008; SALERNO, Marcelo Urbano – SALERNO, Javier José, "La teoría del patrimonio y la acción directa en el Proyecto de Código", LL 2012-F-1281, TAGLIANI, María Soledad, "La garantía común de los acreedores y sus excepciones en el nuevo Código", LL 20/7/2015, 1, cita online: AR/DOC/1677/2015.

CAPÍTULO XIX

LOS HECHOS JURÍDICOS

Hemos estudiado hasta ahora el concepto de relación jurídica; el sujeto de la relación jurídica; el objeto de la relación jurídica, y a partir de ahora estudiaremos la causa de la relación jurídica.

En este capítulo examinaremos los hechos jurídicos y los actos voluntarios. En el capítulo siguiente entramos al análisis del concepto y de los elementos de los actos jurídicos.

I. HECHOS JURÍDICOS

1. Concepto

a) Hechos y hechos jurídicos

Hechos son los acontecimientos o sucesos que provienen de la naturaleza o del hombre.

Algunos de ellos, son irrelevantes para el mundo jurídico; otros, por el contrario, son tomados en cuenta por el Derecho porque el ordenamiento prevé la producción de ciertos efectos jurídicos para cuando ellos acontecen. Éstos son los hechos jurídicos.

b) Metodología del CCyC

La materia de los hechos y actos jurídicos es tratada por nuestro Código en el Título IV del Libro I Parte General.

2. Definición legal

a) Texto

El art. 257 CCyC define al hecho jurídico como el "*acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas*".

b) Fuente

La definición legal no se diferencia sustancialmente de la del art. 896 del Código de Vélez que a su vez seguía al art. 431 del *Esboço* de Freitas; pero la mejora, pues elimina la palabra "susceptible" que aparecía en el texto derogado.

Además sustituye derechos y obligaciones por relaciones o situaciones jurídicas.

3. Análisis de la definición: acontecimientos

La doctrina más extendida considera, con acierto, que el término acontecimiento, que proviene de los verbos acontecer, suceder, comprende toda circunstancia a la cual la norma liga una consecuencia jurídica, no deteniéndose en el hecho material. De allí que ciertos estados espirituales como el temor, el error, la toma de conocimiento, los móviles morales o inmorales, pueden formar parte de un acontecimiento del que derivan efectos jurídicos.

Ello se ve con claridad en los *factum* complejos: comprar una obra de arte creyendo por error que es auténtica, da lugar a un efecto jurídico que es la anulación del acto. Y así pueden encontrarse infinidad de ejemplos en los que los estados espirituales, sin relevancia en el tiempo y en el espacio, forman parte de un *factum* con relevancia jurídica según la norma.

4. Análisis de la definición: relaciones y situaciones jurídicas

Es hecho jurídico el que incide de alguna manera en las relaciones y situaciones jurídicas subjetivas, dando lugar al nacimiento, modificación o extinción de derechos subjetivos o deberes jurídicos.

5. Autonomía de los efectos respecto de la voluntad de las personas

A partir del n. III, vamos a estudiar los "actos voluntarios", esto es, los obrados por las personas, con discernimiento, intención y libertad, y expuestos a través de una declaración de esa voluntad.

Esa voluntariedad, alude a la existencia de los elementos internos del acto (ya mencionados: discernimiento, intención, libertad), y no a la voluntad de quienes los actúan de producir efectos jurídicos.

Los efectos jurídicos que hacen que un hecho voluntario pueda ser calificado como hecho jurídico en los términos del art. 257 CCyC, son determinados por la ley y no por la voluntad de las partes.

Y esto es lo característico del hecho jurídico. Por ello, los hechos involuntarios también son hechos jurídicos: porque los efectos que ellos producen, son atribuidos directamente por la ley, a pesar de la falta de voluntad de quien los ha obrado.

En cambio, como se verá en su momento, en el acto jurídico (art. 259 CCyC), los efectos jurídicos son directamente queridos por las partes, y ello es también lo característico de esta categoría de actos.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS

6. Según el agente: naturales y humanos

Según quien sea el autor del hecho, se distingue entre hechos naturales o de naturaleza (también llamados externos o accidentales) y hechos humanos.

Esta clasificación no está puesta de manifiesto expresamente en el CCyC.

a) Criterio de distinción

Según el criterio generalizado, son actos naturales los actuados por la naturaleza, sin intervención o participación del hombre, como un granizo que cae sobre la cosecha asegurada, o el terremoto que produce un incendio o la destrucción de cosas que eran objeto de derechos subjetivos.

Por el contrario, serían hechos humanos los obrados por el hombre, fueren ellos voluntarios o involuntarios.

b) Hechos de la naturaleza de los que "participa" el hombre

Existen hechos en los cuales el hombre participa, como lo son el nacimiento y la muerte, y otros que son —aparentemente al menos— actuados por el hombre, pero que aparecen como el resultado de mecanismos biológicos o fisiológicos sobre los que aquél no tiene control: actos reflejos, que pueden producirse durante el sueño; el vómito; los actos que se realizan bajo el efecto de narcóticos, o bajo hipnosis, etc.

Éstos: ¿son hechos de la naturaleza o son actos humanos?

La cuestión no es baladí; si se entendiera que son hechos de la naturaleza, no se podrá nunca atribuir responsabilidad al ser humano que ha actuado como mero "animal", ni aún en los términos del art. 1750 CCyC, ya que no habría autoría.

c) Criterio de la doctrina

En nuestra doctrina, Brebbia afirma que deben ser calificados como hechos naturales aquellos en los cuales el ser humano participa como ente sometido a las leyes físicas o biológicas; de modo que el nacimiento, la muerte, son hechos jurídicos naturales, aun cuando el hombre, obviamente, participa del acaecer.

Bueres, persiguiendo un criterio más generalizador, sostiene que existe conducta humana, voluntaria o involuntaria, cuando ella posee *mismidad o atribuibilidad* (subrayado en el original), o sea que la acción se trasunta como una emanación de la persona.

Con lo cual quedan excluidos del concepto de acto humano (y por lo tanto, no hay acción atribuible al ser humano, lo que, como decíamos, tiene repercusión en el ámbito de la responsabilidad civil), los actos reflejos, aquellos producidos en estado de inconsciencia total y los que resultan consecuencia de una fuerza irresistible (Bueres).

7. Actos voluntarios e involuntarios

La distinción de los actos humanos en voluntarios e involuntarios se encuentra en los arts. 260 y 261 del CCyC. Son hechos voluntarios

los actuados con discernimiento, intención y libertad y manifestados por un hecho exterior (art. 260 CCyC).

Son involuntarios por falta de discernimiento los actos de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; los actos ilícitos de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; los actos lícitos de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales (art. 261 CCyC).

8. Actos lícitos e ilícitos

El Código de Vélez distinguía los actos lícitos de los ilícitos (art. 898). Esa clasificación no aparece en el nuevo Código, salvo en el art. 261 al tratar de los actos voluntarios e involuntarios.

La distinción tiene importancia en el ámbito de la responsabilidad civil, pues los actos lícitos no pueden —al menos como regla— causar responsabilidad.

Ahora bien; para entender el art. 261 tenemos que definir que es acto lícito e ilícito para lo cual hay que recurrir a la noción de antijuridicidad que el CCyC define al tratar de la responsabilidad civil. Allí el CCyC dice que antijurídica —ilícita— cualquier acción u omisión que causa un daño, si no está justificada (art. 1717 CCyC).

Pero aun cuando el acto dañoso —antijurídico— de un menor de diez años sea involuntario según el art. 261 inc. b), permite atribuirle responsabilidad fundada en la equidad (art. 1750 CCyC).

En cambio no causa responsabilidad el acto causado en una fuerza irresistible (art. 1750, segundo párrafo CCyC). Tampoco la causa el hecho que carece de atribuibilidad, como lo son los hechos naturales de los que sólo participa el hombre, como puede ser la pérdida de sangre por la nariz que si mancha el traje de otro no genera derecho a indemnización alguna; lo mismo los movimientos involuntarios durante el sueño.

9. Simples actos lícitos

El art. 258 define al simple acto lícito como la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

Son actos en los que la parte que los ejecuta no persigue una finalidad jurídica, aunque la ley puede asignársela y por ello constituyen hechos jurídicos: el descubrimiento de un tesoro (Orgaz), la apropiación de la cosa mueble abandonada, etc. Se señalan también como ejemplos la interpelación del acreedor para constituir en mora al deudor (arts. 886, 887 CCyC), o la elección de la prestación en la obligación alternativa (art. 780 CCyC).

Frente a estos actos voluntarios simples están aquellos actos voluntarios que sí tienen por finalidad inmediata establecer entre las personas relaciones jurídicas, que se denominan actos jurídicos (art. 259).

La categorización de estos actos simples en el Código no parece tener mayores efectos prácticos. Es que hay ciertos actos involuntarios que de todos modos producen efectos jurídicos: el menor de 13 años que pesca se hace dueño del pez tanto como si el pescador fuera mayor de edad, aun cuando su acto sería involuntario según el art. 261 c).

10. Otras clasificaciones de los hechos jurídicos

En doctrina se hacen otras clasificaciones, que exponemos seguidamente:

a) Hechos simples y complejos

Algunos hechos están constituidos por un acontecimiento singular (la muerte de una persona), mientras que otros requieren más de un acontecimiento (la posesión requiere el ejercicio del *corpus* posesorio más el comportamiento como titular de un derecho real: art. 1909 CCyC, y a su vez, para que autorice la adquisición del derecho de dominio por prescripción, debe haber sido ejercida durante diez años de buena fe y con justo título; o durante veinte años sin los otros recaudos; pero además, ha de haber sido ostensible y continua).

b) Simultáneos y sucesivos

Simultáneos son los hechos que reúnen todos sus elementos en un único instante; sucesivos aquéllos en que esos elementos se van reuniendo o completando en el transcurso del tiempo (Betti).

En los primeros, los efectos jurídicos previstos por la norma se producen inmediatamente; en los segundos, recién cuando están reunidos todos los elementos.

c) Constitutivos, extintivos e impeditivos

Esta clasificación se corresponde con las consecuencias jurídicas previstas por la norma para el hecho de que se trate.

De modo que será un hecho constitutivo aquel que produce el nacimiento o adquisición de una relación jurídica (el contrato); hecho extintivo, el que ocasiona la conclusión o el fin de una relación jurídica y de los derechos subjetivos que constituyen su contenido (el pago); impeditivos son los hechos que obstan a la eficacia de los hechos constitutivos (haber hipotecado una cosa ajena).

Esta clasificación tiene cierta importancia en materia de la carga de la prueba. La acreditación del hecho constitutivo corresponde a quien pretende el nacimiento de los derechos subjetivos; la del hecho extintivo a quien pretende el fin de la relación jurídica; la del hecho impeditivo a quien lo invoca.

Señalamos que el tema de la carga de la prueba es complejo y no se reduce a la fijación de reglas tan simples.

d) Importancia

Estas distinciones van a tener reflejo más adelante en las clasificaciones de los actos jurídicos, que en definitiva, son especie con respecto al género hechos jurídicos.

III. ACTOS VOLUNTARIOS

11. Concepto legal

Según el art. 260 CCyC: "*El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior*".

12. Actos involuntarios

Al requerir nuestro ordenamiento jurídico que el acto, para ser calificado de voluntario, sea obrado con presencia de los elementos ya mencionados, *a contrario sensu* califica de involuntarios a los que fueren ejecutados sin discernimiento, intención o libertad.

El CCyC sigue sobre ellos la siguiente metodología:

— En el art. 261 enuncia los actos involuntarios por falta de discernimiento;

— Y destina el Capítulo II a los vicios de la voluntad, que son el error, el dolo y la violencia. Los dos primeros afectan a la intención; el último a la libertad.

El Código de Vélez disponía que los actos involuntarios no producían efecto alguno. Pero ello era inexacto, pues los actos obrados sin intención o sin libertad son actos ejecutados con una voluntad viciada, y por esa razón, son impugnables por las partes y pueden llegar a producir ciertos efectos. Y aún los actos involuntarios por falta de discernimiento pueden causar la responsabilidad del agente causada en la equidad (art. 1750 CCyC).

13. Los elementos del acto voluntario

De acuerdo con lo expuesto, el acto voluntario se compone de tres elementos internos —discernimiento, intención y libertad— y de un elemento externo —la declaración de la voluntad—.

Los estudiamos separadamente, en los números que siguen.

IV. ELEMENTOS INTERNOS

14. El discernimiento

El CCyC no define el discernimiento, pues en el art. 261 se limita a establecer cuáles son las causas que privan de él.

En doctrina se ha dicho que es la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente (Llambías, Arauz Castex, De Gásperi - Morello).

Y tratando de prescindir de ejemplificaciones, Cifuentes lo define con precisión, como "la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias".

15. Causas que obstan al discernimiento. Introducción

Las causas que obstan al discernimiento están enumeradas en el art. 261 CCyC, que dispone: "*Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales*".

a) La minoridad

El sistema de la ley es rígido: se tiene o no discernimiento para ciertos actos a partir de determinada edad. No se admite por ello prueba de que se tenía antes de la edad establecida en el texto legal. Y la única prueba posible para excluir el discernimiento una vez alcanzada la edad establecida en la ley es la de la falta de razón. O sea que en este caso no juega el estándar del "*grado de madurez suficiente*".

b) La privación de la razón

(i) Sujetos comprendidos

Están privadas del discernimiento todas las personas que no tienen el uso de razón al tiempo de la ejecución del acto.

No es necesario que el sujeto esté declarado como de capacidad restringida o incapaz, ni que la causa sea una enfermedad mental. Por lo tanto quedan comprendidos los actos humanos ejecutados sin conciencia, por obra de la embriaguez, la utilización de drogas, narcóticos, u otras enfermedades.

La prueba de la falta de razón recae sobre quien la invoca para excluirse de la responsabilidad de sus actos.

(ii) Actos lícitos

Cualquier acto lícito obrado en estas circunstancias debe ser considerado un acto involuntario. De modo que no será válida la compraventa atribuida a alguien que estaba ebrio o afectado por el uso de drogas, supiera o no el efecto que el alcohol o la droga habría de producirle.

(iii) Actos ilícitos

En cambio, si se trata de acto ilícito, él será considerado involuntario si la privación accidental de la razón es también involuntaria.

De modo que el acto será involuntario cuando la embriaguez o pérdida de la conciencia se produce por una cualidad desconocida del licor o porque en él ha sido introducida otra sustancia por un tercero, etc.

Pero no será involuntario, cuando la inconsciencia proviene de la negligencia del sujeto que ha bebido en exceso o ha consumido estupefacientes conociendo o debiendo conocer sus efectos. Por lo que quien conduce un automóvil en estado de ebriedad responde plenamente por los daños causados (y no sólo por razones de equidad como lo sería si el acto fuera involuntario).

16. Intención

a) Concepto

Algunos autores consideran a la intención como el propósito de llevar a cabo un acto. Pero, como elemento interno del acto voluntario, parece más acertado decir que se trata del discernimiento aplicado a un acto en concreto.

Habrá pues, intención en el acto cuando exista adecuada correspondencia entre lo entendido y lo actuado, cuando se ha realizado el acto tal como se pensó llevarlo a cabo (Brebbia, Cifuentes).

b) Vicios que afectan la intención

La intención es afectada por los vicios de error y dolo, en tanto y en cuanto importan que la facultad de entender ha sido incorrectamente aplicada en el acto en concreto, ya sea por una causa propia (falta de conocimiento o conocimiento insuficiente: error) o por causa ajena (error provocado: dolo).

c) Prueba de la intención

La intención se presume cuando el acto ha sido obrado por una persona con discernimiento.

Por ello, como se examinará en su momento, la prueba del error o del dolo que la vician corresponde a quien los invoque.

17. La libertad

a) Concepto

Los autores coinciden en que la libertad es la posibilidad de elegir entre varias opciones, con ausencia de coacción externa.

Aplicada esa noción al acto voluntario, la libertad es la posibilidad de elegir entre ejecutar o no el acto, sin coacción exterior.

b) Vicio que afecta la libertad

La libertad es afectada por el vicio de violencia (fuerza e intimidación).

c) Restricciones a la libertad. Principio general

La idea primordial en la materia es que las restricciones a la libertad fundadas en derecho (restricciones jurídicas) no afectan a la libertad entendida como elemento del acto voluntario; es decir, no constituyen vicio ni privan de voluntariedad al acto.

Verbigracia: quien ha celebrado un contrato de opción dando a la contraparte la posibilidad de comprar cierto bien dentro de un plazo y de acuerdo a un mecanismo de determinación del precio, se encuentra obligado a cumplir si el otro ejerce la opción. Esa venta es un acto voluntario, pues la *necesidad jurídica*, o mejor, *coacción jurídica*, no priva ni afecta la libertad como elemento de ese tipo de actos. El art. 1128 CCyC refleja esta idea al resolver que "*Nadie está*

obligado a vender, excepto que se encuentre sometido a la necesidad jurídica de hacerlo".

Por lo tanto, *se obra sin libertad cuando la coacción externa no es legítima, esto es no está fundada en la ley o en el contrato.*

V. ELEMENTO EXTERNO DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS

17. La manifestación de voluntad

a) Concepto

La manifestación de la voluntad es una conducta mediante la cual se exterioriza la voluntad del agente. Esta conducta puede consistir en dichos o en hechos.

Los primeros pueden ser dichos hablados (exteriorización por la palabra oral) o escritos (exteriorización por la palabra escrita o documentada).

Los segundos son acciones del sujeto, traducidas generalmente en gestos (levantar la mano en una votación, hacer una señal durante una subasta).

Excepcionalmente, la declaración de la voluntad puede hacerse por vía omisiva, esto es, el silencio. Para que ello acontezca es necesario que la ley, la convención de las partes, los usos o prácticas hayan previsto asignar este valor declarativo al silencio.

b) Recaudos de la manifestación de la voluntad

Para que la voluntad sea declarada, y por lo tanto produzca efectos jurídicos, es necesario que ella reúna las siguientes características:

— ha de haber sido emitida; no lo será la carta no enviada o tirada al cesto de los papeles;

— debe estar dirigida a comunicar o publicar la voluntad del sujeto; verbigracia, quien hace un gesto en un remate no está haciendo una oferta, si con aquella conducta quería saludar a un amigo;

— ha de haber sido percibida o resultar, al menos, perceptible; el murmullo ininteligible no es declaración de la voluntad.

18. Importancia de la manifestación de voluntad

El art. 258 expresa que el acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, *"que se manifiesta por un hecho exterior"*. El precepto pone de manifiesto la existencia del elemento externo, manifestación de la voluntad, sin el cual no hay hecho voluntario.

Y ello es lo que da pie al debate acerca de la preeminencia de la voluntad exteriorizada o de la voluntad interna, sobre el que avanzaremos más adelante.

19. Cómo se manifiesta la voluntad

El art. 262 CCyC dice: *"Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material".*

O sea que prevé varios medios de manifestar la voluntad:

— la expresión oral, que si bien puede no dejar lugar a dudas sobre lo querido por quien ha hablado, tiene la dificultad de la prueba. Desde el Derecho Romano se dice que "lo escrito queda y las palabras vuelan".

Mas estas afirmaciones tradicionales aparecen hoy un poco limitadas, pues existen modos de registrar la palabra y también de identificar a quien la emite; aunque en tal caso cabe reconocer que la palabra ha quedado registrada en un soporte (grabación, video), equivalente a un documento.

— la expresión escrita, que ofrece la ventaja de la seguridad, puesto que en definitiva viene a quedar consagrada en un "documento" o "instrumento";

— la expresión por signos inequívocos; hay ciertos casos en que la actitud del sujeto no deja lugar a dudas sobre su voluntad interna; es el caso de quien levanta la mano en una votación o hace una postura en un remate con un gesto;

— la ejecución de hechos materiales: durante la vigencia del Código de Vélez se incluía en la expresión por signos inequívocos a ciertos hechos materiales, como ascender a un ómnibus y pagar el boleto sin palabra, o accionar una máquina expendedora de cualquier producto. Estos son hechos materiales que efectivamente expresan la voluntad sin lugar a equívocos.

20. Declaración tácita

a) Texto legal

Según el art. 264 CCyC "*La manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa*".

b) Ámbito de las declaraciones tácitas

Este supuesto es el que denominamos "actuaciones de voluntad y comprende aquellos casos en los que la exteriorización de la voluntad se hace a través de actos realizados con otra finalidad, pero de los cuales ella se puede inferir. Así, quien ocupa un predio abandonado no hace ninguna declaración, pero exterioriza su voluntad de hacerse propietario de la cosa; el heredero que vende una cosa de la herencia, exterioriza su voluntad de aceptarla".

Cabe destacar que entre estos hechos materiales —actuaciones de voluntad— y las declaraciones oral, escrita o por signos inequívocos, media una diferencia importante. Las primeras son eficaces mientras que el autor no las impugne (por ej., interponiendo una acción de nulidad del acto por el vicio de error o de dolo); las segundas, en cambio, no necesitan ser impugnadas, pues el autor podrá en cualquier momento probar la inexistencia de tal voluntad frente a quien pretenda afirmar su existencia; así, el heredero podrá probar que vendió la cosa por ser perecedera o que no lo hizo para sí.

c) Condiciones negativas

La eficacia de la declaración tácita está sujeta a que la ley no exija una declaración expresa, como sucede en los actos formales.

21. El silencio como manifestación de voluntad

a) Texto legal

El art. 263 CCyC dispone que: "*El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes*".

b) Regla general

Del texto transcripto se desprende claramente que el silencio no es una forma de expresión de la voluntad, aun cuando siga a un acto o a una interrogación proveniente de terceros.

Así, por ej., si una empresa envía un catálogo que incluye precios, no puede considerar que el silencio del receptor importe consentimiento para comprar el o los productos incluidos en él. Por ello se consideran inválidas las menciones puestas en folletos, catálogos, anuncios, etc., en el sentido de que la falta de respuesta en cierto plazo se considerará como aceptación.

c) Concepto de silencio

Antes de entrar a las excepciones de la regla, es preciso señalar que silencio es no sólo no hablar o callar, sino también no actuar ante una interrogación o acto.

Obviamente si quien recibe el catálogo envía el dinero del precio de la cosa o del flete, ha aceptado el contrato de manera expresa.

En síntesis, el silencio es abstención de expresión de voluntad, y de allí el principio negativo que sienta la ley.

d) Excepciones legales

El silencio sólo puede adquirir valor en conexión con otros hechos o actos, es decir, formando parte de una conducta expresiva compleja.

Éste es el sentido de las expresiones previstas en el mismo art. 263 CCyC, que vinculan el silencio a un deber de manifestarse en virtud de relaciones precedentes, o por imposición de la ley, de los usos y prácticas.

Como surge de lo expuesto, el art. 263 CCyC contiene supuestos de excepción en los que hay un deber de expedirse y por ello el silencio opera como manifestación de la voluntad.

Ese deber de expedirse puede surgir de:

— la ley; por ej., cuando en el transcurso de un proceso ejecutivo se cita al demandado a reconocer su firma, bajo apercibimiento de tenerla por reconocida en caso de incomparecencia;

— la voluntad de las partes: las partes han estipulado en su contrato que el silencio ante cierta manifestación implica una declaración de voluntad; por ej., que comunicada por una parte la voluntad de renovar un contrato, se considera aceptada tal renovación si el destinatario de la manifestación no la rechaza en cierto plazo;

— de los usos y prácticas: debe tratarse de los usos y prácticas habidos entre las partes. Los Principios Unidroit dan un ejemplo: en un contrato a largo plazo de suministro de vinos, B suele proveer a A de sus pedidos sin confirmar la aceptación de los pedidos que le hace A. El 15 de noviembre A solicita una gran cantidad de vino para el año nuevo. B no contesta ni entrega a tiempo la mercadería. En ese supuesto B ha incumplido con su obligación, ya que de acuerdo a la práctica establecida entre las partes, el silencio de B a los pedidos de A se considera una aceptación de la oferta.

— de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

El art. 979, referido a la aceptación de la oferta, y con ello a la formación del contrato, virtualmente reproduce el contenido del art. 263, pues bajo el epígrafe "Modos de aceptación" establece: "*Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación. El silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes*".

e) Otros casos de manifestación por el silencio

El CCyC regula la obligación de rendir cuentas. Conforme al art. 862 CCyC la rendición de cuentas puede ser aprobada expresa o tácitamente; hay aprobación tácita "*si no es observada en el plazo convenido o dispuesto por la ley o, en su defecto, en el de treinta días de presentadas en debida forma...*".

La segunda es la regla situada en el art. 1145 CCyC conforme al cual "*La factura no observada dentro de los diez días de recibida se presume aceptada en todo su contenido*".

En leyes especiales existen también normas que asignan carácter de declaración de voluntad a la omisión de pronunciamiento. Así, la Ley de Seguros 17.418, en su art. 56 dispone que "*el asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la información complementaria prevista en los párrafos segundo y tercero del art. 46. La omisión de pronunciamiento importa aceptación*".

22. Declaraciones recepticias y no recepticias

Nos hemos referido incidentalmente a este tipo de declaraciones, pero por la importancia de los efectos que produce la circunstancia de que una declaración de voluntad sea incluida en una u otra categoría, estimamos menester algún mayor desarrollo.

a) Concepto

Se llaman recepticias aquellas declaraciones que se emiten hacia una persona a quien afectan; por ej., la oferta dirigida a persona determinada (art. 972 CCyC), la aceptación de la oferta que perfecciona el contrato (art. 978 CCyC), el consentimiento matrimonial.

No recepticias son aquellas en que falta un destinatario determinado: la oferta al público, el testamento.

b) Momento en que se perfeccionan

La declaración no recepticia se perfecciona desde que es susceptible de ser conocida. Por ejemplo, el testamento ológrafo desde que

se concluye su redacción estampando la firma al pie del texto manuscrito.

Respecto de las declaraciones recepticias se suele hacer una distinción:

— dirigida a personas presentes, se consideran perfeccionadas cuando el sujeto destinatario ha recibido la declaración escrita, o ha escuchado una declaración verbal con posibilidad razonable de comprenderla;

— dirigida a personas ausentes. En este supuesto se considera, por regla general, que la declaración produce su efecto cuando llega al destinatario (entrega de la carta o telegrama o cualquier otro soporte material de la declaración: grabación, télex, comunicación por computadoras, fax, etc.), de suerte que éste pueda normalmente, de acuerdo con las circunstancias, tomar conocimiento de ella.

De modo que la entrega de una carta al destinatario mismo supone que la declaración produce su efecto, como la llegada de un fax o un correo electrónico a un domicilio del recipiendario. Pero si el fax o el correo electrónico llegan un día inhábil o luego de los horarios normales, la declaración en ellos contenida es conocida recién el primer día hábil siguiente.

También debe tenerse en cuenta que en la materia contractual, nuestro Código contiene una regla peculiar en materia de aceptación de la oferta, al considerar que ella perfecciona el contrato desde que es *recibida* por el oferente (art. 980).

VI. RELEVANCIA DE LOS ELEMENTOS INTERNOS Y EXTERNOS

23. Planteamiento de la cuestión

a) La exposición tradicional

Tradicionalmente los autores han planteado el problema de la voluntad interna y la declaración en los siguientes términos: si la voluntad interna no coincide con la declarada, ¿qué debe prevalecer: lo declarado o lo efectivamente querido por el agente?

Por regla general nuestros autores, siguiendo en esto a la doctrina francesa, respondieron a este interrogante con la exposición de las

doctrinas de la voluntad (llamada francesa) y de la declaración (llamada alemana).

b) La exposición actual

El planteamiento que se hace del problema de la disidencia entre lo efectivamente querido y lo declarado parece limitarlo a la esfera del declarante.

Pero lo cierto es que hay declaraciones de voluntad dirigidas a terceros (recepticias), que, como tales, constituyen el punto de partida de relaciones jurídicas; y aún algunas no recepticias (el testamento) pueden también afectar los derechos de terceros.

De allí que el problema pasa a radicar en que la declaración puede hacer creer *a otros* que tiene un contenido distinto de lo efectivamente querido por el agente.

En otras palabras, como lo expone Larenz, la cuestión es: "ante una declaración de voluntad, cuál es el significado que vale para el derecho: es el que ha querido dar el declarante, el que ha entendido el destinatario de la declaración o será un tercer sentido".

En síntesis, el problema no se circunscribe al agente de quien emana la declaración, sino que debe tenerse en cuenta que esas declaraciones pueden afectar los derechos o intereses de terceros.

c) Importancia del tema

La importancia de la cuestión *sub examine* se revela en dos ámbitos:

— el de la validez y eficacia de la declaración de la voluntad;

— en la problemática de la interpretación de los actos jurídicos.

La tesis que hace prevalecer la voluntad interna debería reconocer la ineficacia de las declaraciones por error; admitiría su ineficacia en caso de simulación; y en la interpretación, perseguiría el conocimiento de lo efectivamente querido por el declarante.

La opinión contraria limitaría el margen de anulabilidad de las declaraciones erradas; protegería al tercero de buena fe que ha adquirido derechos en virtud de un acto simulado; y en la interpretación de

un acto jurídico, buscará saber qué es lo que pudo entenderse de la declaración, conforme a la buena fe y los usos del tráfico.

24. Teoría de la voluntad

a) Exposición

La doctrina francesa, expuesta originariamente por el alemán Savigny, considera que el efecto jurídico se produce por consecuencia de la voluntad interna, y no por la declaración que de ella se hace.

En concreto dicen que *la voluntad interna es la única que tiene valor de obligación*, pero el público sólo conoce esta voluntad por su declaración. Una persona no está obligada por su declaración de voluntad, sino porque adquirió un compromiso que creó para ella una obligación moral y jurídica; la declaración revela simplemente la existencia del compromiso.

b) Consecuencias

De adoptarse la doctrina francesa, como lo hace el Código Napoleón, y en principio lo hizo también el Código de Vélez Sarsfield, debe rendirse tributo a la voluntad interna, admitiendo que los efectos jurídicos se producen a tenor de ella, aunque de la declaración pudiere surgir un efecto distinto.

De modo que para interpretar los actos jurídicos habrá de atenerse a lo que la parte quiso decir, y serán anulables las declaraciones en que ha mediado error.

c) Crítica

La doctrina de la voluntad prescinde de ponderar el elemento de comunicación que tiene la declaración de voluntad, y por ende, las expectativas que puede causar en el destinatario de la misma.

Por lo demás, nada hay más mutable que la voluntad: ahora quiero una cosa y dentro de un instante otra distinta. En cambio, si digo *me comprometo*, ello tiene carácter definitivo porque genera una expectativa de "definitividad" en el destinatario del compromiso (Larenz).

25. Teoría de la declaración

a) Exposición

Esta teoría hace prevalecer la declaración de voluntad por encima de lo querido efectivamente por el autor de ella.

Por qué razones. En primer lugar, porque la declaración de voluntad es entendida en una doble función: comunicación y autodeterminación.

Al ser determinante, la declaración de voluntad tiene por finalidad inmediata un cierto efecto jurídico (lo que vale para los actos jurídicos es que el efecto de derecho es querido inmediatamente por las partes: art. 259 CCyC).

Y al ser manifestación de comunicación social, es interpersonal, y debe tenerse en cuenta cómo ese tercero pudo haber entendido la declaración.

Pero todavía ésta no es la respuesta buscada, porque aun cuando se tuvieran en cuenta las expectativas del tercero creadas por la declaración de voluntad, bien podrían sacrificarse estas expectativas en aras de lo efectivamente querido por el declarante.

La respuesta del por qué prevalece la declaración por encima de lo querido internamente, emana de dos razones fundamentales:

— la primera es que la relación jurídica no nace de la voluntad, sino de la declaración; no nace del querer, sino del comprometerse, como lo dijimos antes;

— la segunda, que tiene radical importancia en el ámbito de la interpretación del acto voluntario, tiene como fuente la idea de *responsabilidad del declarante* por el significado de su declaración, el cual le es imputable (Larenz).

Dado que en el ámbito de lo social, no existen actos sin responsabilidad, quien hace una manifestación de voluntad frente a otros es responsable de los medios de expresión por él elegidos. Le incumbe el deber de elegirlos de forma que el destinatario, en tanto que preste la atención debida, los entienda en el sentido dado por el declarante. Si éste se expresa defectuosamente, y por ello el destinatario le entiende en sentido distinto del dado por el declarante, aquél podrá hacer

valer la declaración en el sentido en que pudo entenderse obrando de buena fe.

b) Consecuencias y crítica

Una aplicación estricta de la doctrina alemana llevaría a prescindir absolutamente de lo querido, y por ende, a borrar los vicios de la voluntad, particularmente el error; y en la interpretación de los actos jurídicos descartaría *ab initio* lo efectivamente querido por el declarante.

Más allá de que, como se verá en los números siguientes, ninguna legislación paga tan caro tributo a la doctrina de la declaración, llevada ésta a su extremo, incurriría en el mismo error en que incurrió la doctrina de la voluntad invirtiendo los roles: para conceder pleno amparo al destinatario de la declaración, desampararía absolutamente al declarante cuando su expresión de voluntad no coincide con lo efectivamente querido.

26. Teorías intermedias

En la actualidad, la lucha entre ambas corrientes de pensamiento parece agotada, y prevalecen en la doctrina las posiciones intermedias. Se ha comprendido que las teorías extremas en esta materia conducen a consecuencias intolerables, y se trata de buscar soluciones prácticas en las que quede superado el dualismo entre el principio de la voluntad y el de la responsabilidad del declarante por el sentido objetivo de su declaración.

Ello ha acaecido fundamentalmente a través de la distinción entre las declaraciones recepticias y no recepticias.

Las declaraciones recepticias deben ser analizadas en cuanto a su validez e interpretadas, en principio, conforme a lo efectivamente querido por el declarante.

Pero al estar dirigidas a otro sujeto, esa indagación de la voluntad real se hará a través de la declaración.

De modo que se admite la invalidez de la declaración cuando el error ha sido excusable, o reconocible como lo dispone el CCyC; pero no se aceptan la reserva mental, ni el error no reconocible, y el acto simulado mantiene sus efectos frente al tercero de buena fe. Y en

orden a la interpretación, se tendrá en cuenta lo que las partes verosímilmente pudieron entender, obrando de buena fe y de acuerdo con los usos del tráfico.

En cuanto a las declaraciones no recepticias (como el testamento), que tienen una función exclusiva de conocimiento, la voluntad interna prevalece sobre lo declarado, siempre que esa voluntad interna tenga alguna expresión, así incompleta, en la declaración.

27. Sistema del CCyC

El CCyC asume una posición equilibrada.

Por un lado requiere que estén presentes los elementos internos: en particular entre ellos la intención, que está viciada por el error de hecho.

Pero, no cualquier error anula el acto, sino que si el acto es bilateral o unilateral recepticio, es necesario que sea esencial y reconocible (arts. 265 y 266 CCyC).

Desde ya que nuestro CCyC no acepta la reserva mental, y además protege al tercero de buena fe frente al acto simulado (arts. 336 y 337 CCyC).

Con respecto a la interpretación de los actos jurídicos, la tratamos más adelante, pero anticipamos que ella debe respetar la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente (art. 1067 CCyC).

VII. ACTOS ILÍCITOS Y ACTOS INVOLUNTARIOS

En nuestra obra Instituciones de Derecho Civil —Parte General, tratamos los actos ilícitos con sus presupuestos y consecuencias— y los actos involuntarios también con sus consecuencias. En esta colección esos temas son expuestos con la correspondiente extensión y profundad en el volumen sobre "Responsabilidad civil".

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

AGUIAR, Henoch, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, 1959; BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. Martín Pérez, 2ª ed., Madrid, 1959; BREBBIA, Rodolfo H., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, 1979;

CIFUENTES, Santos, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, 1986; CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985; DE LOS MOZOS, José Luis, *El negocio jurídico*, Madrid, 1987; ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Buenos Aires, 1963; GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. de Francisco De P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Valencia, 1992; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, 1992; BUERES, Alberto J., *El acto ilícito*, Buenos Aires, 1986.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

BENAVENTE, María Isabel, "Los hechos y actos jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación", LL Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 19, cita online: AR/DOC/3875/2014; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "El silencio como manifestación omisa de la voluntad", LL 1994-B-312; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "El silencio en la formación de los contratos (Si usted no manda este cupón...)", LL 1991-A-986.

CAPÍTULO XX

LOS ACTOS JURÍDICOS

I. INTRODUCCIÓN

1. Noción

El art. 259 CCyC define al acto jurídico como "*el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas*".

La definición del art. 259, que conserva la esencia de la que tenía el Código de Vélez en el art. 944, refleja muy adecuadamente el concepto de acto jurídico.

Sobre todo porque el precepto pone de relieve que el acto jurídico es *causa* de relaciones jurídicas; así como su carácter *finalista*, en cuanto es acto humano voluntario que persigue, de manera inmediata, un efecto jurídico.

2. Doctrina General del acto o negocio jurídico

a) Origen

La teoría general de negocio jurídico es una construcción del pandectismo alemán del siglo XIX, que intenta encontrar las reglas comunes a todo tipo de negocios jurídicos.

Sus raíces más profundas deben encontrarse en la escuela del derecho natural, que predicaba el valor de la voluntad como fuente de efectos jurídicos; y en la evolución del derecho de contratos, que admitió la eficacia de los contratos innominados y por lo tanto, *generalizó* las reglas previstas para los contratos típicos.

La teoría general del negocio jurídico ha tenido un gran desarrollo en la doctrina, pero no ha encontrado lugar sino en algunas pocas legislaciones.

b) Importancia

La trascendencia de la doctrina general del acto jurídico radica en la extensión de su ámbito de aplicación; así, tanto los negocios jurídicos bilaterales y patrimoniales, esto es los contratos, cuanto los negocios jurídicos familiares, los testamentos, los negocios jurídicos que tienen un objeto no patrimonial (actos de disposición sobre el propio cuerpo, por ejemplo), y los negocios patrimoniales unilaterales (la constitución en mora, la resolución de propia autoridad por ejercicio de la condición resolutoria tácita), y cualquier otro acto voluntario lícito que tenga una finalidad jurídica inmediata, quedarán subordinados a estas normas genéricas.

Ello sin perjuicio, naturalmente, de las particularidades que algunos de ellos pueden presentar, y que pueden dar lugar a la existencia de normas más específicas, pero de aplicación a todos los negocios de la especie. Así, existe la teoría general del acto familiar, o aún la del contrato, aunque esta última está casi íntegramente vertida en la del negocio jurídico.

3. Terminología

Nuestro Código, siguiendo a Freitas y al Código Napoleón, utiliza la denominación *actos jurídicos*.

En los últimos años, como consecuencia de la notable influencia de la doctrina alemana, italiana y española, la denominación *negocio jurídico* viene ganando terreno, y por eso será empleada como equivalente a la de acto jurídico.

4. Caracteres

a) Acto voluntario

Del mismo texto del art. 259 se desprende que el acto debe ser voluntario, por lo que debe emanar del hombre y ha de haber sido actuado con discernimiento, intención y libertad.

b) Acto ilícito

Los actos ilícitos no son actos jurídicos, puesto que si bien establecen relaciones jurídicas —de ellos nace el deber de reparar el daño causado—, el efecto jurídico no se produce por ser querido por el autor, sino como una sanción del ordenamiento para quien ha violado el principio *non alterum laedere* (no dañar a otro).

c) Acto con una finalidad jurídica

El autor persigue la producción de un efecto jurídico, que puede consistir en dar nacimiento a una relación jurídica, extinguirla, modificarla o transmitirla.

Esa finalidad no es la intención como elemento de la voluntad interna, estudiada en el capítulo precedente, sino la voluntad típica e invariable que corresponde al acto (hacerse dueño en la compraventa, establecer una relación de filiación en la adopción, establecer una relación conyugal en el matrimonio).

Y esos efectos se producen porque son queridos. La norma jurídica no puede atribuirme el dominio de una cosa o darme una esposa, sin mi voluntad. Al contrario, el efecto se produce porque es querido, perseguido por el hombre; y la ley ampara, tutela, esa voluntad, asignándole el efecto buscado.

El efecto jurídico se produce porque es querido por el autor, más allá incluso del mero fin práctico o económico buscado con la realización del negocio jurídico, y de ese modo se lo diferencia del simple acto lícito.

5. Distinción con los simples actos lícitos

a) Noción de simple acto lícito: remisión

La noción de acto voluntario simple o simple acto lícito ha sido tratada en el capítulo precedente. Recordamos ahora que el art. 258 dispone que: *"El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas"*.

b) La finalidad como criterio distintivo

Ya se ha apuntado que la diferencia entre el simple lícito y el acto jurídico radica en la finalidad del agente y su incidencia sobre el efecto jurídico.

En el simple acto lícito, la producción del efecto jurídico nace de la ley con total prescindencia de la voluntad de quien actúa. Así quien caza o pesca, puede hacerlo por mero placer, pero la ley le atribuye el dominio si el sujeto conserva el pez o la presa.

En cambio en el acto o negocio jurídico, el efecto jurídico se produce porque el sujeto lo quiere.

c) Importancia de la distinción

La trascendencia de la cuestión radica en que ciertas disposiciones legales han sido pensadas exclusivamente para los negocios jurídicos y por ello, no resultan aplicables a los actos lícitos.

Así sucede con las normas generales sobre capacidad de ejercicio; la persona que pesca se hará dueña del pez aunque sea menor de edad. Del mismo modo, no se aplican a los simples actos las normas que se refieren al objeto (art. 279 CCyC), algunas relativas a los vicios, a las modalidades, las de la forma y prueba, ni las que reglan la nulidad o anulabilidad de los negocios jurídicos.

6. Acto jurídico y autonomía de la voluntad

Ya hemos tratado del principio de la autonomía de la voluntad conforme al cual los sujetos de las relaciones jurídicas pueden configurarlas en un ámbito de libertad; de modo que la persona decide libremente si establece o no relaciones jurídicas, con quién y con qué contenido (art. 958 CCyC).

Este principio de la autonomía de la voluntad tiene trascendencia en el plano de las relaciones jurídicas de causa contractual; de allí que el contrato obliga a las partes (art. 959 CCyC), y si bien ha recibido morigeraciones y limitaciones continúa siendo el instrumento más idóneo para asegurar la libertad del ciudadano. Y también la tiene en el ámbito del derecho sucesorio, puesto que el sujeto puede decidir la suerte de su patrimonio para después de su muerte a través del testamento, bien que dentro de los límites de las porciones legítimas que la ley establece en beneficio de ciertos herederos.

El negocio jurídico, obra de la voluntad del hombre, con finalidad jurídica, aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada, como fuente creadora de efectos jurídicos; *el negocio jurídico constituye entonces el medio fundamental de realización del principio de autonomía de la voluntad.*

7. Elementos del negocio jurídico. Enumeración

Según un criterio generalizado, los negocios jurídicos están compuestos por elementos esenciales, naturales y accidentales.

Son elementos esenciales la voluntad, el objeto y la causa.

Se llaman elementos naturales a los que suelen acompañar al negocio jurídico según su naturaleza: la garantía de evicción y por vicios redhibitorios en la compraventa, el pacto comisorio, etc.; es decir, que cierta legislación pasa a integrar el acto en concreto dada su naturaleza. Las partes del negocio pueden, por supuesto, evitar la integración de la legislación supletoria; por ello serían elementos meramente naturales.

Finalmente, los elementos accidentales, son aquellos que pueden o no existir según la voluntad de las partes. Forman parte de esta categoría las modalidades de los negocios (plazo, cargo, condición).

II. ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO: LA VOLUNTAD

8. Introducción

Ya nos hemos referido al concepto de acto voluntario, de donde lo que hemos dicho allí es válido para su consideración como elemento del negocio jurídico.

Ahora bien, esa voluntad es siempre la de una persona, física o jurídica, que es el sujeto del negocio jurídico. Por eso la doctrina suele considerar al sujeto como elemento del negocio, aunque en realidad es la voluntad la que tiene la aptitud de producir los efectos jurídicos propios del acto jurídico.

A continuación examinamos de quién emana la voluntad y la declaración de voluntad.

9. Concepto de parte

Parte del negocio jurídico es la persona física o jurídica, cuya esfera jurídica de actuación es alcanzada por los efectos del negocio jurídico.

En otros términos, es aquél cuyos derechos u obligaciones nacen, se modifican, se transmiten o se extinguen como consecuencia del negocio jurídico.

10. Otorgante

Generalmente la parte es quien otorga el acto, en el sentido de que es quien lo concluye por sí mismo, prestando su consentimiento.

Pero los negocios jurídicos pueden también otorgarse por representación, de modo que quien concluye el negocio no es el sujeto al cual se van a atribuir los efectos jurídicos del mismo. En este caso el representante actúa como mero otorgante y no como parte.

Ésa es la regla por lo demás en los negocios jurídicos concluidos por personas jurídicas, que actúan siempre a través de uno de sus órganos que ostenta la representación legal del ente.

11. Representante

a) Noción introductoria

Existe representación cuando una persona —representante— declara su voluntad en nombre y por cuenta de otra persona —representado—, en virtud de una facultad apropiada y suficiente, de tal modo que los efectos se producen directa e inmediatamente en el representado, como si él mismo hubiera ejecutado el acto.

De donde, los elementos para que exista representación son:

— la declaración en nombre ajeno, efectuada por el representante;

— el actuar por cuenta o interés ajeno;

— la existencia de una facultad apropiada y suficiente, que puede provenir de la ley o de la convención.

b) Clases de representación

La representación puede ser legal, voluntaria u orgánica. Así lo define el art. 358 del CCyC diciendo: *La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica.*

De modo que —a título de ejemplo— es voluntaria la representación que emana de un contrato de mandato. Es legal la representación de los padres respecto de las personas por nacer y de sus hijos menores; así como la que ejercen tutores y curadores. Y es orgánica la que ejerce el presidente del directorio de una sociedad anónima o el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada.

c) Representación y asistencia

Ya hemos visto, al tratar de los menores, las personas de capacidad restringida e incapaces, la distinción entre representación y asistencia.

En la representación, la voluntad es emitida por el representante y sus efectos se imputan al representado (art. 359). Esta disposición aparece complementada en el art. 366 para la representación voluntaria, en tanto allí se establece que el representante no queda obligado con los terceros con quienes establezca la relación jurídica, siempre que haya actuado dentro de los límites de su representación y no haya garantizado el negocio.

En la asistencia, para que exista voluntad como elemento del negocio jurídico, es necesaria la confluencia de la declaración del asistido y del asistente.

d) Representación de los incapaces. Remisión

Hemos estudiado en el capítulo relativo a la capacidad el tema de la representación y asistencia de los incapaces. Ésta es una repre-

sentación legal, a la cual se aplican las disposiciones que el CCyC le consagra a partir del art. 100, y subsidiariamente las contenidas en el capítulo 8 del Libro I (arts. 358 y ss.)

e) Extensión y límites de la representación

Para que los efectos del acto obrado por el representante se imputen al representado, es necesario que aquél haya actuado dentro de los límites de su representación, que están definidos por la ley o por el acto de apoderamiento. De modo que si el mandante ha dado un mandato para administrar un inmueble urbano, el mandatario puede alquilarlo, y hasta puede hacerlo por más de tres años si tiene una facultad expresa para ello (arts. 1191 y 375, inc. k), pero sus facultades no alcanzan para venderlo o hipotecarlo. Del mismo modo, los padres o los curadores de las personas incapaces, ejercen su representación dentro de los límites establecidos por la ley; por lo que, por ejemplo, los padres no pueden comprometer servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio, sin consentimiento del hijo (art. 682). Y el art. 121 enumera una serie de actos para los cuales el tutor de un menor requiere autorización judicial.

Conforme al art. 360, la representación alcanza a los actos objeto del apoderamiento, a las facultades otorgadas por la ley y también a los actos necesarios para su ejecución. Lo mismo reitera el art. 375.

Y de acuerdo al art. 361 la existencia de supuestos no autorizados y las limitaciones o la extinción del poder son oponibles a terceros si éstos las conocen o pudieron conocerlas actuando con la debida diligencia. La regla se repite —innecesariamente— en el art. 362, segundo párrafo, con relación a la representación voluntaria.

f) Representación voluntaria

Una de las novedades del CCyC es, como decíamos, la inclusión de normas generales sobre la representación voluntaria que en el Código de 1869 estaban confinadas al contrato de mandato.

(i) Actos comprendidos

Sólo se puede otorgar representación para actos que el representado podría actuar por sí mismo (art. 362). Es decir que el representado debe tener capacidad —de hecho y de derecho— para otorgar el acto de que se trata. De modo que si un abogado diera mandato para que otro compre en su nombre bienes que están en litigio en el que él participa, esa compraventa sería nula pues el abogado representado está alcanzado por una inhabilidad para contratar sobre tal bien (art. 1002, inc. c). Y un menor no tiene capacidad para dar mandato para celebrar un acto jurídico que sólo puede ser otorgado por quien es mayor de edad (art. 364).

Los terceros que contratan con el representante pueden exigir a éste la entrega de una copia firmada del instrumento del que resulte su representación (art. 374), siendo un deber del representante poner en conocimiento de los terceros las modificaciones, renuncia y revocación de los poderes (art. 381), pues de otro modo no serían oponibles a esos terceros, a no ser que ellos las hubieran conocido al tiempo de otorgarse el acto.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva (art. 375). Este mismo artículo enumera los actos para los que son necesarias facultades expresas. Algunos de ellos son:

- El reconocimiento de hijos;
- La petición de divorcio o nulidad de matrimonio;
- Aceptar herencias;
- Constituir, transferir, modificar o extinguir derechos reales sobre inmuebles;
- Reconocer o novar obligaciones;
- Hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración;
- Renunciar, transar o someter a árbitros;
- Dar o tomar en locación inmuebles por más de tres años;
- Hacer donaciones;
- Otorgar fianzas.

Si alguien actúa como representante de otro sin serlo, o en exceso de las facultades conferidas por el representado, es responsable del daño que la otra parte sufra por haber confiado, sin culpa suya, en

la validez del acto; si hace saber al tercero la falta o deficiencia de su poder, está exento de dicha responsabilidad (art. 376).

(ii) Forma

El art. 363 dispone que el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar. O sea que si se trata de un acto jurídico para el cual es necesaria la escritura pública —como la compraventa de un inmueble (art. 1017, inc. a)—, el apoderamiento debe también ser extendido en escritura pública.

Una cuestión que ha de plantearse es la forma de acreditar la representación para actuar en juicio, pues el CCyC no contiene una previsión que exija la escritura pública como lo hacía el Código derogado (art. 1184, inc. 7). Por lo que habrán de ser tenidas en cuenta las disposiciones de los códigos procesales locales que en algunos casos autorizan que la representación judicial se acredite por carta poder o se exteriorice por acta judicial (por ej., Código Procesal de Córdoba, art. 90)

(iii) Capacidad

Durante la vigencia del Código Civil ya se establecía que el mandatario podía ser menor, discutiéndose si debía ser un menor adulto o si podía serlo también un impúber.

La cuestión queda zanjada en el CCyC vigente pues puede ser representante quien tenga discernimiento (art. 364), entendiéndose que es el requerido para los actos lícitos que se adquiere a los 13 años (art. 261, inc. c).

El representado, como ya se dijo, debe tener capacidad para celebrar el acto para el cual otorga el apoderamiento. Esa capacidad debe existir al momento de discernir la representación.

(iv) Pluralidad de representantes y de representados

Un poder puede ser dado a una o más personas. En ese caso la cuestión es si deben actuar conjuntamente o pueden hacerlo individualmente. Lo razonable y lo que indica una buena práctica profesional es que quien redacte el poder resuelva ello expresamente.

Si no lo hiciera, rige lo previsto en el art. 378, conforme al cual se entiende que cada apoderado puede actuar individualmente. Es decir que la actuación conjunta debe ser prevista expresamente.

También es frecuente que sean varios los que dan poder a otro. Verbigracia, tres condóminos de un inmueble dan poder a un corredor para que lo ofrezca en venta. En tal caso cada uno de los poderdantes puede revocarlo sin depender para ello de los otros (art. 379).

(v) Vicios

El CCyC regula los efectos de los vicios de los actos voluntarios en el caso del acto otorgado por representante.

Partiendo de la idea de que los actos se imputan al representado, el CCyC da dos soluciones:

— si la voluntad viciada es la del representante el acto es nulo;

— salvo que el representante haya actuado en ejercicio de facultades previamente determinadas por el representado, en cuyo caso el acto será válido, a no ser que estuviese viciada la voluntad del representado cuando otorgó el acto de apoderamiento (art. 365).

(vi) Ratificación

Un viejo axioma indica que la ratificación equivale al mandato —o a la representación diríamos ahora—. Con ello se quiere expresar que si el representado asume las consecuencias de lo actuado por el representante cubre o suple cualquier defecto u omisión del acto de apoderamiento, o el exceso del representante en el ejercicio de sus atribuciones o aún la inexistencia de las facultades ejercidas. Así, si el mandatario alquila un inmueble por más de tres años sin tener facultades expresas para ello, pero el propietario representado percibe los alquileres o de cualquier modo manifiesta su voluntad de aceptar la locación tal cual fue concertada, el negocio está ratificado.

El CCyC trata esta cuestión entre los arts. 369 y 371. En el primero establece el principio general según el cual la ratificación suple el defecto de representación y tiene efecto retroactivo al día del acto sin perjuicio de los derechos de terceros. La ratificación puede

ser expresa o tácita (art. 371) y los interesados pueden requerirla (art. 370), teniéndose el silencio por negativa.

(vii) Acto consigo mismo

En el ámbito de los contratos es conocido el *autocontrato*, esto es el que celebra una persona consigo misma, pero obviamente actuando en ejercicio de derechos distintos; éste es el caso de quien ha sido encargado de vender un cuadro y lo compra para sí.

La regla general es que el autocontrato no es válido, salvo que tenga autorización del representado (art. 368).

El mismo art. 368 dispone que el representante no puede, sin la conformidad del representado, aplicar fondos o rentas obtenidos en ejercicio de la representación a sus propios negocios, o a los ajenos confiados a su gestión.

(viii) Representación aparente

Ya hemos estudiado la teoría de la apariencia, una creación doctrinaria con algunos reflejos legislativos, tendiente a la protección de los terceros de buena fe que han confiado en una situación aparente. De ella derivan situaciones como la del pago al acreedor aparente o la de los actos otorgados por el heredero aparente.

El CCyC trata también de la representación aparente en el art. 367 que dice: *Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente. A tal efecto se presume que: a) quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste; b) los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan; c) los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.*

De este modo el CCyC regula lo que se conocía como mandato tácito el que, conforme con la jurisprudencia intepretativa, debía surgir de hechos u omisiones que permitieran inferir, inequívocamente, el consentimiento del mandante para instituir un mandatario. Entendemos que este criterio conserva vigencia.

En cuanto a los casos enumerados por los incs. a) a c) del art. 367 comprenden lo que en el Código de Comercio derogado eran los factores y dependientes de comercio, regulados a partir del art. 132 de aquel cuerpo legal.

(ix) Sustitución

En principio el ejercicio de una representación voluntaria no es un acto *intuitu personae*, por lo que salvo prohibición establecida por el representado, el poder puede sustituirse en otro (art. 377).

Esto es muy común en las representaciones judiciales; cuando un abogado tiene un poder de un cliente que tiene un juicio en una provincia en la cual ese letrado no está matriculado, sustituye su poder en otro abogado del lugar en que tramita el proceso.

Claro es que en tal caso, el apoderado responde por los actos de aquél en quien ha sustituido el poder. Tal responsabilidad no existe cuando el sustituto ha sido elegido por el representado.

(x) Extinción de la representación

El art. 380 enumera los casos de extinción de la representación. Son ellos:

— el cumplimiento de los actos encargados al apoderado;

— la muerte del representante o del representado, salvo una excepción que veremos más adelante;

— la revocación hecha por el representado, a no ser que el poder haya sido concebido como irrevocable, lo que también explicamos en el párrafo siguiente;

— la renuncia del representante;

— la muerte presunta del representante o representado;

— la declaración de ausencia del representante;

— la quiebra de uno u otro;

— la pérdida de capacidad de uno u otro.

(xi) Poderes irrevocables

Como hemos visto tanto la muerte como la revocación causan la extinción del apoderamiento.

Pero ello reconoce excepciones.

Así, el poder no se extingue por la muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y un tercero.

En cuanto a la revocación no surte efecto cuando el poder ha sido concebido como irrevocable. Ahora bien; como la regla general es que el poder es revocable por el representado sin necesidad de expresión de causa, la irrevocabilidad es una excepción que se justifica cuando el poder ha sido dado para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero. En este caso el poder se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa.

El poder irrevocable se utiliza para la concreción de ciertos negocios. Verbigracia: el único heredero de un inmueble quiere venderlo y cobrar el precio, pero no ha hecho el juicio sucesorio de su causante. Entonces lo vende, cobra el precio y para asegurar la transmisión del dominio le extiende un poder irrevocable a favor del comprador para que éste escriture cuando se termine la sucesión.

(xii) Poder que no se extingue por la incapacidad

El art. 60 dispone que "*La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela...*".

En este caso el poder no se extingue por la incapacidad del sujeto; por el contrario, si es en previsión de su propia incapacidad, empieza a tener efecto cuando el sujeto es declarado incapaz.

11. El requisito de capacidad del sujeto

a) Presupuesto del negocio jurídico

Si nosotros decimos que la voluntad es uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, la capacidad del sujeto del cual emana la voluntad se constituye en un *presupuesto* del negocio jurídico.

b) Regla legal

El Código de 1869 contenía un art. 1040 que decía: "*El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho*".

Esta regla no aparece reproducida en el CCyC, pero que el acto debe ser otorgado por persona capaz es una regla impuesta no sólo por el sentido común sino que emana del juego de otros preceptos; así el art. 44 declara nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia que los declara tales; la persona menor de edad debe actuar a través de sus representantes legales salvo autorización explícita del ordenamiento (art. 26 CCyC). En materia de nulidades, el CCyC dispone que no puede invocar la falta de capacidad la persona que la ocultó dolosamente (art. 388). Y, finalmente, el art. 1000 establece que "*Declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido*".

En fin, es claro que el acto obrado por un incapaz es nulo.

12. El requisito de determinación del sujeto

Todos los elementos del negocio jurídico deben ser determinados o determinables (conf. Cifuentes), y ello se aplica también al sujeto del negocio jurídico, como condición de validez del mismo.

III. EL OBJETO DEL NEGOCIO JURÍDICO

13. Concepto

a) Introducción

El art. 279 CCyC dice que: *El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.*

b) El objeto del acto jurídico: distinción con otros conceptos

El CCyC despeja ciertas dudas que existían bajo la vigencia del Código de Vélez. En este sentido, es claro que el objeto del acto es su materia: bienes y hechos (conductas) (art. 279 CCyC) aunque tal conclusión surge por implicancia pues no la afirma sino que opta por enumerar cuales bienes y cuales hechos *no* pueden ser objeto del acto jurídico.

Ello permite descartar antiguas tesis que confundían el objeto del acto con la obligación. La obligación es un efecto del negocio jurídico; y la prestación es el objeto de la obligación (art. 724). Normalmente la prestación consiste en dar, hacer o no hacer algo.

Así, por ej., en un contrato de compraventa de cosa mueble, la cosa vendida y el precio constituyen el objeto; la entrega de la cosa y la entrega del precio constituyen las prestaciones, contenido del negocio jurídico.

14. Principios de libertad de elección del objeto

El objeto de los actos jurídicos puede ser elegido libremente por las partes; de allí que el art. 259 CCyC se limita a establecer las condiciones que debe reunir, expresándolas de manera negativa.

De todos modos, antes de examinar esas condiciones es conveniente determinar qué puede ser objeto de los actos jurídicos, para saber cuál es el campo de hechos o bienes en el cual puede jugar ese principio de libertad que acabamos de enunciar.

15. Qué puede ser objeto

a) Hechos y bienes

El art. 259 se refiere a hechos y bienes como posibles objetos de los actos jurídicos.

b) La persona

Algunos autores consideran que la persona puede ser objeto del negocio jurídico; sean las personas ajenas, como en el derecho de familia, cuanto la persona propia atendiendo a ciertas manifestaciones suyas (derechos personalísimos) (Cifuentes).

Por nuestra parte entendemos que la persona no puede ser objeto del negocio jurídico.

En los denominados actos jurídicos familiares, la persona actúa como sujeto, y el objeto estará dado por las relaciones jurídicas que se crean, modifican o extinguen.

Así, en el matrimonio no es la persona el objeto del negocio; allí los contrayentes son sujetos del negocio jurídico, y el objeto estará dado por los hechos o bienes materia de los derechos y deberes generados por las relaciones conyugales.

En los actos de disposición de los derechos de la personalidad espiritual (imagen, intimidad, voz), habrá conductas (revelar aspectos de la vida privada a un periodista o biógrafo) o cosas (una fotografía, una grabación, un film), que constituyen el objeto del negocio.

c) El cuerpo humano

El CCyC trata del cuerpo humano en diversas oportunidades. Por empezar, en el art. 17 —bajo el epígrafe "Derechos sobre el cuerpo humano"— establece: "*Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales*".

El art. 56 se refiere a los actos de disposición del propio cuerpo y el art. 1004 parece admitir que el cuerpo humano o sus partes sean

los contratos). Es determinado, cuando se encuentra precisado con exactitud al tiempo de celebración del acto jurídico. Es determinable, cuando legal o convencionalmente se prevén los mecanismos o herramientas que permitan precisarlo en el momento del cumplimiento del acto (v. arts. 1005, 1006 CCyC).

Si el objeto es absolutamente indeterminable el acto podrá ser declarado nulo.

18. Los bienes prohibidos

a) Bienes que están especialmente prohibidos

No es muy clara la referencia a los "bienes especialmente prohibidos"; la mayor parte de la doctrina considera que es el caso de las cosas muebles que no pueden hipotecarse, los inmuebles que no pueden ser dados en prenda. Pero esos casos son de imposibilidad jurídica.

Algunos han señalado a las cosas del dominio público. Pero si bien ellas son inenajenables no por ello están excluidas de ser objeto de otros actos jurídicos distintos a la venta, como la concesión, permiso, comodato, etc.

Por lo tanto debería concluirse que la ley se refiere a los bienes cuya enajenación es particularmente prohibida por la legislación. Así, ciertos medicamentos no autorizados por las autoridades de salud pública; los estupefacientes.

Del mismo modo, la moneda extranjera puede constituir objeto prohibido en regímenes en los que es vedado comerciar sobre ella y a veces, aun su tenencia por los particulares.

En nuestro país constituye delito la simple tenencia sin autorización legal de armas de guerra, bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación (art. 189 bis, párrafo tercer, Cód. Penal); por lo tanto, éstas serían cosas especialmente prohibidas.

En definitiva, cuadra apuntar, estas cosas constituirían un *ilícito* al objeto del acto jurídico.

19. Los hechos imposibles

Se aplican las mismas reglas que hemos estudiado para los bienes imposibles.

20. Los hechos prohibidos

El acto tiene como objeto un hecho ilícito cuando la conducta que constituye su materia o realidad está prohibida por la ley.

De allí que constituyen supuestos de negocios de objeto ilícito aquellos en que se prometen servicios profesionales, para los cuales se carece de título habilitante (ejercicio ilegal de la medicina, de la abogacía o de cualquier otra profesión que requiera alguna habilitación); las sociedades prohibidas para ciertos profesionales (sociedad anónima para el ejercicio del corretaje; sociedad entre martilleros y corredores).

21. Los hechos contrarios a la moral y buenas costumbres

El art. 279 CCyC impone la conformidad del objeto del negocio jurídico con la *moral y buenas costumbres*; por lo tanto, la primera preocupación que se genera es la de determinar el contenido de ese *standard* jurídico para lo cual en nuestro medio se han desarrollado dos doctrinas. Cabe apuntar que la moral pública está también mencionada en el art. 19, Constitución Nacional como un límite al derecho a la privacidad que consagra dicho texto supremo.

a) Doctrina que identifica moral y buenas costumbres con los preceptos de la religión católica

Una tesis, elaborada por Ripert y seguida entre nosotros por Llambías y Borda, identifica el estándar moral y buenas costumbres con los preceptos de la religión católica.

Se fundan para ello en que constituye la religión practicada por la mayor parte de la comunidad, e incluso que tiene un particular reconocimiento constitucional, toda vez que el Estado sostiene el culto católico.

Esta tesis es hoy insostenible; nuestra Constitución adhiere a un ideario liberal en el que toda forma de perfeccionismo religioso está excluida. Como ha dicho la Corte en el caso Arriola no es función del Estado establecer una moral.

b) Doctrina sociológica

Otro sector de la doctrina, de la que participan la mayor parte de los autores nacionales, considera que el concepto de moral y buenas costumbres se vincula con la moral media de una comunidad en un momento dado; es decir, que los jueces deben tratar de aprehender objetivamente el estado de conciencia colectivo sobre la cuestión que se pondere a la luz de ese estándar.

Como síntesis de esta doctrina, Colmo ha dicho que hay que atender a la moral ambiente presente y no pasada o futura; práctica y no teórica; civil y no religiosa; nacional y no universal; objetiva y no subjetiva o individual.

c) Adecuación con el art. 19 CN

Las explicaciones hechas por la civilística nacional no tenían necesariamente en cuenta el principio de autonomía sentado por el art. 19 CN. Conforme a ese precepto las acciones de los hombres que no causen daño a terceros ni ofendan al orden o a la moral pública quedan exentas de la autoridad de los magistrados y reservadas exclusivamente a Dios.

De donde la doctrina liberal, seguida por la Corte Suprema, enseña que la persona puede establecer su propio proyecto de vida sin interferencias del Estado, el que no puede proponer ni imponer una determinada moral. De allí que las acciones realmente vedadas son las que causan perjuicio a terceros, sin que quepa sancionar, penalizar o prohibir las conductas privadas que no afecten derechos de terceros.

d) Aplicaciones

En función de la regla que impone que el objeto del acto debe ser conforme a la moral y buenas costumbres, la jurisprudencia gestada durante la vigencia del Código Civil, adoptó numerosas soluciones moralizadoras en el ámbito de los negocios jurídicos.

Así, redujo las tasas de interés usurarias y las cláusulas penales excesivas, rechazó el ejercicio abusivo de los derechos aún antes de la incorporación del art. 1971 del Código anterior por obra de la ley 17.711, anuló los contratos de venta de influencia.

También se ha considerado inmoral el ejercicio de la facultad resolutoria de un contrato cuando el incumplimiento es poco significativo o el deudor ha cumplido ya con la mayor parte de sus prestaciones.

Estas cuestiones han tenido reflejo en reformas legislativas como la misma ley 17.711 y se mantienen en el nuevo CCyC.

En cambio el art. 279 no es fundamento para impedir conductas autorreferentes, como la esterilización, la negativa a recibir tratamientos médicos, la utilización de estupefacientes o las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Ello así pues el art. 19 de la CN consagra que las conductas privadas no son susceptibles de ser cuestionadas por el Estado, salvo que sean dañosas para terceros. Bajo esta premisa es que debe ser interpretada y aplicada la regla moral que contiene el art. 279 CCyC.

22. Hechos lesivos para terceros

En principio, los actos jurídicos tienen un efecto relativo, limitado a las partes del negocio, por lo que no afectan a terceros (arg. art. 1021 CCyC).

De allí que, como regla general, cabe afirmar que los actos no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros.

Sin embargo, pueden quedar comprometidos en esta especie, los actos fraudulentos (arts. 338 y ss.), con la peculiaridad de que la sanción de ellos no es la nulidad, sino la inoponibilidad.

23. Hechos que afectan la dignidad personal

El Código de Vélez anulaba el acto jurídico cuyo objeto afectara la libertad de las acciones o de la conciencia.

El CCyC utiliza una expresión distinta: hechos que afecten la dignidad personal, que abarca la libertad pero va todavía más allá.

Dentro de esta categoría están las condiciones prohibidas por el art. 344 CCyC, así como cualquier acto que de algún modo serio cause una lesión a la dignidad personal, como pueden ser los que exijan una prestación denigrante (ejercicio de la prostitución, mendicidad, etc.).

24. Efectos del negocio jurídico de objeto prohibido

a) Regla general

La sanción para los negocios jurídicos cuyo objeto no cumpla con los recaudos del art. 279 es la nulidad. El viejo art. 953 lo decía expresamente; el actual art. 279 no lo menciona de manera explícita, pero es una consecuencia que emana del conjunto de disposiciones del Código.

b) Convalidación

El art. 280 CCyC establece una regla que no tiene antecedente en el Código de Vélez. Según este dispositivo, el acto jurídico sujeto a plazo o condición suspensiva es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición.

IV. LA CAUSA

25. Acepciones de la palabra causa

Cuando se habla de causa, es preciso determinar como punto de partida, las distintas acepciones que esa palabra tiene, para así saber cuál es la materia sobre la que se está discurriendo.

En primer lugar se habla de *causa fuente*, con lo cual se pretende aludir al hontanar del cual emana un determinado efecto jurídico.

La noción de causa fuente es fecunda en el plano de las obligaciones, y con ella se identifica a las causas que generan un vínculo jurídico obligacional; de modo que el contrato, el hecho ilícito, la ley, son generalmente indicados como fuentes de las obligaciones.

En segundo término, se habla de la *causa final*, noción que originariamente estuvo dirigida a expresar aquello que las partes persiguen al realizar un acto jurídico. En este sentido, la causa de un negocio de compraventa sería la obtención de la propiedad de la cosa para el comprador y la disponibilidad del precio para el vendedor.

A su vez, la causa final se ha identificado también con la *causa motivo o impulsiva*, que trata de identificar el interés concreto que ha movido a las partes a la realización de un negocio jurídico. Para el comprador el motivo de la compraventa de una casa puede ser la necesidad de habitar en ella o la de hacer una inversión, la de instalar un fondo de comercio o desarrollar una actividad profesional o industrial.

Esta multiplicidad de acepciones es una de las razones que da lugar a dificultades en los desarrollos doctrinarios, los que, además, se encontraron en la mayor parte de los países con textos legales poco claros acerca del alcance que daban a la palabra causa cuando la utilizaban; y en otros con la ignorancia legal de esa noción.

26. Planteo del problema de la causa como elemento del negocio jurídico

a) Noción de causa de la que tratamos

Hecha esa advertencia previa, debemos ahora señalar también que nosotros estamos tratando de la noción de causa en el plano del acto o negocio jurídico.

Ello descarta, en primer lugar, que nos refiramos a la causa fuente, la cual —ya lo hemos señalado— tiene trascendencia en el ámbito obligacional.

De modo, pues, que nuestro discurso versará sobre la causa final la que *constituye un elemento de todos los negocios jurídicos*, incluidos los actos jurídicos patrimoniales unilaterales.

b) Causa y autonomía de la voluntad

Ahora debemos explicar por qué se trata de la causa como posible elemento del negocio jurídico.

La explicación se encuentra en la noción previa de autonomía de la voluntad, a la que ya nos hemos referido, conforme a la cual las partes quedan obligadas por aquello que han convenido.

Se dice por los autores que, para que la voluntad privada tenga tal fuerza, y autorice a constreñir a la otra parte a cumplir aún forzadamente aquello a que se ha comprometido, es necesario que ese negocio jurídico tenga una causa que merezca ser amparada por el ordenamiento jurídico.

En otras palabras, *que ese negocio jurídico tienda a realizar —persiga, busque, tenga como finalidad— un interés que el ordenamiento considere merecedor de tutela y protección* (conf. Santoro Passarelli). O, como lo hemos dicho antes, el derecho reconoce a la voluntad como fuente productora de consecuencias jurídicas, cuando se manifiesta lícitamente y dentro de las buenas costumbres.

Por ello, esa finalidad deberá ser lícita y acorde con la moral y las buenas costumbres; es en estos campos donde la jurisprudencia ha hecho una aplicación fructífera de la noción de causa final.

27. Doctrinas sobre la causa

a) La doctrina clásica

El elaborador de la doctrina moderna de la causa es Domat (siglo XVIII), quien pretendió determinar por qué los contratos obligaban a las partes.

Sostenía este autor que en los contratos onerosos y bilaterales (compraventa, permuta), cada una de las prestaciones encuentra su fundamento en la que corresponde a la otra parte.

De modo que la prestación del vendedor —entrega de la propiedad de la cosa— encuentra su causa o fundamento en la prestación del comprador —pago del precio—.

En los contratos unilaterales, como puede serlo el mutuo, la obligación del mutuario ha sido precedida, como antecedente indispensable, de la entrega hecha por el prestamista; es decir que la obligación del prestatario de restituir encuentra su causa en la entrega hecha por el mutuante.

En cuanto a los contratos gratuitos, como la donación, dice Domat que el mero hecho de aceptar da vida a lo convenido, haciendo que la obligación del donante encuentre fundamento en cualquier motivo razonable y justo, como lo sería la prestación de algún servicio, un mérito cualquiera del donatario o sencillamente, el deseo de realizar un bien.

Sobre la base de las enseñanzas de Domat, y las rectificaciones de Pothier, la doctrina elaboró una teoría de *causas típicas*, fundamentaciones genéricas del querer de los contratantes, que prescindían de las razones individuales existentes en las partes de cada contrato. Así, en la compraventa la causa sería siempre para el vendedor el precio y para el comprador la adquisición de la propiedad de la cosa; en la donación, el *animus donandi*.

Es conveniente tener en cuenta que esta doctrina ubica a la causa en el momento de la celebración del contrato (etapa genética), sin considerar siquiera su subsistencia o importancia en la etapa funcional del negocio jurídico. En este punto, como se verá, reside uno de los defectos más importantes de la teoría clásica, pues la idea de causa final se revela particularmente fecunda si se la pondera en el momento funcional del negocio, o sea, durante su ejecución.

b) El anticausalismo

La doctrina puntualizó —entre otras— las siguientes objeciones a la formulación de Domat:

— en los contratos bilaterales, la causa, se identifica con el objeto;

— en los contratos gratuitos, el llamado *animus donandi* se identifica con el consentimiento;

— no hay un concepto uniforme de causa, pues depende del tipo de contrato según la clasificación que hiciera Domat;

— no hay ninguna referencia a la causa móvil o impulsiva, salvo incipientemente en materia de actos gratuitos como la donación en que se alude al ánimo de beneficiar;

— la causa funcionaría sólo en la etapa genética del contrato y no en la etapa funcional;

— Domat ha tratado sólo de los contratos de los que nacen obligaciones, pero no ha tratado la cuestión en los que modifican o extinguen relaciones jurídicas.

De allí que Planiol haya finalmente catalogado a la doctrina de la causa como falsa e inútil. Y el anticausalismo haya sido predominante.

c) Neocausalismo

La obra de Capitant, publicada en 1923, constituye el hito sobre el que se construye el neocausalismo. En este sentido, pueden puntualizarse los siguientes aspectos relevantes de la idea de Capitant:

— la causa se ubica en el ámbito de la voluntad; junto con el consentimiento constituyen los dos elementos subjetivos del contrato;

— pero la causa no es lo mismo que el consentimiento; éste tiene importancia sólo en la etapa de formación del contrato, *mientras que la causa subsiste durante toda la etapa funcional del contrato*. Esto es uno de los grandes avances debidos a Capitant, pues la concepción de la causa como elemento que subsiste durante todo el lapso de cumplimiento, permite fundar instituciones, como el pacto comisorio, la excepción de incumplimiento, la imprevisión, etc.;

— la causa tampoco se confunde con el objeto; en los contratos bilaterales la causa es *la voluntad de obtener el cumplimiento de la prestación debida por la otra parte*;

— de allí que la causa falta no sólo cuando la obligación no nace, sino también cuando la otra parte no cumple. Ello, como decíamos, fundamenta la excepción de incumplimiento y el pacto comisorio;

— en la concepción de Capitant la causa se presenta de la misma manera en cada tipo de negocio, es decir que aparece concebida de manera objetiva;

— Capitant considera que los motivos no forman parte de la causa; sin embargo, en ciertos casos admite la relevancia de motivos ilícitos (casa alquilada para que funcione un burdel) y el vicio de error sobre la cualidad de la cosa o de la persona.

d) Avances posteriores

La doctrina siempre vuelve sobre el tema de la causa; de allí que algunos hayan puesto el acento sobre los motivos individuales que en ciertos casos pueden formar parte de la causa; mientras que otros insisten en que la causa es objetiva, típica, idéntica para cada tipo de contrato.

e) Dualismo

Salvo algunas formulaciones subjetivas u objetivas exageradas, la mayor parte de los autores hace concesiones a la otra acepción de causa, y en general admiten que ambas nociones no son incompatibles, sino que por el contrario, pueden ser armonizadas.

Y con ello la noción de causa final sirve como respuesta a las preguntas para qué se contrata y por qué se contrata (Puig Brutau).

De modo que la causa final puede ser definida como *la razón de ser jurídica del negocio* (Bueres), poseyendo una doble significación, objetiva y subjetiva.

(i) Causa final objetiva

Como causa final objetiva, identifica a la pretensión que tiene cada una de las partes de un negocio jurídico de obtener de la otra el cumplimiento de las prestaciones prometidas, con lo cual se sigue en gran medida las enseñanzas de Capitant.

En este sentido la causa final es:

— objetiva, porque corresponde al tipo de negocio querido por las partes;

— unitaria, porque no hay una causa para el comprador y otra para el vendedor, sino una sola en la cual el cumplimiento de cada uno constituye una causa única. Explica con claridad Castán Tobeñas que "la causa, en el contrato bilateral, es la relación de las dos prestaciones con el cambio de un valor por otro, o *sea la bilateralidad, no cada prestación en sí*";

— tipificadora, en cuanto individualiza al negocio querido por las partes.

(ii) Causa final subjetiva

En este segundo sentido, la causa final se refiere a los móviles perseguidos por algún contratante en particular.

Para que esos móviles sean causa del negocio y por ello tengan relevancia jurídica, han de haber sido "causalizados". Para ello es necesario que sean esenciales, exteriorizados y, si es un contrato bilateral o unilateral oneroso, han de ser comunes a ambas partes.

Naturalmente estos móviles que pueden llegar a constituir causa en el sentido subjetivo, son esencialmente variables e individuales, por oposición a la causa en sentido objetivo que es uniforme y tipificadora.

f) Funciones

La causa final así entendida tiene relevancia en la etapa genética del contrato y también en la etapa funcional o de cumplimiento, hasta el mismo momento de su extinción, como lo demostrara Capitant.

El funcionamiento en concreto lo vemos más adelante, donde la mostraremos subyacente en numerosos institutos.

28. La causa en el derecho argentino

Durante la vigencia del Código de Vélez Sarsfield la cuestión de si la causa constituye o no un elemento del negocio jurídico fue motivo de arduo debate y profundos desencuentros. Ello debido, entre otras razones, a la falta de rigor con que el tema había sido abordado en los textos positivos.

Este debate ya no tiene sentido en la medida que el CCyC trata explícitamente de la causa como elemento del acto jurídico.

a) Definición

El CCyC define la causa como *el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad* (art. 281).

Ésta es la causa en sentido objetivo; es la causa tipificante del negocio, idéntica en todos los negocios de la misma especie y que por

ello sirve para identificarlo. En otras palabras, todos los actos jurídicos que persiguen la adquisición de la propiedad de una cosa contra el pago de un precio, son una compraventa y como tal quedan sujetos a las reglas de este contrato, más allá de como lo hayan denominado las partes.

b) Los motivos

El mismo art 281 sigue diciendo que "*También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes*".

c) Presunción de causa

El art. 282 dispone: "*Aunque la causa no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera*".

De ello se deriva que si la causa expresada es falsa, ello no provoca necesariamente la nulidad del acto jurídico, sino que invierte la prueba; vale decir que una vez demostrado que la causa es falsa, quien pretenda conservar la validez del acto debe demostrar que el negocio tiene causa y que ella es lícita.

d) Superposición con otras disposiciones

Como sucediera con el Proyecto de 1998, en el CCyC las reglas sobre causa del acto jurídico se complementan (o se superponen) con las que se refieren a la causa del contrato (arts. 1012 a 1014).

29. Aplicaciones prácticas

a) Institutos en los que subyace la idea de causa final

(i) Causa subjetiva en la etapa genética del contrato

Según algunos criterios, la causa errónea y la causa simulada (supuestos de falsa causa), fundamentan la anulación de los actos ju-

rídicos por error en la causa (art. 267) y por simulación (art. 333), respectivamente.

Por lo demás, la jurisprudencia ha hecho una muy fértil aplicación de la exigencia de causa lícita, tanto en sus aspectos subjetivos como objetivos.

(ii) Causa objetiva en la etapa genética

La causa objetiva en esta etapa sirve fundamentalmente para tipificar el contrato de que se trate, más allá de cómo lo hayan denominado las partes. Esta idea está expresada en el art. 1127, y se aplica por la jurisprudencia con gran frecuencia.

(iii) Causa objetiva en la etapa funcional del negocio

En su noción objetiva la causa final fundamenta:

— el pacto comisorio expreso y tácito (art. 1083);

— la excepción de incumplimiento (art. 1031);

— la imposibilidad de pago (art. 955);

— la teoría de la imprevisión (art. 1091).

Nosotros agregamos que también en las garantías por vicios redhibitorios y de evicción encuentra su lugar la idea de causa final.

b) Defectos de la causa (falta de causa, falsa causa, ilicitud y frustración)

(i) Exposición de la cuestión

De acuerdo con lo que hemos expuesto hasta aquí resulta claro que el negocio jurídico debe contar, como uno de sus elementos esenciales, con una causa final —comprendida en sus sentidos objetivo y subjetivo— de modo que el negocio querido por la voluntad de las partes, obtenga reconocimiento del derecho y produzca sus efectos conforme a lo querido por las partes.

De modo que si en el negocio falta la causa, o ella es falsa, ilícita o se frustra, se producirán determinados efectos jurídicos.

(ii) Falta de causa

Cuando hablamos de falta de causa, corresponde hacer un distingo entre la causa objetiva y la subjetiva.

Tratándose de contratos típicos (compraventa, permuta, mutuo, etc.), la causa objetiva, como finalidad económico-social del negocio, está dada expresamente por la ley; dentro del marco fijado por ella, las partes ejercerán las facultades que emanan de la autonomía privada.

Por lo tanto, en principio, no puede faltar la causa objetiva en los contratos típicos, salvo que en el caso concreto ella sea de imposible realización; tal sucede, verbigracia, cuando se pretende contraer la calidad de fiador de una obligación ya pagada, comprar la cosa que ya es propia, asegurar un riesgo inexistente, pagar una deuda ya extinguida, etc.

En la jurisprudencia francesa se ha tratado un caso interesante; es habitual el contrato por el cual alguien promete una renta vitalicia a cambio de la transmisión de la propiedad de un inmueble, lo que acaecerá con la muerte del propietario beneficiario de la renta; los tribunales han considerado que el contrato carece de causa si el propietario beneficiario de la renta estaba enfermo sin posibilidades de prolongación de su vida, y eso era sabido por el adquirente de la propiedad.

Del mismo modo, carece de causa el contrato de compraventa de un inmueble, si éste había sido expropiado con anterioridad a la venta; hipótesis que nuestros tribunales resolvieron con fundamento en la doctrina del error.

En cuanto a la causa subjetiva, los móviles de las partes pueden coincidir, pura y simplemente, con la función económico-social del negocio (adquirir la propiedad y la disponibilidad del precio, etc.) o puede haber —pero no son necesarios— móviles particulares causalizados, que resulten jurídicamente relevantes (adquirir la propiedad para instalar un consultorio médico, una industria, un comercio, etc.). Los móviles causalizados adquieren relevancia en la etapa genética cuando son ilícitos o inmorales; y la tienen también en la etapa funcional del contrato, pues la imposibilidad de satisfacerlos puede constituir un supuesto de frustración del fin que dé lugar a la resolución del contrato.

Ya vimos que conforme al art. 282 CCyC, la causa se presume aunque no esté expresada en el contrato, y quien invoque su inexistencia carga con la prueba de tal extremo.

(iii) Falsa causa

El negocio que expresa una causa no real, es válido si se funda en otra causa verdadera (art. 282) y lícita. Produciéndose una inversión de la carga de la prueba pues quien pretenda la subsistencia del acto debe probar que tiene causa y que ella es lícita.

De allí que el negocio simulado no sea necesariamente inválido; por el contrario, si la simulación es lícita, produce efectos jurídicos el acto real.

(iv) Causa ilícita

El art. 1014 CCyC dice que "*El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido*".

La solución de la ley es correcta: para que la causa ilícita provoque la nulidad del negocio, es preciso que ella sea común a ambas partes. No es necesario que exista un proyecto común a ambos contratantes, pero sí se requiere, en toda hipótesis, que el móvil ilícito que ha motivado a una de las partes haya sido conocido por la otra, de modo que haya entrado en el "campo contractual", con lo que se evita que un contratante de buena fe deba soportar una nulidad por una causa ilícita que ha ignorado.

(v) Aplicaciones judiciales de la causa ilícita

La jurisprudencia producida durante la vigencia del Código de 1869, ha aplicado la idea de causa en los casos siguientes:

— se ha anulado un contrato de corretaje en el que se prometió al corredor, a título de comisión, todo el excedente que obtuviera por encima de un precio prefijado; consideró el Tribunal que el *fin perseguido* era contrario a la moral y a las buenas costumbres;

— se han reducido honorarios excesivos, invocando que si el contrato viola las buenas costumbres, carece de *causa lícita*;

— en venta de influencia o venta de humo, también a veces se ha recurrido a la idea de causa ilícita.

De los últimos años podemos extraer algunos casos vinculados a una realidad negocial más compleja;

— se ha considerado negocio de causa ilícita el acuerdo de subfacturación, y ello veda al vendedor a reclamar al acreedor la diferencia entre el precio facturado y precio real;

— es contrato de causa ilícita el que promete a un contador una retribución porcentual sobre el monto de impuestos que se ahorre una empresa;

— carece de causa lícita el contrato que bajo la apariencia del ahorro y préstamo, no cumple con las finalidades de "crear, mantener y estimular el hábito del ahorro" que emana de la legislación vigente en la materia, sino que constituye en realidad un juego de azar, pues no todos los ahorristas recibirían los bienes comprados "en círculo", sino sólo sesenta por cada mil aportantes.

(vi) Frustración de la causa

La causa final se frustra cuando, por alguna razón, no puede satisfacerse la finalidad típica del negocio de que se trata o el motivo causalizado propio del negocio concreto.

La cuestión ha sido recogida expresamente en el art. 1090 del CCyC, conforme al cual "*La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.*

De la experiencia jurisprudencial, podemos subrayar que la Cámara Comercial sostiene que existe frustración de la causa en los casos en que se vende un fondo de comercio sin habilitación municipal o un taxímetro sin licencia.

(vii) Efectos

Si la causa no existe al tiempo de la celebración del negocio jurídico de que se trate —verbigracia se promete una renta vitalicia en relación a la vida de una persona ya fallecida, o se paga una deuda ya extinguida, se afianza una deuda ya pagada, etc.—, se sostiene la nulidad del contrato.

En la hipótesis de falsa causa la sanción es la nulidad por el vicio de error o de simulación, salvo que el negocio estuviere fundado en otra causa verdadera lícita, supuesto en que el acto jurídico es válido.

También es nulo el negocio si la causa es ilícita o inmoral. Se sostiene doctrinariamente que la causa ilícita o inmoral genera una nulidad absoluta y por ende el acto deviene inconfirmable, de donde si además el vicio es ostensible, la nulidad puede ser declarada oficiosamente por el juez.

Si la causa desaparece durante la vigencia del contrato, en su etapa funcional, el negocio se rescinde o resuelve; tal como sucede en el pacto comisorio y en la imposibilidad de pago, y en general, en los supuestos de frustración del fin.

30. Los actos abstractos

a) Concepto

Negocios jurídicos abstractos son aquellos en que se hace abstracción del convenio causal, a diferencia de los causales en que la causa se mantiene unida o conectada con el negocio jurídico mismo.

Esto no significa que el negocio carezca de causa, sino que ella no está presente o visible, y *prima facie* no influye en su validez y efectos.

b) Consecuencias de la abstracción

El art. 283 del CCyC reza: "*La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice*".

c) Importancia de la categoría

Son claramente abstractos los títulos valores.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

CAPITANT, H., *De la causa de las obligaciones*, trad. de E. Tarragato y Contreras, Madrid, 1927; BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, 1986; VIDELA ESCALADA, Federico, *La causa final en el derecho civil*, Buenos Aires, 1968.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "El objeto del negocio jurídico", LL 1991-A-924; LORENZETTI, Ricardo, L., "Ineficacia y nulidad del objeto de los contratos: Un enfoque basado en las normas fundamentales", RDPC 8-156; SPOTA, Alberto G., "El acto jurídico de objeto inmoral y sus consecuencias legales", JA 1944-III-134.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CNCiv., sala M, 7/8/1992, "Durante, Lilia y otros c/ Compañía Standart Electric Argentina SA y otro", LL 1993-A-163.

CNCom., sala D, 26/10/1995, "Alí Galli, Jorge F. y otro c/ Asociación Civil para el personal jerárquico profesional y técnico del Banco de la Nación", LL 1996-E-194.

CAPÍTULO XXI

EL NEGOCIO JURÍDICO (CONTINUACIÓN)

I. EFECTOS DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

1. Distinción entre efectos objetivos y subjetivos

El estudio de los efectos de los actos jurídicos puede hacerse en un doble ámbito: el de los efectos objetivos y el de su alcance subjetivo.

Esto es, por un lado, cuáles son los efectos jurídicos producidos por el acto. Por otro, a qué personas alcanzan esos efectos.

2. Efectos objetivos

Los efectos objetivos son las relaciones jurídicas creadas por el negocio jurídico, su modificación o extinción (art. 259).

3. Efectos subjetivos

El tema atañe a la determinación de quiénes son los sujetos que se benefician o soportan los efectos del objetivo del negocio jurídico. En los números que siguen nos hemos de referir a las reglas legales que dominan esta materia.

franjamorada

4. Principio general

a) Con relación a las partes

El Código no sienta una regla en materia de efectos subjetivos de los actos jurídicos, pero ella aparece en materia de contratos y como tal se la considera aplicable a todos los negocios jurídicos.

Nos referimos al principio que emana de los arts. 1021 y 1022, conforme a los cuales el contrato sólo tiene efectos entre las partes, por lo que no puede crear obligaciones a cargo de terceros ni éstos pueden invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido. Respecto de los sucesores y terceros lo tratamos seguidamente.

b) Con relación a los sucesores de las partes

La regla general es que todo derecho es transmisible salvo estipulación válida de las partes, prohibición legal o que la transmisión importe una violación a la buena fe, la moral o las buenas costumbres (art. 398).

Ahora bien; esa transmisión puede ser universal o particular.

De allí que se distingue entre sucesores universales y particulares.

Son sucesores universales los que reciben todo o una parte indivisa del patrimonio (art. 400), verbigracia el heredero. A su respecto rige el art. 1024 establece que "*Los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona, o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley*".

El sucesor particular es el que recibe un derecho singular, sea por causa de muerte (legatario de una cosa cierta) como por actos entre vivos (el comprador del inmueble, el cesionario de un crédito).

c) Qué se transmite: derechos intransmisibles

En principio todo derecho es transmisible (art. 398).

Las excepciones pueden surgir —según el mismo art. 398— de la voluntad de las partes, de la ley o de la buena fe, moral y buenas costumbres.

Veamos cada hipótesis:

— los declarados tales por disposición de la ley; como el usufructo que no puede transmitirse por herencia (art. 2140); la habitación que no se transmite por causa de muerte ni por actos entre vivos (art. 2160); y en general las obligaciones destinadas a ser cumplidas por una persona que ha sido elegida por su industria, arte o cualidades personales, llamadas obligaciones *intuitu personae* (art. 776);

— los declarados tales por una disposición del mismo negocio jurídico, pues las partes pueden estipular que los efectos del negocio se extingan por la muerte de cualquiera de ellos. Ello así, siempre que se encuentre en el ámbito de la libertad contractual, pues en ciertos supuestos la ley impone la continuidad del contrato, como sucede en materia de locaciones urbanas;

— los derechos de la personalidad no se transmiten (derecho al honor, a la intimidad, etc.), pero sí pueden existir reflejos posteriores a la muerte, como ya ha sido explicado;

— tampoco se transmiten los derechos nacidos de las relaciones de familia (obligaciones, como la del cónyuge, padre, etc.).

d) El alcance de la transmisión: el principio nemo plus iuris

Una regla general es que nadie puede transmitir a otro un derecho más extenso que el que tiene.

Es el principio identificado con la expresión latina *nemo plus iuris*.

El CCyC lo consagra en el art. 399 diciendo: "*Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas*".

e) Excepciones al principio nemo plus iuris

Sin embargo, la regla del art. 399 no es absoluta, pues debe adecuarse a la protección de los terceros de buena fe.

Los subadquirentes de buena fe y a título oneroso de las cosas o bienes objeto de negocios viciados de fraude o simulación, no se ven alcanzados por las acciones de inoponibilidad o de nulidad (arts. 340 y 337).

Del mismo modo, son inatacables las enajenaciones hechas por el heredero aparente (art. 2315).

Y, lo que es más trascendente aún, el derecho moderno tiende a la protección de los terceros subadquirentes de derechos personales o reales sobre inmuebles de buena fe y a título oneroso. Así lo consagró la ley 17.711 en el art. 1051 del código derogado, solución que se mantiene ampliada en el art. 392; y decimos ampliada pues se protege al titular de derechos personales y reales sobre cosas inmuebles o muebles registrables.

5. Los terceros

Se ha anticipado que la regla general es que los actos jurídicos producen efectos entre las partes, por lo que no pueden crear obligaciones a terceros ni éstos pueden invocar el negocio para atribuir a las partes obligaciones que ellas no convinieron.

Pero este principio requiere, para su aplicación, ciertas precisiones, que comienzan por la distinción entre distintos tipos de terceros: los interesados y los no interesados.

a) Terceros interesados y no interesados

En materia de "terceros", esto es, sujetos que no han intervenido en la celebración del negocio jurídico, corresponde partir de una distinción básica entre *terceros no interesados y terceros interesados*.

Son terceros interesados aquellos que pueden ostentar un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado por la relación jurídica. Tales son los sucesores particulares, los titulares de derechos reales sobre las cosas que son objeto de la relación jurídica, los acreedores privilegiados o quirografarios de las partes del negocio, los que ejercen derecho de retención sobre las cosas objeto del negocio.

Entonces los *terceros interesados son los acreedores de las partes del negocio y los titulares de derechos reales sobre las cosas objeto del negocio*.

Terceros no interesados, o *penitus extranei*, son aquellos totalmente ajenos al negocio y a sus efectos, pues no tienen derechos subjetivos o intereses legítimos afectados por el acto jurídico.

b) Regla sobre efectos

Dado que los terceros, interesados o no, son ajenos a la formación del negocio jurídico, la regla general es que los efectos de éste no pueden extenderse a esos terceros (arts. 1021, 1022).

c) Excepciones

Existen algunas excepciones a la regla antes expuesta.

El art. 1027 dispone que: "*Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva*". La estipulación en favor de terceros es entonces una excepción a la regla del efecto relativo de los contratos, que sólo funciona cuando se hubiera previsto un beneficio en favor del tercero, y no obligaciones es de la esencia del seguro sobre la vida de las personas, que regula la ley 17.418.

d) Repercusiones respecto de los terceros interesados

Alguna doctrina sostiene que los negocios jurídicos producen efectos respecto de los terceros interesados, en cuanto afectan al patrimonio de las partes del negocio jurídico que constituye la prenda común de los acreedores.

Sin embargo, la disminución —o acrecentamiento— del patrimonio del deudor no es propiamente un efecto del negocio jurídico respecto de los acreedores, sino una *repercusión de hecho* del negocio, llamada también efecto indirecto o reflejo.

Por ello, los acreedores de las partes son propiamente terceros con relación al negocio jurídico. Pero aun cuando los negocios celebrados por su deudor no los afectan, sí deben soportar su *oponibilidad*, es decir, han de respetar los derechos y obligaciones causados por el negocio jurídico. En otras palabras, si Juan es acreedor de Pedro, debe soportar que éste contraiga una obligación con el Banco X, aunque con ello acreciente su pasivo. Pero esto es un principio general que admite excepciones que veremos seguidamente.

e) Derechos de los terceros interesados

Continuando con lo que veníamos diciendo: como el patrimonio constituye prenda común de los acreedores, éstos pueden pretender mantener la integridad del mismo cuando ha sido afectada por el negocio jurídico o por la inacción de su deudor para hacer efectivos los derechos que de él emanan.

De allí que la ley organice acciones en favor de los acreedores que les permiten demandar la *inoponibilidad* de los negocios jurídicos de enajenación que hayan provocado o agravado la insolvencia de su deudor (acción revocatoria o pauliana: arts. 338 y ss.); ello significa que Juan podría cuestionar el negocio jurídico celebrado por su deudor Pedro si ese negocio ha provocado o agravado su insolvencia (y el nuevo acreedor conoció o debió conocer esa circunstancia). El acreedor también puede subrogarse en los derechos de su deudor cuando éste deja de ejercerlos (acción subrogatoria: art. 739) o ejercer la denominada acción directa (art. 736).

Del mismo modo, los terceros interesados pueden ejercer la acción de simulación, tendiente a declarar la nulidad de un negocio jurídico afectado por ese vicio.

f) Oponibilidad e inoponibilidad de los negocios

Ya se señaló que la oponibilidad del negocio significa que los terceros deben respetar las relaciones jurídicas creadas por otros, aun cuando sean acreedores de las partes.

La regla general es que todos los actos son oponibles a los terceros interesados o no interesados. Sin embargo, ciertos negocios requieren satisfacer algunos recaudos para ser oponibles a terceros (al menos para terceros interesados); tales son los negocios jurídicos que tienen

por finalidad transmitir o constituir derechos reales sobre inmuebles, que para ser oponibles, deben ser publicitados (art. 1893).

II. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

6. Concepto

Interpretar una declaración de voluntad es la determinación del significado que a él corresponde, fijando su alcance.

En esta línea de pensamiento, nuestros tribunales consideran que interpretar es una actividad lógica encaminada a buscar y fijar el significado de las manifestaciones de voluntad con el fin de establecer su contenido.

7. Objeto de la interpretación

El negocio jurídico requiere de una voluntad que sea declarada. Ello plantea el problema —ya estudiado— de la discordancia entre lo querido y lo manifestado.

La cuestión tiene trascendental importancia en el ámbito de la interpretación de los negocios jurídicos, pues de acuerdo con la posición que se adopte, el objeto de la interpretación será lo querido efectivamente por el declarante, o la declaración tal como pudo ser entendida de buena fe por la parte a la cual la declaración fue dirigida.

Hemos concluido antes, en que debe partirse de la distinción entre las declaraciones recepticias y las no recepticias.

En las primeras, ha de buscarse la intención del autor de la declaración, pero a través de la declaración dirigida al otro término de la relación jurídica. Por lo que, como regla general, se *tendrá en cuenta lo que las partes verosímilmente pudieron entender de la declaración de voluntad, obrando de buena fe y de acuerdo con los usos del tráfico*.

En cambio, en las declaraciones no recepticias —como la que existe en el testamento— la voluntad interna prevalece sobre lo declarado, siempre que tenga alguna expresión, aunque fuere incompleta en la declaración.

8. Interpretación e integración

La interpretación persigue la determinación del alcance de lo declarado. Pero en ocasiones lo declarado es incompleto, pues no se ha declarado todo lo necesario.

En ese caso, la laguna negocial puede completarse de dos maneras:

— por la aplicación de las normas legales supletorias;

— derivando de la voluntad declarada, lo que presumiblemente hubieran manifestado las partes sobre el punto de haberlo previsto expresamente.

Este último camino no es propiamente interpretación de la declaración, pero un sentido amplio forma parte de ella, pudiendo denominársela interpretación integradora.

La interpretación integradora no puede hacerse aplicando el criterio personal del intérprete, sino que ha de atenerse a las disposiciones legales que establecen la manera de integrar.

En este sentido, en nuestro derecho tener en cuenta el art. 964, inc. c) del CCyC. De acuerdo con ese precepto el contrato se integra con "*los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable*".

9. Interpretación de los negocios bilaterales: Principios generales

a) Carácter recepticio de las declaraciones

En los negocios jurídicos bilaterales, las declaraciones de voluntad están dirigidas al otro sujeto de la relación que nace de aquéllos. Por ende, rige el principio ya expuesto según el cual la voluntad del declarante se ha de interpretar a través de su declaración de voluntad, teniendo en cuenta lo que verosímilmente pudieron entender obrando de buena fe y de acuerdo con los usos del tráfico.

b) Cuándo es necesaria la interpretación

La interpretación de la declaración de voluntad es indispensable *sólo cuando las partes no la han entendido de manera coincidente.*

De modo que, si a pesar de la ambigüedad de la expresión, ambas partes han entendido lo mismo, no es necesaria la interpretación.

Larenz da un ejemplo que nos permitimos reproducir. En un contrato se emplea una palabra extranjera que significa "carne de tiburón"; pero si ambas partes entendieron tal palabra por "carne de ballena", ése ha sido el objeto del negocio, y no puede luego una de ellas pretender apartarse de lo que fue el entendimiento común.

c) Quid del contrato "claro"

Es común en nuestra jurisprudencia la afirmación de que si el negocio jurídico es claro en sus términos, no requiere interpretación.

Sin embargo, esto es inexacto, pues puede afirmarse aquí lo mismo que respecto de la ley clara. Siempre que haya que aplicar la ley o poner en acto los efectos del contrato, se lo está interpretando.

Lo que sí puede sostenerse, es que si las palabras del contrato no son ambiguas, no existen contradicciones y se manifiesta con evidencia cuál ha sido la intención de las partes coincidente con su declaración de voluntad, no es admisible una interpretación que se dirija a torcer esa evidencia.

Con este alcance puede aceptarse el criterio de la jurisprudencia nacional.

d) Necesidad de practicarla conforme a un módulo normativo y objetivo

Si las partes no han entendido la declaración de manera coincidente, surge entonces la necesidad de la interpretación.

Esa interpretación ha de hacerse, conforme a un módulo normativo y objetivo constituido por las reglas y medios de interpretación que provee el ordenamiento.

10. Reglas y medios (o fuentes) de interpretación de los negocios bilaterales

Cuando aludimos a reglas de interpretación, nos estamos refiriendo a cuáles pautas han de guiarla; por ello surge inmediatamente la referencia a la buena fe, pues no podría prevalecer una interpretación que premiara la mala fe, de quien adrede se ha expresado de manera equívoca o pretende prevalerse de una ambigüedad del idioma.

Cuando nos referimos a medios de interpretación, estamos aludiendo a los elementos con los cuales trabajará el intérprete para determinar el resultado de la interpretación; fundamentalmente, los usos del tráfico y la conducta posterior de las partes.

El CCyC llama fuentes (art. 1065) a lo que tradicionalmente se han denominado medios de interpretación.

11. Reglas fundamentales

a) La buena fe

En el ámbito de las relaciones jurídicas nacidas de negocios jurídicos, rige el concepto de buena fe lealtad u objetiva, que impone el deber de actuar como lo hace la gente honesta, con lealtad y rectitud, tanto en las tratativas anteriores al negocio, cuanto en su celebración, interpretación y ejecución. Así lo impone el art. 1061.

El deber de actuar de buena fe se atribuye tanto al declarante cuanto al receptor de la declaración.

El declarante debe manifestarse de la manera más clara y precisa posible, de acuerdo con una normal diligencia, teniendo en cuenta las posibilidades de comprensión de la contraparte.

El receptor de la declaración a su vez, no puede limitarse a aprehender la declaración en su sentido literal, sino que está obligado a averiguar lo que ha pretendido decir el declarante, tomando en consideración todas las circunstancias que pueda conocer y que puedan resultar relevantes en el caso.

b) Derivaciones de la buena fe

En la materia de la interpretación de las declaraciones recepticias, la idea de buena fe tiene aplicaciones concretas.

En este sentido, la buena fe impone:

— Atender al sentido general del idioma (art. 1063); esto es, a como se las entiende en el uso cotidiano.

— Atender al significado usual de una expresión en el tráfico; el mismo art. 1063 dispone que se puede prescindir del sentido que a las palabras da el uso general, cuando "*...tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato*".

— La interpretación contra el predisponente de los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 987), también se funda en la buena fe, pues importa una sanción a quien ha infringido el deber de expresarse con claridad impuesto por el art. 985.

c) El fin económico del negocio

La interpretación debe tener como objetivo que se cumpla, sin distorsiones, la finalidad económica perseguida por las partes al celebrar el negocio.

Por ello, debe ser desestimada la interpretación propiciada por una de las partes, que afectara esa finalidad económica, por ej., alterando la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones.

Debe entenderse que este criterio se encuentra plasmado en el art. 1061 cuando establece que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes; así como en el art. 1065, inc. c), que propicia tener en cuenta la naturaleza y finalidad del contrato.

d) El negocio jurídico como un todo

Los autores y la jurisprudencia destacan permanentemente que el negocio jurídico, tanto el contrato como el testamento, deben ser interpretados teniendo en cuenta que constituyen un todo, lo que significa que las palabras y sus cláusulas no pueden ser consideradas aisladamente, sino dentro del contexto general.

Esta regla aparece expresada en el art. 1064: "*Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto*".

12. Fuentes de la interpretación

El CCyC alude a las "fuentes de interpretación" en el art. 1065. En realidad son medios de interpretación, a los cuales el juez recurre cuando las palabras y el contexto no son suficientes.

a) La conducta de las partes

Si cuando se interpreta una manifestación de voluntad se trata de saber cómo ella pudo haber sido entendida por las partes, obrando con cuidado y previsión, es evidente que la conducta de ellas mismas posterior a la celebración del negocio constituye un elemento interpretativo de primer orden. Así lo prevé el art. 1065 inc. b).

b) Las circunstancias del negocio

El inc. a) del mismo art. 1065 alude a las circunstancias del contrato, incluyendo las negociaciones preliminares.

En algún caso un laudo arbitral resolvió que cierta interpretación propuesta por una de las partes en conflicto, no era admisible porque lo que ella sostenía había sido propuesto en un borrador del contrato y suprimido en el texto final porque no había habido acuerdo sobre el punto.

Finalmente el inc. c) dice que ha de tenerse en cuenta la naturaleza y finalidad del contrato. Nuevamente, se trata de que el contrato cumpla la finalidad económica perseguida por las partes. Sería inaceptable una interpretación que frustrara el fin económico perseguido por las partes.

13. Otras reglas

a) Principio de conservación

Según el art. 1066 "*Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato*".

b) Protección de la confianza: doctrina de los actos propios

Ya hemos visto en esta obra la denominada doctrina de los actos propios, que impide a una parte volver sobre una conducta anterior que ha creado en la contraparte una razonable confianza de un actuar coherente.

Ello se manifiesta en el área de la interpretación del contrato, pues el art. 1967 bajo el epígrafe "Protección de la confianza", dispone: "*La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto*". La remisión a la lealtad indica que la doctrina del *venire contra factum non valet* es una derivación del principio general de buena fe.

c) El favor debitoris

El inc. 7 del art. 218 del Código de Comercio establecía que: "*En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor o sea en el sentido de su liberación*".

Nuestra doctrina entendió que la regla del *favor debitoris* sólo es justa en los contratos gratuitos, pero no en los onerosos, en los que debe estarse a la equivalencia de las prestaciones como criterio rector de la interpretación.

Éste es el criterio del CCyC expuesto en el art. 1068: cuando las expresiones del contrato son oscuras se ha de interpretar del modo menos gravoso para el obligado si el contrato es a título gratuito.

Y si es a título oneroso ha de serlo en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes.

14. Interpretación de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas

Ya hemos dicho que las cláusulas generales deben ser comprensibles, autosuficientes y su redacción ha de ser clara, completa y fácilmente legible (art. 985).

Ésta es una carga del predisponente de tales cláusulas, por lo que en caso de oscuridad se interpretan en contra suya (art. 987).

15. Interpretación de los contratos de consumo

El CCyC contiene reglas sobre los "contratos de consumo" (arts. 1092 y ss.), sin perjuicio de la vigencia de la ley 24.240 y sus reformas.

El CCyC contiene dos preceptos que se refieren a la interpretación y prelación normativa de las relaciones de consumo y a la interpretación del contrato de consumo (arts. 1094 y 1095). El primero se refiere a la interpretación de la ley, que ha de hacerse de acuerdo con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. El que verdaderamente trata de la interpretación del contrato es el 1095, que dispone que el contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor; y cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación se adopta la que sea menos gravosa. Con lo cual rige el principio *favor debitoris* en favor del consumidor.

16. Interpretación de los actos unilaterales

a) Testamento

La temática de la interpretación de los actos unilaterales se vincula siempre al testamento, como prototípico negocio de esta clase.

En esta especie de actos, la interpretación ha de dirigirse a desentrañar lo efectivamente querido por el testador, esto es, su voluntad real. Así lo expone el art. 2470 que en lo pertinente reza: "*Las disposiciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante según el contexto total del acto...*".

Naturalmente, esa voluntad real ha de surgir de la declaración, aunque sea insuficiente o ambiguamente expresada.

Por ello, no siempre deberá ajustarse la interpretación al sentido literal de las palabras empleadas, ni aun al sentido general, sino al sentido que el causante les daba a las palabras. Así, si el causante llamaba "biblioteca", a lo que era su "discoteca", y en el testamento lega la "biblioteca", el legatario tendrá derecho a reclamar aquello a

lo cual se refería efectivamente el causante, esto es, su colección de discos.

Ello no ha quedado reflejado con precisión en el citado art. 2470, pues en lo pertinente dice: "*...Las palabras empleadas deben ser entendidas en el sentido corriente, excepto que surja claro que el testador quiso darles un sentido técnico*".

Finalmente remite a las demás reglas de interpretación de los contratos en cuanto sean compatibles.

b) Otros actos jurídicos unilaterales

Existen ciertos negocios a los que ya nos hemos referido, que son patrimoniales, tienen efectos entre vivos, y respecto de terceros, pero que son actuados por la voluntad de una sola parte. Tales son, por ej., la interpelación para la constitución en mora, la declaración de resolución del contrato en ejercicio del pacto comisorio, la notificación al deudor cedido.

Estas actuaciones de voluntad tienden a alterar la relación jurídica que se tiene con ese tercero; extinguiéndola en el ejercicio del pacto comisorio, sustituyendo a una de las partes en la notificación de la cesión, agravando la situación del deudor al constituirlo en mora.

Por ende, imponen que quien actúa estos negocios jurídicos, se exprese con la mayor claridad posible. De modo que en la duda generada por la ambigüedad de los términos, se estará en contra suya. Por lo que si el requerimiento no establece de manera clara y concreta su carácter coactivo, no será una interpelación; si se duda acerca de si el acreedor reclama el cumplimiento o ejerce la facultad resolutoria, se estará a la consecuencia menos gravosa para el deudor, o sea la primera.

III. CLASIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

17. Supresión de las clasificaciones del Código

En el Código de Vélez Sarsfield, los arts. 945 al 947 clasificaban a los actos jurídicos sobre la base de tres criterios, en actos jurídicos positivos y negativos, unilaterales y bilaterales y entre vivos o de última voluntad, también denominados *mortis causae*.

Estas clasificaciones carecían de contenido preceptivo, y por ello el CCyC las ha suprimido.

18. Clasificación de los contratos

En cambio el CCyC conserva algunas clasificaciones de los contratos (arts. 966 a 970) pues ellas tienen efectos propios.

19. Algunas clasificaciones de los negocios jurídicos

a) Unilaterales y bilaterales

La pauta clasificatoria reside en determinar cuántas voluntades son requeribles para la realización del negocio jurídico. Si se necesita una sola voluntad el negocio jurídico será unilateral. Si, por el contrario, son necesarias dos o más voluntades el acto será bilateral.

Además hay actos plurilaterales, como la constitución de sociedad, que puede suponer el entrecruzamiento de múltiples voluntades.

Son ejemplos de negocios jurídicos unilaterales, el testamento, el reconocimiento de hijo extramatrimonial, el reconocimiento de una deuda, la confirmación de un acto nulo, etc.

Como supuestos de actos jurídicos bilaterales pueden mencionarse a todos los contratos, sus rescisiones, la celebración de matrimonio, la novación de obligaciones, la constitución de derechos reales sobre cosa ajena, etc.

Esta clasificación puede llamar a confusión cuando se la compara con la que aparece en el art. 966 en cuanto distingue a los "contratos" en unilaterales o bilaterales, pero en realidad ha de tenerse en cuenta que el criterio clasificatorio es diferente. Todos los contratos zona actos jurídicos bilaterales.

Pero esos contratos pueden a su vez ser bilaterales o unilaterales según de ellos resulten obligaciones para ambas partes o sólo para una de ellas.

Sobre la base de este criterio es unilateral el contrato de donación, ya que una vez celebrado sólo el donante está obligado a transmitir la propiedad de la cosa, sin que el donatario tenga obligación alguna pendiente. Otro tanto puede afirmarse del mutuo, el comodato o el depósito. Es bilateral el contrato de compraventa, pues el vendedor queda obligado a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio por la misma.

b) Negocios entre vivos y mortis causae

El concepto de esta pauta clasificatoria es el que sigue: si el negocio jurídico se celebra para producir efectos en forma inmediata o mediata (otro día, mes o año) es entre vivos. Si, por el contrario, recién produce algún efecto a la muerte del celebrante, es *mortis causae*.

Vale decir que no se trata de establecer el momento de su existencia como negocio jurídico, sino el de sus efectos.

c) Negocios patrimoniales y no patrimoniales

La pauta clasificatoria reside en distinguir los negocios jurídicos que tienen por fin inmediato producir efecto sobre el patrimonio, de los que no lo tienen.

Cuando un acto jurídico tiene por fin inmediato (art. 259) producir efectos sobre el patrimonio es un acto patrimonial. Si, por el contrario, no tiene por fin inmediato producir tal consecuencia, el negocio será "extrapatrimonial".

A este efecto clasificatorio, el patrimonio debe ser concebido en sus elementos activos y pasivos, es decir que es patrimonial el negocio que repercute sobre el activo —incorporando ese bien—, como el que lo hace sobre el pasivo —generando una deuda—.

Son ejemplos de negocios patrimoniales todos los contratos (art. 957), y la doctrina elaborada en torno a ellos, expresamente así lo exigen. También el testamento es un negocio patrimonial.

Como ejemplos de actos extrapatrimoniales, pueden mencionarse la celebración del matrimonio, la adopción, el reconocimiento de filiación, la designación de tutor, la dación de órganos para trasplante, etc.

d) Negocios de disposición, de obligación, de administración y de conservación

Estas categorías sólo pueden ser comprendidas dentro de la de negocios patrimoniales. De tal suerte vienen a actuar como subcategorías o subclasificaciones de la referida.

(i) Negocios de administración y de disposición

El criterio para distinguir entre negocio de administración y negocio de disposición, radica en la ausencia o presencia de peligro para la existencia misma de los bienes que constituyen el patrimonio.

Así, son actos de administración aquellos que tienden a mantener íntegro al patrimonio y a hacer desempeñar a ese patrimonio, en todos los bienes que lo componen o en cada uno de éstos, su función económica. O en otros términos, el acto de administración tiene por objeto hacer producir a los bienes los beneficios que normalmente pueden obtenerse de ellos, sin alteración de su naturaleza ni de su destino.

Son actos de disposición, los que alteran sustancialmente los valores productores del patrimonio, los que forman su capital, o bien que comprometen por largo tiempo su porvenir o destino.

Como se advierte, la pauta clasificatoria es económica y —por tanto— flexible, pero gira siempre sobre la idea del destino de los bienes conforme a su naturaleza.

De allí que un mismo negocio pueda ser de administración o de disposición según sean las circunstancias personales del otorgante. Así el contrato de compraventa, que por importar para el vendedor una enajenación constituye —por regla general— un acto de disposición, será de administración si es realizado por quien ha hecho de la venta de ese determinado tipo de cosas su profesión habitual. Tal lo que acontece con la venta efectuada por el comerciante; pese a estar enajenando un bien de su propiedad ello constituye a su respecto un acto de administración.

En similar sentido es frecuente sostener que la enajenación sistemática de inmuebles constituye acto de administración en cuanto sea parte del giro normal de la actividad del sujeto.

Y si bien por regla general los actos de disposición se vinculan a las enajenaciones patrimoniales (venta), o al endeudamiento (asunción de una obligación con garantía hipotecaria o prendaria), pueden existir negocios de disposición que no constituyan enajenaciones, sino alteraciones del destino del bien (por ej., transformar una explotación agropecuaria en club privado; o una casa habitación en hotel).

De otro lado, un mismo acto puede ser de disposición para una parte y de administración para la otra, como ocurre en negocios celebrados a título gratuito. Tal es el caso, por ej., de la donación, que es para el donante un negocio jurídico de disposición, y para el donatario que recibe la cosa es de administración.

Son ejemplos de actos de disposición: la constitución de derechos reales de garantía (hipoteca, prenda o anticresis), la donación de cualquier cosa, o toda cesión a título gratuito, la venta de cosas hechas por quien no es comerciante, o efectuada por un comerciante sobre una cosa que no es del rubro de las que comercia, la renuncia de derechos o acciones, o el cambio sustancial de naturaleza de una cosa fructífera.

Son ejemplos de actos de administración: la percepción de rentas o capitales, el pago de rentas, la colocación de capital en el mercado financiero, el tomar en locación, el dar inmuebles en locación.

(ii) Negocios de conservación

Como tercera categoría junto con los actos de disposición en sentido amplio y de administración, y como subclasificación de los actos de administración se encuentran los actos de conservación.

Debe entenderse por acto de conservación aquel que tiene por finalidad evitar la pérdida de un bien cuya existencia peligra. Serían, entonces, actos de conservación la reparación de un inmueble, el pago de los impuestos, solicitar o renovar una inscripción hipotecaria, interrumpir una prescripción.

(iii) Negocios de administración ordinaria y extraordinaria

La distinción entre administración ordinaria y extraordinaria se suele relacionar con la enumeración que el art. 375 hace de actos para los que se requiere facultades expresas. Esta distinción tiene relevancia en la Ley de Concursos, pues el deudor concursado debe requerir

autorización judicial para el otorgamiento de actos que excedan de la administración ordinaria (art. 17, ley 24.522).

e) Negocios onerosos y gratuitos

La presente categoría también debe ser comprendida como una subespecie de la de negocios patrimoniales y concretamente de los contratos.

El art. 967 expresa: "*Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo*".

Es gratuito el contrato de donación, lo mismo que el comodato. La compraventa, la permuta, la locación de cosas, etc. son contratos onerosos. La renuncia a un derecho es onerosa cuando quien la hace recibe cualquier ventaja de la contraparte.

f) Negocios simples y complejos o modales

Los actos simples —también llamados puros y simples— son los que sólo presentan los elementos esenciales del acto: voluntad, objeto, causa; es decir, que no contienen modalidades.

Actos modales son —desde luego— aquellos que sí contienen modalidades de los negocios jurídicos. Estas modalidades son la condición, el plazo y el cargo.

La condición y el plazo supeditan la existencia o eficacia de un negocio jurídico subordinándola a un acontecimiento futuro. Si el hecho futuro es cierto la modalidad es el plazo; si puede o no acontecer, es una condición.

Por fin, el cargo es una obligación accesoria a la que constituye el objeto principal de un acto jurídico.

Las modalidades están reguladas por el CCyC en el Libro de la Parte General y en esta obra se estudian más adelante.

g) Negocios formales y no formales. Remisión

La forma será estudiada en el próximo capítulo. Como se verá sólo la forma específicamente requerida por la ley es la que autoriza a clasificar a los negocios jurídicos en formales y no formales.

h) Negocios indirectos

(i) Caracterización

La doctrina denomina negocios directos a aquellos en los cuales existe una correspondencia entre la finalidad perseguida y el medio técnico empleado. Así, la compraventa es un negocio directo cuando con ella se persigue la transmisión de la propiedad de la cosa; y la hipoteca también es negocio directo cuando con ella se persigue una finalidad de garantía.

En cambio, se denominan negocios indirectos, aquellos en los cuales para la consecución de un fin se hace uso de una vía oblicua, transversal, es decir, no se toma la vía normal.

En este sentido, existe un negocio indirecto cuando se celebra una compraventa, pero con ella no se busca inmediatamente la transmisión de la propiedad de la cosa, sino una finalidad de garantía, para lo cual bastaría con una hipoteca. Pero para reforzar la garantía se le transmite la propiedad de la cosa.

(ii) Quid de la autonomía conceptual de los negocios indirectos

La doctrina debate acerca de la autonomía conceptual de los negocios indirectos, predominando la tesis de que ellos no constituyen una categoría jurídica con caracteres propios, pues en definitiva, se trata de modos en que pueden manifestarse todos los negocios.

En efecto, existe en ello una discordancia entre la causa final objetiva prevista por el ordenamiento y la causa final objetiva perseguida por las partes; circunstancia que puede darse en la compraventa, la donación, el mutuo, y en general en todos los contratos típicos.

En definitiva, esos negocios típicos usados con una finalidad distinta de la prevista por el ordenamiento, resultarán negocios atípicos cuya validez dependerá de que la causa objetiva perseguida por las partes merezca el reconocimiento y la tutela del ordenamiento.

Así lo conceptualiza el CCyC en el art. 385 que bajo el epígrafe "Acto indirecto" dispone: "*Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero*".

(iii) Negocios fiduciarios

Entre los negocios indirectos, asumen especial importancia en la actualidad los denominados negocios fiduciarios, a los que sí se les está reconociendo una autonomía conceptual.

El negocio fiduciario es el que produce el traspaso efectivo de un derecho de una persona llamada fiduciante a otra llamada fiduciario, obligándose éste a transmitir ese derecho a un tercero (fideicomisario) o a restituirlo al fiduciante, fundado en la situación de confianza y respeto a la palabra empeñada por el fiduciario, quien debe adecuarse a las exigencias del fin perseguido sin abusar de dicha situación configurativa de riesgo para el fiduciante.

Básicamente pueden reconocerse dos aplicaciones de los negocios fiduciarios:

— la fiducia *cum creditore*, esto es, los negocios transmisivos con finalidad de garantía; verbigracia, la venta de un inmueble del deudor al acreedor con la finalidad de garantizar el crédito; está previsto ahora en el CCyC en el fideicomiso con finalidad de garantía (art. 1680).

— la fiducia *cum amico*, constituida por los negocios transmisivos con finalidad de administración; es la propia de los negocios fiduciarios bancarios en los que la institución financiera se hace propietaria de un paquete de acciones u otros valores para administrarlos en interés del fiduciante.

La doctrina destaca como elementos del negocio fiduciario los siguientes:

— estructura unitaria, es decir, que existe un solo acto;

— traslado real y efectivo de los derechos en favor del fiduciario; es decir, que si se trata de una enajenación con finalidad de administración, como sucede en el fideicomiso en favor de un banco para que administre un paquete de acciones u otros valores, el banco se hace realmente propietario de las acciones o valores de que se trate y puede ejercer todas las atribuciones de dueño (art. 1666);

— los poderes del fiduciario están limitados por el pacto de fiducia, pero ello se limita a las relaciones entre las partes y ese pacto carece de efectos frente a terceros, para quienes el fiduciario es el verdadero y único titular del derecho transmitido;

— recae sobre un objeto determinado o sobre una universalidad, pero no sobre herencias futuras (art. 1670).

Nuestro país sancionó la ley 24.441, que regula el contrato de fideicomiso. Actualmente la regulación se ha incorporado al CCyC, por lo que su estudio corresponde al curso de contratos.

20. Negocio jurídico familiar

La doctrina contemporánea tiende a desarrollar la noción del denominado negocio jurídico familiar, al que define como el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas familiares, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos subjetivos familiares, en tanto la obtención de ese fin por la voluntad de los particulares esté admitida por la ley (Belluscio).

Se advierte que la definición ha sido hecha sobre la base del concepto del art. 259. Es que, como señalan los autores que la desarrollan, existe unidad sustancial entre el negocio jurídico definido por el Código y el acto jurídico familiar. Desde el momento en que el derecho de familia integra el derecho civil, la teoría general de los actos jurídicos comprende a los actos propios del derecho de familia y sus reglas le son aplicables a falta de disposiciones especiales.

El estudio detenido de esos actos corresponde al derecho de familia.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de José Luis de los Mozos, Madrid, 1975; DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. de Francisco Bonet, Ramón, 3ª ed., Madrid, 1955; GUASTAVINO, Elías P., "Actos fiduciarios", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille*, Buenos Aires, 1968, p. 365; ORGAZ, Alfredo, "El acto de admi-

nistración en el Código Civil", en *Nuevos Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1954; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocio simulado, fraudulento y fiduciario*, t. II, Buenos Aires, 1975; VIDELA ESCALADA, Federico N., *La interpretación de los contratos civiles*, Buenos Aires, 1964.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "El efecto relativo de los contratos", LL 2007-B-1108; DE LOS MOZOS, José Luis, "La buena fe contractual", RCyS 2008-295; FERRER, Francisco A. M., "Cómo se interpretan los testamentos", LL 1994-E-1460; LORENZETTI, Ricardo, "La interpretación de los contratos", LL Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/2/2015, 191, cita online: AR/DOC/237/2015; RIVERA, Julio C., "Acción de simulación", ED 60-895.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 8/4/2014, "Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios", LL 29/4/2014, 3 - RCyS 2014-VI-220.

CNEsp. Civ. y Com., sala 4ª, 28/4/1978, JA 1979-III-485.

CAPÍTULO XXII

LA FORMA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

I. CONCEPTOS Y CLASIFICACIONES

1. Forma esencial. Concepto

A partir de la concepción de acto jurídico se advierte que el hecho humano tiene que ser voluntario. Ahora bien, la voluntad pertenece a una esfera del individuo que no trasciende por sí misma; por ello el sujeto que desee realizar determinado acto jurídico ha de expresar su voluntad en forma que todos puedan conocerla. Además, la volición sería de imposible conocimiento si no hubiera una exteriorización.

En consecuencia, el art. 260 del CCyC expresa: *"El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior"*. Ese hecho exterior por el cual la voluntad se manifiesta a otros sujetos se denomina "forma esencial" o "forma en sentido amplio", y no hay acto jurídico que pueda prescindir de ella.

Estas formas pueden consistir en hechos inequívocos, en expresiones orales o en forma escrita también llamada instrumental.

2. La forma como elemento del negocio jurídico

La forma esencial recién descripta no es un elemento constituyente del negocio jurídico, puesto que es imposible desgajarla de la voluntad, que sí lo es. Es que no hay voluntad relevante para el derecho, y no hay acto jurídico, si ella no está manifestada (arg. art. 260).

Tampoco es elemento del acto jurídico aquello que se denomina forma impuesta, que es la formalidad particular requerida por la ley para un determinado acto. Dicha forma impuesta no es más que la manera requerida por la ley para que la voluntad se manifieste.

3. Historia y evolución del formalismo en el derecho. Ventajas e inconvenientes

a) Sistemas antiguos: evolución

En la primera etapa del Derecho Romano, llamada del derecho *quiritario*, las formas exigidas eran sumamente rigurosas; así la compraventa sólo podía hacerse por la *mancipatio* o la *in iure cessio*.

Ante esa concepción, los vicios de la voluntad perdían importancia, ya que sólo era jurídicamente relevante el respeto por las formas permitidas. La forma era, entonces, parte esencial del acto mismo y suplía a la voluntad (que venía a representar) como elemento del acto.

Debido a que la escritura no era un medio todavía ampliamente difundido, como así tampoco lo eran los medios para hacerlo, las formalidades en esta etapa del derecho solían ser simbolismos fácticos y fórmulas sacramentales.

Sólo con posterioridad se logró una mayor abstracción conceptual y surgieron los "contratos de buena fe", en los que la mera promesa obligaba, aunque estuviese desprovista de la forma adecuada. Otro factor que incidió para la eliminación de formalismos rituales fue el nacimiento de prácticas comerciales entre distintas plazas, y que contribuyó grandemente a que menguara la formalidad, y ello en particular durante la etapa conocida como Medioevo en Europa.

b) El neoformalismo

A pesar del retroceso, el formalismo no ha desaparecido del derecho y aún en códigos actuales se encuentran preceptos que lo recuerdan (ver CCyC, arts. 1017, 2473 y 420).

Más aún, ha cobrado nuevo ímpetu en la rama comercial del derecho privado. Este nuevo formalismo —o neoformalismo— tiene una finalidad de proteger el interés de los terceros y la seguridad en el

tráfico jurídico. Son ejemplos de ese nuevo formalismo, la creación de registros y nuevos derechos registrables.

c) Ventajas e inconvenientes del formalismo

El empleo de formas determinadas y difundidas facilita el conocimiento del acto por quien lo otorga. Por esa vía se protege a los otorgantes de su propia ligereza. Y las formas establecidas vienen a facilitar la prueba de la existencia y contenido del acto.

Ahora bien, el cumplimiento de formalidades siempre requiere un mayor desembolso por el otorgante (caso del acto notarial) y representan cierta incomodidad. Y algunos entienden que cierto formalismo estricto puede contribuir a ralentizar la celebración de actos jurídicos. Creemos que esto último no es generalizable, debido a que la especialización de los profesionales produce una indudable mecanización de formalidades que en alguna medida agiliza la satisfacción de las formas.

4. Principio de libertad de formas

El derecho privado sólo por excepción regula alguna forma en particular para la validez de determinado acto jurídico. Y en general las partes pueden elegir libremente el modo y manera de manifestar su voluntad de ingresar en una relación jurídica. El silencio como manifestación de voluntad si no se trata de alguno de los casos expresamente previstos en el art. 263 del CCyC.

Este principio, conocido como de libertad de formas, resulta plasmado en el art. 284 del CCyC, que expresa: *"Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley"*. Este principio se encontraba en el art. 974 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Conceptualmente la exigencia de una forma determinada es una excepción; pero en la práctica las excepciones son múltiples.

Este principio de libertad de formas ha sido receptado ocasionalmente, también por otras disposiciones del CCyC: arts. 949, 1015, 1579, al tratar de diversos institutos y contratos (v.gr., renuncia de derechos, parte general de contratos, de fianza, etc.).

5. Forma y prueba

a) Concepto y función de la prueba

Forma, como hemos visto, es la manera en que la voluntad se manifiesta exteriormente para que sea relevante en derecho (esencial). En general, salvo excepciones la forma tiene finalidad probatoria, es decir, conocer la voluntad que se expresó por su intermedio.

Se entiende por prueba, al conjunto de elementos mediante los que puede demostrarse la existencia y contenido del acto, o, si se quiere, el conjunto de medios que se emplean en un proceso para demostrar al juez los hechos invocados.

La función de la prueba es la de representar al intelecto y sentidos del juez la existencia de un acto que sucedió en el pasado. En definitiva, la prueba sirve para que la forma evidencie la voluntad expresada en el pasado.

Forma y prueba se diferencian en múltiples aspectos. Así, por ej., la prueba puede ser externa al acto (ejemplo de esto último, la prueba confesional). La forma (esencial) se consustancia con el acto y sucede con el acto.

La forma es coetánea con el acto (manifestación de voluntad), la prueba puede, o no, ser posterior (testigos que deponen sobre un acto que ya sucedió).

Sin embargo, en una primera aproximación y excepcionalmente, pueden llegar a confundirse. Esto ocurre con la forma instrumental cuando el sistema jurídico exige para la validez del acto una forma determinada. Este tipo de forma se llama forma solemne y sobre él volveremos. En tal supuesto, esa forma es necesaria para la validez del acto y también, para su prueba.

b) Breve diferenciación entre "medios" y "modos" de prueba

"Medio" es el elemento probatorio de un acto en particular (por instrumento público, etc.), y "modo" es el procedimiento a seguir para poner en evidencia el medio (v.gr., el instrumento presentado en juicio debe ser acompañado de una copia para la contraparte, la absolución de posiciones debe ser tomada por el juez, etc.).

Los modos están —por regla— legislados en los códigos de procedimientos que constituyen cuerpos legales de derecho local, con vigencia en cada provincia. Sin perjuicio de ello, el Código Civil contiene algunas normas que regulan "modos" de prueba, como plazos procesales, excepciones procesales (que son un tipo de defensa), como ocurre con, por ej., el procedimiento de declaración de capacidad restringida (arts. 31 y ss. del CCyC), entre otros.

Así lo entiende el art. 1019 del CCyC, que hace referencia a los medios de prueba cuando reza que "*Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial*".

c) Duda sobre la forma exigida

En algún caso puede resultar dudoso establecer si determinada forma es exigida para la validez del acto (forma solemne) o para su prueba. En tal supuesto —ante la duda— debe estarse porque la forma es probatoria, ya que de lo contrario, la ausencia de la forma adecuada acarrearía la nulidad del acto.

d) Casos de forma solemne y probatoria

Es ejemplo de forma *ad solemnitatem* la escritura pública exigida por el art. 1552 del CCyC para las donaciones de bienes inmuebles, muebles registrables, o de prestaciones periódicas; la presencia del oficial público para la celebración del matrimonio; el testamento bajo forma privada que debe estar fechado, redactado de puño y letra del testador, y firmado por él (art. 2477, CCyC), etc.

Es ejemplo de forma probatoria la escritura pública exigida en los cuatro incisos del art. 1017 del CCyC.

También es meramente probatoria la forma prevista en el último párrafo del art. 1019 del CCyC que establece que no pueden probarse solamente por testigos los contratos que sea "de uso instrumentar". En ese orden, el art. 1020 del CCyC, expresa que: "*Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o*

si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución. Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato".

Esta provisión es consistente con lo establecido en el art. 1191 del Código de Vélez.

Finalmente, notamos que el art. 286 del CCyC establece la forma en la que puede consistir la expresión escrita, expresando que: "*La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos*".

6. Forma esencial y forma impuesta

a) Concepto

Prevista por el art. 262 del CCyC, forma esencial es aquella que necesariamente debe concurrir en todo acto jurídico para que sea tal dado que implica la misma manifestación de voluntad. De lo contrario, aun existiendo la voluntad, al no llegar a manifestarse y no poder ser conocida por terceros, la voluntad queda en el ámbito privado del sujeto, y no llega a trascender a la sociedad, por lo que resulta irrelevante para el derecho.

Otra cosa es la forma legal, o más propiamente, forma impuesta, que el medio probatorio específico requerido por la legislación relevante para demostrar la existencia de voluntad. Si dicho requerimiento probatorio no es cumplido, el acto no puede ser considerado como concluido. La forma impuesta es tratada por el art. 285 del CCyC, que reza "*El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad*".

b) Forma legal y forma convencional

La imposición puede emanar de la ley (forma legal propiamente dicha) (arts. 284, 285). Pero también puede surgir de la convención de las partes (forma convencional); en efecto, el art. 284 autoriza a las partes a convenir una forma más rigurosa que la exigida por la ley; por ej., el contrato de locación puede otorgarse por instrumento privado, pero las partes pueden convenir en extenderlo por escritura pública y prever que también deberán serlo sus prórrogas.

A la inversa, el mero acuerdo de partes no es apto para desvincularlas de una forma requerida por la ley. Esto es, si no hay una forma legalmente ordenada, las partes pueden convertir en obligatoria alguna en particular; pero si la ley ha exigido una forma en especial, las partes por su propia voluntad no pueden restar virtualidad al requisito legal que constituye parte del orden público.

7. Clasificación de los actos jurídicos en relación a sus formas

Varias son las clasificaciones que pueden elaborarse respecto a este punto.

En primer término puede establecerse la de forma impuesta o prescripta frente al acto de forma libre.

Dentro de la forma impuesta puede distinguirse aquella cuya imposición proviene de la ley, de la forma impuesta por disposición de las partes.

También entre forma exigida *ad probationem* (forma con finalidad probatoria solamente) y forma *ad solemnitatem* (forma como parte formativa del acto).

Sin embargo, la clasificación más difundida es la clásica de actos formales y no formales, y como subcategoría de los formales, la de solemnes y no solemnes.

8. Actos formales y no formales

a) Concepto

Son actos formales aquellos que tienen una forma específica —y no otra— requerida por la ley, sea para su validez, o para su prueba.

Para ellos no rige el principio de libertad de formas, o, mejor aún, constituyen una excepción al mismo.

Atinentes a este tipo de actos son las normas de los arts. 285 y 286 del CCyC. Provisiones con efectos similares a las vistas pueden encontrarse en los arts. 973, 975, 976 y 977 del Código Civil de Vélez.

Los actos no formales son aquellos en los que cualquier medio para expresar la voluntad puede ser utilizado

b) Ejemplificación

Son actos formales (también llamados de forma impuesta, vinculada, etc.) aquellos a los que la ley o la misma previsión de las partes otorgan validez, sólo en tanto estén efectuados con la forma especialmente prevista. Son ejemplos de ellos, el testamento, el matrimonio, los enunciados en el art. 1017, el contrato de locación de inmuebles conforme al art. 1 de la ley 23.091, etc.

Por el contrario, son no formales los que pueden efectuarse bajo cualquier solemnidad, y para los que —por no establecer la ley una forma en particular— las partes pueden requerirla, como elemento de validez o prueba.

c) Quid del art. 1019

El art. 1019 del CCyC, que prescribe que los actos que sean *"de usanza instrumentar"* no podrán demostrarse exclusivamente por testigos. Es el caso que se contemplaba en el art. 1193 del Código Civil de Vélez Sarsfield y su correlativo art. 209, del Código de Comercio. A este respecto, entendemos que el acto sigue siendo no formal, desde que lo dispuesto en el artículo citado es un recaudo de prueba, y no de forma, como lo establece la norma referida.

9. Negocios jurídicos solemnes y formales no solemnes

Los actos jurídicos formales son susceptibles de una subclasificación, según sean formales solemnes o no solemnes.

a) Concepto de negocios formales solemnes

Son formales solemnes aquellos en los que al exigirse una forma determinada, la omisión de ella provoca la nulidad del acto, privándolo no sólo del efecto jurídico buscado en forma inmediata por las partes (art. 259 del CCyC), sino también de cualquier otro efecto jurídico, aunque se pruebe por otro medio en forma inequívoca la expresión de voluntad.

b) Concepto de negocios formales no solemnes

Por su parte, son negocios jurídicos formales no solemnes aquellos en los que la ley exige una forma determinada y su no satisfacción acarrea la nulidad del acto en cuanto impide la obtención de los efectos jurídicos buscados en forma inmediata por el otorgante. Pero el acto vale como negocio que obliga a cumplir con la forma exigida (arg. art. 285, CCyC), por lo que cualquiera de las partes puede ocurrir al juez para demandar que el acto jurídico se otorgue con la forma exigida por la ley. En los hechos es lo que acaece con los denominados "boletos de compraventa" que instrumentan promesas de venta de inmuebles por instrumento privado; tanto el comprador como el vendedor pueden ocurrir al juez para exigir a la otra parte el cumplimiento del contrato, y por lo tanto el otorgamiento y firma de la escritura pública; y si una de las partes se niega, puede ser sustituido por el juez siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento (art. 1018).

c) Fundamento de la exigencia de solemnidades

El fundamento, la razón de ser de la exigencia de cierta solemnidad, varía según se trate de negocio patrimonial —sea entre vivos o *mortis causae*— o de acto extrapatrimonial (negocio jurídico familiar).

En el primer caso, la razón de ser de la forma solemne es la protección del sujeto frente a su propia negligencia. En el segundo caso, cuando se requiere la forma solemne en un acto extrapatrimonial, la finalidad es tutelar el interés general dando certeza a los actos constitutivos de Estado, lo que hace al orden público.

Es frecuente el dudar sobre si determinada forma es exigida con carácter solemne o no solemne. En tal supuesto puede arribarse a una

distinción interrogándose sobre si es posible probar el negocio por vía de la confesión de su autor, ya que los de forma solemne no admiten tal medio de prueba, mientras que sí está autorizada en el supuesto de negocios jurídicos formales no solemnes.

d) Ejemplificación

Constituyen ejemplos de negocios formales solemnes, la designación de tutor dativo (art. 107 del CCyC), el discernimiento de la tutela o la curatela (art. 112 del CCyC), la transacción sobre objeto litigioso (art. 1643, CCyC), la donación de inmuebles o de rentas periódicas (art. 1552, CCyC), el testamento (art. 2477, CCyC).

Son por su parte, negocios jurídicos formales no solemnes, los supuestos del art. 1017 del CCyC, las donaciones excluidas del art. 1552, CCyC, las particiones extrajudiciales de herencia (art. 2369, CCyC).

10. Negocios de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa y formales no solemnes

Otra clasificación válida es la que distingue entre negocios formales de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa y formales no solemnes. La primera categoría coincidiría con la ya formulada de actos solemnes, en los que la forma es constitutiva.

La de negocios formales de solemnidad relativa comprende a los actos convertibles, es decir, aquellos en los que en caso de no cumplirse la formalidad exigida por la ley, el acto valdría como otro negocio jurídico, que impone a las partes elevarlo a la forma requerida.

Por fin, en los actos formales no solemnes, la forma es irrelevante para la existencia del acto, pero no para su prueba. Se trata de actos formales *ad probationem* que pueden celebrarse con cualquier forma, pero sólo pueden probarse por un medio determinado. Tal sería el supuesto del art. 1019, CCyC).

11. Efectos del incumplimiento de las formalidades

Si el ordenamiento jurídico —legal o convencional— exige una forma determinada con carácter solemne (o de solemnidad absoluta) que se incumple, la consecuencia es la nulidad del acto (art. 382 del CCyC).

Si se trata del incumplimiento de una forma relativa (negocio formal no solemne) como los supuestos del art. 285 del CCyC (arts. 1017 y 1018 del CCyC para el caso de contratos), como ya lo hemos explicado, las partes quedan obligadas a extender el negocio jurídico con la forma exigida por la ley.

Por su parte, el incumplimiento de una forma exigida sólo a fines probatorios, no invalida el negocio, pero sí puede tornarlo estéril, por no poderse acreditar su existencia y contenido.

12. La conversión del negocio jurídico: art. 285

a) Concepto

Cuando se trata de un negocio jurídico formal no solemne, o de solemnidad relativa, y las partes omiten darle la forma que se requiere por el ordenamiento jurídico, como ya hemos expresado, el ordenamiento le reconoce la eficacia de otro negocio jurídico con requisitos formales menores.

A este respecto el art. 285, ya transcripto, en su parte pertinente expresa que el acto que no ha respetado la forma ordenada no vale como tal "*...pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad...*".

El Código Civil de Vélez Sarsfield contenía una norma similar en su art. 1185.

b) Obligación que emana de la conversión

Como quedó expresado, el negocio celebrado con una forma insuficiente valdrá como causa fuente de la obligación de elevarlo a la forma legal. Esta obligación constituye una prestación de hacer que, en caso de no cumplirse voluntariamente puede ser demandada judicialmente (arg. art. 1018, y art. 730 inc. b, CCyC; art. 512, Cód. Proc.)

En todo supuesto de conversión, los efectos del acto se producen a partir del otorgamiento de la forma requerida por la ley, y no desde el momento de celebración del acto a convertir.

II. DOCUMENTO E INSTRUMENTO

13. Nociones introductorias

a) Conceptos y relación

En un sentido amplio, documento es "toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera" (Devis Echandía).

El instrumento es el documento escrito, en la generalidad de los casos.

Documento e instrumento, que parte de la doctrina consideran voces que denotan conceptos sinónimos, se encuentran entonces vinculados en relación de género a especie.

b) Elemento material (soporte)

El elemento material del instrumento se denomina soporte y resulta siempre adaptado a las circunstancias de cada época; vale decir, la materia con la cual está realizado el instrumento ha variado con el transcurso del tiempo, y se han utilizado para tal fin desde las tablillas de arcilla y papiros hasta el papel en los últimos siglos y actualidad. En las últimas décadas los soportes electrónicos han tomado relevancia.

En una concepción clásica, los instrumentos están caracterizados, como documentos con soporte en papel que, por pertenecer a la especie instrumental, transmiten las ideas por escrito.

Los arts. 286 y 287 del CCyC expanden las posibilidades de posibles soportes, en la medida que el contenido sea inteligible, aunque haya que recurrir a la ayuda de medios técnicos.

14. Clasificación de los instrumentos

a) Instrumentos particulares y públicos en el Código de Vélez

Clásicamente se ha distinguido entre instrumentos públicos y privados. Sin embargo, parte de la doctrina afirmaba que ello no es correcto.

En efecto, el art. 978 del Código de Vélez no distinguía entre instrumento público y privado, sino entre instrumento público y *particular*.

Por su lado, el hecho de que los instrumentos particulares se dividiesen en firmados o no firmados resultaba no sólo del conocido art. 1190 del Código Civil precedente, sino también, del art. 1181, en cuanto mencionaba a los instrumentos particulares firmados.

En síntesis, en el Código de Vélez, los instrumentos se clasifican en públicos y particulares. Los particulares firmados se denominan instrumentos privados.

b) El régimen del CCyC

El CCyC clasifica los instrumentos en públicos y particulares, y éstos últimos en particulares no firmados e instrumentos privados (que son los particulares firmados). Y se actualiza y expande notablemente la posibilidad de utilización de soportes.

Así, el art. 286 del CCyC establece que: "*La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos*".

Luego, en el art. 287, se expresa que: "*Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información*".

Como hemos visto, el nuevo régimen acepta todo tipo de soporte que garantice inteligibilidad aunque ello requiera auxilio de la técnica.

En los Fundamentos del nuevo régimen se justifican los cambios (y se citan las fuentes) al decir en la parte pertinente que "*Se actualiza el criterio para considerar la expresión escrita a fin de incluir toda clase de soportes, aunque su lectura exija medios técnicos, recogiendo*

CAPÍTULO XXIII

INSTRUMENTOS PÚBLICOS

I. INTRODUCCIÓN

1. Concepto

a) Noción introductoria

El CCyC omite dar una definición de instrumento público. De todos modos, en función de los recaudos y efectos que a ellos atribuye el mismo CCyC, podemos decir que son instrumentos públicos aquellos otorgados con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público (agente administrativo o funcionario), a quien la ley confiere la facultad de autorizar, y que hacen plena fe sin necesidad de posteriores pruebas o verificaciones.

b) Quid *de la intervención del oficial público*

El CCyC otorga el carácter de instrumentos públicos a aquellos que emanan de funcionario público, aunque su presencia tampoco debe interpretarse en sentido estricto.

Así surge de los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, que en lo pertinente dicen "*...se incluyen no sólo los instrumentos que extienden los escribanos sino también aquéllos extendidos por los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes y asimismo los títulos emitidos por el Estado nacional o provincial conforme a las leyes que autorizan su emisión...*".

c) Finalidad

Los instrumentos públicos pueden tener por finalidad acreditar la existencia de un hecho o acto, que constituye el supuesto más frecuente; o constituir la forma de ejercicio de un poder público.

La redacción del art. 290 del CCyC no deja dudas acerca de que los instrumentos públicos pueden acreditar todo tipo de hechos o actos. Lo testimoniado puede consistir en un acto jurídico (v.gr., la escritura pública que instrumenta un contrato de compraventa de inmuebles), un hecho jurídico (por ej., la escritura o acta que verifica un hecho a pedido de una parte interesada), o un mero hecho humano voluntario y lícito.

2. Fe pública y autenticidad

a) Noción de fe pública

Como se advierte, el instrumento público tiene una fuerza convictiva alta y se denomina "fe pública".

Por cumplir con los recaudos formales comunes a todo instrumento público —v.gr., papel especial en el caso de las escrituras públicas, estampillas, sellos, etc.— se presume que el instrumento emana de un oficial público; a esto denominamos "autenticidad".

La exigencia de estos recaudos formales va dirigida a verificar que emana de un oficial público, puesto que la firma y el sello del funcionario son fácilmente verificables y comparables. Y por considerarlo emanado de un funcionario público, se presume veraz su contenido.

Por lo tanto, el instrumento público hace "plena fe" por sí mismo, siendo la plena fe un concepto vinculado con la fuerza probatoria del instrumento público.

b) Importancia

La fe pública es concebida como un bien social porque es necesario para la seguridad jurídica que haya un instrumento que merezca tal fe por sí mismo, sin necesidad de verificación posterior alguna.

c) Clases

La fe pública puede clasificarse, según sea el poder público en el que recaiga, en:

— administrativa, cuando está dada por la actividad de un funcionario dependiente del Poder Ejecutivo —sea nacional, provincial o municipal— (v.gr., certificado de nacimiento, matrimonio o defunción);

— judicial, cuando es otorgada por magistrados o funcionarios del Poder Judicial (también aquí nacional, provincial o municipal), como, por ej., toda sentencia y providencia, así como los testimonios o certificados expedidos por el secretario del juzgado;

— notarial, cuando emana de lo actuado por un escribano público, también llamado notario o fedatario.

3. Enumeración legal

a) Su carácter

La enumeración del art. 289 CCyC es meramente enunciativa.

b) Análisis del texto legal

La enumeración incluida en el art. 289 es sustancialmente más breve que la incluida en el precedente art. 979 del Código Civil de Vélez Sarsfield, con lo que se observa una intención de eliminar extensas listas innecesarias. Los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial así lo expresan al sostener que, entre los instrumentos públicos expresamente contemplados, *"se incluyen en primer lugar a las escrituras públicas, sus copias o testimonios... y luego, se incluyen no sólo los instrumentos que extienden los escribanos sino también aquellos extendidos por los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes y asimismo los títulos emitidos por el Estado nacional o provincial conforme a las leyes que autorizan su emisión..."*.

A continuación trataremos cada inciso en particular de los incluidos en el art. 289 del CCyC.

(i) Las escrituras públicas y sus copias o testimonios

Las escrituras públicas y sus copias constituyen, uno de los instrumentos públicos más trascendentes en la práctica jurídica, por lo que habremos de tratarlo en particular en el párrafo V del presente capítulo.

(ii) Los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes

Como se advierte, a partir de esta norma se autoriza la inclusión con el carácter de instrumento público de cualquier instrumento que satisfaga las formalidades legales y sea extendido por un funcionario público competente para otorgarlo.

(iii) Los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión

Este inciso establece que los *títulos de deuda emitidos por el* Estado nacional provincial o por la Ciudad de Buenos Aires son instrumentos *públicos, en la medida que se respeten las leyes que autorizan la emisión.*

Aquí, entendemos, cabe incluir a los billetes y también a los títulos de deuda pública propiamente dichos.

4. Otros instrumentos públicos

El art. 979 del Código de Vélez contenía una larga enumeración de instrumentos públicos, que había quedado totalmente desactualizada. De modo que es correcto que el CCyC los haya suprimido.

De todos modos hay instrumentos públicos más allá de los mencionados por el art. 289 CCyC.

a) Son también instrumentos públicos

Entre muchos otros casos, son instrumentos públicos, los siguientes:

- Las actas de las sesiones parlamentarias y las resoluciones administrativas dictadas por las autoridades de cada Cámara parlamentaria nacional o provincial, y las de los Concejos Deliberantes.
- Los informes y certificaciones expedidos por los registros oficiales (Registro de la Propiedad Inmueble, de la Propiedad Automotor, de Créditos Prendarios, etc.).
- Los documentos de identidad, cédulas, libretas de enrolamiento o cívica y documento nacional de identidad.
- La cédula de notificación, por lo que no pueden desconocerse sus constancias oficiales (es decir, el original) en tanto se trate de actos pasados ante el oficial público o comprobados por él.
- Con relación a las fotocopias certificadas por escribano se ha dicho que constituyen instrumentos públicos siempre que el escribano dé fe de que ha tenido a la vista los originales y que las copias coinciden con ellos.
- Las actas notariales, a cuyo tratamiento específico remitimos, ver supra X.

b) Actuaciones administrativas

En la doctrina moderna se entiende que los documentos en los que se plasman las actuaciones administrativas no son instrumentos públicos, pero tampoco privados, ya que pertenecen a un expediente administrativo. Así, se los considera documentos administrativos que se presumen auténticos mientras no se pruebe lo contrario; hacen fe de su otorgamiento, de la fecha, y de las declaraciones que haga el funcionario que las suscribe. Pero no hace falta la tacha de falsedad para desvirtuarlos; pueden ser destruidos con cualquier prueba en contrario (Hutchinson).

c) Documentos extranjeros

Nuestro país ha ratificado, por ley 23.458, la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, por la que se suprime el requisito de la legalización de los instrumentos públicos extranjeros. Esa Convención sólo exige un requisito formal, relativo a la firma del signatario del documento, que debe expedirse de acuerdo con un modelo, hecho

en el idioma del país que lo expide, y cuyo título o denominación debe estar en francés. Esa denominación es *apostille* y con ella entonces es suficiente para que el documento expedido en el extranjero goce de fe en la Argentina.

II. REQUISITOS DE VALIDEZ

Para que el instrumento público sea válido —y por lo tanto— produzca el efecto de plena fe respecto a su contenido, son necesarios dos requisitos: la actuación de un oficial público dentro del área de sus atribuciones – competencia en la materia— y con competencia territorial salvo que el lugar sea generalmente tenido como dentro de ella (art. 290 inc. a, arts. 291 y292 del CCyC), y que el instrumento se encuentre firmado por el oficial público, las partes y/o sus representantes o los firmantes a ruego si éstos no pudieren firmar (art. 290, inc. b del CCyC).

Estudiaremos los requisitos enumerados precedentemente en ese orden.

5. Actuación del un oficial público

a) Regla general

La actuación de un oficial público resulta inexcusable; salvo que la ley asigne expresamente carácter de instrumento público a un documento que no lo requiera.

b) Quiénes son

Estos oficiales públicos son los escribanos públicos, y en general, los funcionarios del Poder Ejecutivo —funcionarios administrativos, v.gr., jefe del Registro Civil—; los del Poder Legislativo —v.gr., presidentes de ambas Cámaras—; o del Poder Judicial. Estos últimos pueden clasificarse en magistrados —con poder decisorio, como los jueces de las tres instancias— y funcionarios —con facultades legales pero sin poder decisorio, como los secretarios, fiscales, asesores de menores, etc.—.

c) Designación

Lógicamente, lo que convierte a una persona en funcionario público es su designación como tal.

Este nombramiento debe reunir diversos requisitos comunes y otros particulares de cada cargo.

d) Requisitos comunes

Entre éstos, están el origen legal de la designación; la competencia de la autoridad que efectúa el nombramiento y la autenticidad de la designación. Desde luego que además, es necesario el consentimiento del designado, el que puede manifestarse en forma expresa o tácita (v. arts. 262 y 264, CCyC).

Nuestra Constitución garantiza en su art. 16 la igualdad ante la ley (ante igualdad de circunstancias) y la admisibilidad a los empleos públicos sin más condiciones que la idoneidad.

e) Requisitos particulares para cada cargo

Entre éstos, también conocidos como requisitos para el ejercicio, debe mencionarse al juramento o toma de posesión del cargo, que los funcionarios públicos de rango deben realizar, desde quien sea elegido para la presidencia de la República, como los ministros y jueces.

Genéricamente se conoce a este juramento como puesta en posesión del cargo, y tiene por finalidad hacer pública la designación.

La designación o nombramiento así obtenido se conoce como "investidura", que es lo que configura la capacidad del funcionario público. Así, si al oficial público en cuestión se le otorgó investidura correspondiente a su cargo, se protege la validez de sus actos en razón de que no puede exigirse a los administrados investigar en cada caso si la persona que está otorgando el instrumento público reúne o no las condiciones necesarias para haber sido designado. Es que por algo tiene la investidura.

Por ello, el art. 292, segundo párrafo, del CCyC expresa: *"Dentro de los límites de la buena fe, la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta al acto ni al instrumento*

si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y actúa bajo la apariencia de legitimidad del título".

6. Acto otorgado por no tiene derecho a la función (funcionario de hecho)

La capacidad o investidura a la que nos hemos referido *supra* cesa en el momento en que se comunica al funcionario que ha dejado de serlo. Vale decir que no basta con que se lo haya suspendido, destituido o reemplazado, sino que es necesario que este acto del poder del que depende, le haya sido notificado. Recién a partir de entonces son de ningún valor los actos que autorice.

A ello se refiere el art. 292, primer párrafo del CCyC, que en su parte pertinente, expresa: *"...son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de que se trata".*

Tal notificación o comunicación de su destitución, suspensión o reemplazo debe efectuársele en forma fehaciente. Normalmente la notificación fehaciente se efectúa por medio del *Boletín Oficial.*

7. Funcionario incompetente en razón del territorio

Otro supuesto de aplicación de la protección a la "investidura plausible" resulta de lo normado en el art. 290, inc. a), en cuanto legitima como válido el instrumento hecho por un funcionario fuera de su jurisdicción territorial si el lugar fuere generalmente tenido por los administrados, en razón de un error de hecho, como perteneciente a la misma.

8. Otras hipótesis

Otros casos generan situaciones similares a las contempladas en el art. 292, CCyC. No obstante, por la duda que puede representar el no estar contemplados expresamente por la ley, pasamos a efectuar su análisis somero de algunas hipótesis.

— Son válidos los actos autorizados por oficial público designado que no aceptó formalmente el cargo, ya que el acto sería la prueba de su aceptación.

— Son válidos los actos del funcionario designado que no ha cumplido con los requisitos del cargo, ya que no cabe a los administrados investigar si el funcionario reúne los requisitos.

— Son válidos los actos otorgados por los funcionarios otorgados durante su licencia o feria.

— No son válidos los actos autorizados por los oficiales respecto de los cuales tuvieran una incompatibilidad temporaria, ya que éste impedimento les hace perder la competencia, aunque sea de manera temporal.

— No son válidos los actos autorizados por un funcionario luego del vencimiento del período que duró su designación.

9. Acto autorizado por no puede ejercer la función con relación a determinadas personas

El art. 291 del CCyC regla lo concerniente a la incapacidad relativa, inhabilidad, incompatibilidad o incompetencia, en razón de las personas, del oficial público. Este artículo dispone: *"Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados".*

Se trata de mantener la imparcialidad del funcionario público a fin de evitar que, llevado por sus relaciones familiares pierda ecuanimidad en beneficio de alguna de las partes. El grado de parentesco que anula el instrumento es el cuarto de consanguinidad (sobrinos y tíos) y el segundo de afinidad (cuñados).

10. Funcionario competente

Para que el acto autorizado por un oficial público sea válido, éste debe ser actuado en el ámbito de su competencia.

"Competencia" es la aptitud que la ley reconoce en un oficial público. Esta aptitud —que es improrrogable y sólo atribuida por la ley— es referida a la materia que el funcionario puede autorizar y al

territorio en el cual puede hacerlo. Esto es lo que establece el art. 290 inc. a) del CCyC, conforme al cual: *"Son requisitos de validez del instrumento público: a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella..."*.

Analizaremos, en el orden mencionado, la competencia en razón de la materia y del territorio.

a) Competencia en razón de sus atribuciones. Competencia en razón de la materia

No todo oficial público puede autorizar los mismos actos jurídicos. Un agente de policía no puede celebrar una escritura pública, ni el jefe del registro civil labrar una infracción de tránsito, ni el escribano celebrar un matrimonio o extender una partida de defunción.

Tales actos sólo son válidos en la medida en que estén autorizados por el oficial o funcionario público que corresponda a esa materia. El escribano será el competente para otorgar las escrituras públicas, el agente de policía para labrar la infracción de tránsito, y el jefe de registro civil para celebrar el matrimonio o expedir la partida de defunción.

b) Competencia en razón del territorio

El Código exige que los actos otorgados por funcionarios públicos estén extendidos dentro del territorio que corresponda a la jurisdicción de su investidura. Fuera de esa jurisdicción, el funcionario público carece de atribuciones.

De allí que sea necesario que en el texto del instrumento público conste el lugar de su otorgamiento conforme a lo que estipula el art. 305 CCyC.

Es nulo el instrumento público que en su texto expresa haber sido otorgado en un lugar diferente a aquel en el que el funcionario autorizante ejerce su competencia. También es nulo aquel en el que se falsee el lugar de otorgamiento.

c) Prórroga de la competencia

Si bien —como dijéramos— la competencia en razón de la materia y en razón del territorio son improrrogables por voluntad de las partes, existe un caso de prórroga legal en el art. 290 inc. a), parte final. Este artículo expresa que los instrumentos realizados por oficiales públicos deben ser otorgados en lugares donde ellos tuvieren competencia territorial *"excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella"*.

d) Libre circulación de documentos notariales

El instrumento público puede ser otorgado en cualquier jurisdicción, aun cuando vaya a tener efectos en otra por lo que la escritura pública de venta de un inmueble sito en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puede ser extendida en la provincia de Jujuy o en cualquier otro lugar del país.

Así lo expresa el art. 293 CCyC, el que dice que *"Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado"*.

Alguna disposición provincial ha pretendido establecer recaudos particulares para el reconocimiento de la eficacia de tales actos. Pero disposiciones de esa índole han sido declaradas inconstitucionales por la CSN.

11. Requisitos legales. Enumeración

Para la validez del instrumento público es necesario, también, que se satisfagan las formalidades previstas por las leyes específicas y por el CCyC (art. 289, incs. a, b y c). Si no se cumplen, el instrumento es inválido, es decir, según los casos, nulificables (art. 294, CCyC).

Ahora bien, como hay diversos tipos de instrumentos públicos, regidos por diferentes leyes, también hay diversos requisitos.

Sin embargo, existen tres muy generalizados, aunque no requeridos para todo tipo de instrumentos públicos.

Éstos son, la firma, la presencia de testigos, y el cumplimiento de otras formalidades referidas a los errores materiales en que se pueda haber incurrido en la redacción del instrumento. Pasamos a analizarlas en ese orden.

12. La firma de todos los interesados y del oficial público

a) Texto legal

La firma es exigida por el art. 290 inc. b) que expresa: "*las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos*".

Es entonces imprescindible que el instrumento contenga la firma del oficial público y la de todos los interesados.

b) Excepciones

La firma del oficial no es requerible en algunos pocos supuestos, como el papel moneda y los títulos de la deuda pública estatal. En estos supuestos, las leyes autorizan el uso de reproducciones facsimilares de la firma, empleando numeración para cada ejemplar y otros elementos de seguridad que aseguren su autenticidad.

Para los demás supuestos —que constituyen la gran generalidad— puede inferirse su exigencia generalizando la regla sentada para las escrituras públicas (art. 299, CCyC) que constituyen la especie de instrumento público más reglado; y del art. 309, que establece que "*son nulas las escrituras que no tengan... la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida...*".

c) Firma de los interesados

Cuando el CCyC exige las firmas de "*todos los interesados que aparezcan como parte en él*", se refiere a las partes formales, no a las partes sustanciales.

Son partes sustanciales los titulares de los derechos que se ejercen en el instrumento: el vendedor, el comprador, el locatario, el padre que reconoce a su hijo, el contrayente en el matrimonio, etc.

Son partes formales aquellas que figuran en el instrumento aunque no sean los titulares de los derechos de que se trate (apoderados, los padres cuando actúan como representantes legales de sus hijos, el apoyo de la persona con capacidad restringida que lo asiste al celebrar un acto jurídico, por ejemplo).

Por fin, sin ser partes del acto sustancial, deben firmar el instrumento los testigos instrumentales, el cónyuge que da su conformidad en los términos de los arts. 456 y 457 del CCyC, etc.

En síntesis, se requiere que firmen todos aquellos que aparecen mencionados en el instrumento como comparecientes al acto de su otorgamiento.

Podría, no obstante, suceder que alguno de ellos no supiese o no pudiese firmar. En tal supuesto resultaría de aplicación lo establecido en el art. 290 inc. b), como solución al problema, que permite que un tercero firme a ruego del que no sabe hacerlo, dejando constancia de esa circunstancia el oficial público.

En cambio, es susceptible de nulidad el instrumento público al que le falta la firma de uno de los intervinientes, aunque el escribano diga que estuvo presente y que ha dado su consentimiento.

13. Los testigos

Entre las formalidades que la ley puede requerir para la validez de los instrumentos públicos está la presencia de testigos (arg. art. 295, CCyC).

La finalidad de tal exigencia opera como un refuerzo de la seriedad que la ley quiere atribuir al acto.

a) Tipos de testigos

Los testigos en un instrumento público pueden serlo de dos tipos: instrumentales, y los honorarios.

Los primeros son aquellos que testimonian la efectiva realización del acto, y cuya presencia es exigida en algunos supuestos por la ley.

Los testigos honorarios no son necesarios para la validez del acto, ni para acreditar la identidad de los otorgantes, sino que únicamente concurren al acto por motivos sociales en honor de los otorgantes. Esto es lo que sucede en oportunidad de la celebración del matrimonio de la que pueden participar un número de testigos superior al exigido por la ley (art. 418).

b) Supuestos en que se exige la presencia del testigo instrumental

Esta exigencia —la del testigo instrumental— no es necesaria para todo instrumento público, sino sólo para aquellos supuestos en que se indique expresamente.

Ahora bien, aunque lo atinente a la exigencia o no de testigos en un instrumento público ha de estar previsto en la ley que regule el tipo de instrumento de que se trate, una vez que esa norma lo requiera, lo referido a la capacidad, inhabilidad, forma de actuar, etc., de los testigos se somete a las disposiciones del CCyC. Por su parte, lo atinente a la prohibición para ser testigo que trata el art. 295 sólo es aplicable en la medida en que el mismo CCyC no contemple otras inhabilidades para cada supuesto en particular, como lo hace en el art. 2481 en materia testamentaria, a las que corresponde estar cuando se trata de extender un testamento por instrumento público.

El CCyC exige testigos instrumentales, entre otros, en los siguientes casos: testamento por acto público (art. 2481); y en el caso del otorgante de escritura con discapacidad auditiva (art. 304, CCyC).

14. Habilidad del testigo

Todo testigo cuya presencia sea exigida por el Código para la validez de un acto, sea instrumental o de conocimiento, debe ser hábil. El art. 295 ya referido —aplicable en la medida en que no exista en el Código otra disposición expresa al respecto— contiene una enumeración de quienes no pueden ser testigos en instrumentos públicos, los que pasamos a analizar.

a) Inc. a). "Las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos"

El art. 24 establece quienes carecen de esta capacidad, y ellos son las personas por nacer, las personas sin edad y madurez suficiente. Entendemos que los menores de 18 años no pueden ser testigos, salvo que estén emancipados o que la materia sobre la que testifican se relacionen con la profesión que ejercen en virtud de obtener título habilitante (arg. art. 30 del CCyC).

También el art. 295 inc. a) del CCyC excluye la posibilidad de ser testigos a quienes una sentencia judicial se los impida.

A este respecto se ha debatido cual es el alcance de esta disposición. La primera postura entiende que esta norma es inaplicable ya que no hay disposición del Código Penal prohíba a alguien expresamente ser testigo (Arauz Castex). La segunda considera que el inciso se refiere al supuesto de incapacidad del art. 12 del Código Penal, abarcando a todo condenado a pena privativa de la libertad por más de tres años (Machado, Salvat y Spota). Por fin, la tercera postura es la que considera que esa prohibición es referida a los condenados por el delito de falso testimonio (Borda). La segunda tesis es, a nuestro juicio, la que mejor compagina con el sistema de capacidad regulado en el Código Civil y en el CCyC.

b) Inc. b). "Los que no saben firmar"

Esta exigencia tiende a asegurar en el testigo un mínimo de comprensión del acto que se otorga, ya que si ni siquiera sabe firmar, difícilmente podría entender qué acto viene el testigo a presenciar.

c) Inc. c). "Los dependientes del oficial público"

Por estar subordinados laboralmente a su empleador, el oficial público, el Código Civil anterior ya había considerado que carecen de la independencia necesaria para actuar como testigos de los actos autorizados por ese funcionario.

d) Inc. d). "El cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público, dentro del cuarto grado y segundo de afinidad"

Se procura preservar la independencia de los testigos. En este supuesto la inhabilidad comprende a relaciones familiares del oficial

público e incluye al cónyuge (omitido en el Código Civil anterior) al conviviente sin diferenciar sexo, y a los parientes hasta el cuarto grado se trate de parentesco consanguíneo hasta el segundo grado en los parientes por afinidad.

No alcanza a los parientes de las partes, ni al parentesco de los testigos entre sí.

e) Párrafo final del art. 295. Error común sobre la idoneidad

El texto final del art. 295 establece que "*El error común sobre la idoneidad de los testigos salva la eficacia de los instrumentos en que han intervenido*".

Aquí puede afirmarse que el error común hace derecho. Desde ya que el error de que se trata es el de hecho, no de derecho, y debe ser generalizado y excusable.

El sujeto pasivo del error debe ser el otorgante u otorgantes del acto es decir, las partes formales, no el funcionario público.

f) Otros supuestos

De todas maneras, notamos que otros supuestos que leyes específicas puedan determinar o que en la práctica impidan a alguien entender o percibir lo que testimonian pueden considerarse incluidos en la prohibición legal del art. 295.

15. Otras formalidades

Por fin, en el instrumento se han de salvar debidamente las enmiendas, borraduras, interlineados, o testaduras, como lo estipula el art. 294 del CCyC. Cuando se altera una parte esencial, como la fecha, nombres o cantidades, debe salvarse al final, pero antes de la firma.

III. FUERZA PROBATORIA

16. Presunción de autenticidad

El instrumento público considerado en sí mismo, goza de una presunción de autenticidad proveniente de la regularidad de sus formas.

Debe, por tanto, ser tenido por auténtico por aquel a quien le sea presentado.

La autenticidad hace referencia a la autoría y regularidad del documento en cuanto a sus formas, pero no se predica de su contenido.

Respecto de la autenticidad del contenido del instrumento, se deben efectuar una serie distinciones, que tratamos más adelante.

17. Principio general en materia probatoria

Toda vez que la ley presume la autenticidad del instrumento considerado en sí mismo, releva a la parte que lo presenta de probar su autenticidad.

Es aquel que sostenga la falta de autenticidad del instrumento quien debe producir la prueba de su aserto.

En cuanto a la fuerza probatoria del contenido del instrumento público, debe diferenciarse según se trate de las diversas partes del mismo, lo que analizamos seguidamente.

18. Hechos cumplidos por el oficial público o en su presencia

Los actos en los que el oficial público tuvo intervención directa gozan de plena fe mientras que no se interponga a su respecto —y prospere— una querella de falsedad en sede civil o penal.

A eso se refiere el art. 296 del CCyC en cuanto expresa: "*El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal*". Este texto es en lo sustancial idéntico al art. 993 del Código Civil precedente.

Como se advierte, la ley otorga el mismo tratamiento a los hechos que el oficial público ha realizado por él mismo, que a aquellos de los que el funcionario sostiene que se realizaron en su presencia.

No están comprendidos en los supuestos de esta norma los dichos del escribano que sólo configuran apreciaciones personales suyas. Para desvirtuar este tipo de enunciaciones basta la mera prueba en contrario.

Debe entenderse que la plena fe de la que gozan los instrumentos públicos tiene valor hasta que se obtenga sentencia que lo declare inválido. La mera interposición de sentencia no tiene similar efecto de quitar valor al instrumento respecto de las actuaciones o hechos presenciados por el funcionario público.

19. Manifestaciones de las partes. Cláusulas dispositivas

Un régimen diferente se sigue respecto de las conocidas como cláusulas dispositivas, que son aquellas que constituyen el objeto del instrumento, esto es, las manifestaciones de las partes configurativas de aquello para lo cual aquél se otorga. Son ejemplos, el contrato de compraventa, el otorgamiento de poder, etc.

A este respecto, el art. 296 inc. *b) del CCyC*, en su parte pertinente, expresa: *"El instrumento público hace plena fe: ...b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario"*.

Donde el artículo manifiesta que estas cláusulas hacen plena fe debe interpretarse en el sentido que hacen "prueba completa", no en el sentido literal que se otorga en el apartado a) del mismo artículo. De modo que si por cualquier medio se demuestra la falta de sinceridad de lo vertido en el instrumento, éste caerá.

Igual solución se sigue para las "enunciaciones directas", o enunciaciones directamente relativas al acto jurídico de que se trate. Son ejemplos de estas cláusulas, la manifestación de haber recibido el precio antes de ahora, o de haberse efectuado la tradición antes del acto.

Con un ejemplo puede aclararse esta idea que es central en la apreciación del alcance del valor probatorio del instrumento público. Supongamos una escritura que dice: "Buenos Aires, 10 de julio de 2015, Comparecen Juan López como vendedor y Alberto Rodríguez como comprador y el primero dice vender el inmueble sito en calle Tal por el cual se convino un precio de $ 10.000 de los cuales 5000 se pagan en este acto frente a mi escribano autorizante y el vendedor declara haber recibido la suma restante antes de ahora...". Esa escritura hace fe de: el lugar en que se otorgó, la fecha en que se otorgó, que comparecieron López y Rodríguez, que dijeron comprar y vender y que se pagaron 5000 pesos. Todos esos hechos sólo pueden ser controvertidos mediante juicio civil o criminal de falsedad (v. *infra* n. 20). También hace fe que López y Rodríguez *dijeron* que parte del precio se había pagado antes, pero el hecho del pago en sí no fue comprobado por el escribano, por lo que ese hecho puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario.

20. Meras enunciaciones

También conocidas como cláusulas enunciativas son las manifestaciones sólo incidental o indirectamente vinculadas con el objeto del acto jurídico instrumentado.

El valor probatorio de estas cláusulas es nimio, pues son meras enunciaciones unilaterales, que sólo vinculan a quien las emite.

IV. IMPUGNABILIDAD DEL CONTENIDO

21. La denominada redargución de falsedad

La acción de impugnación de falsedad se denomina querella de falsedad, o argución, o redargución de falsedad y es de consecuencias muy graves por cuanto, en la generalidad de los casos, importa imputar al funcionario interviniente un delito de acción pública, como es el de falsedad o falsificación de instrumento.

La CSN ha resuelto que la redargución de falsedad tiene por objeto destruir la eficacia de un instrumento público ofrecido como elemento probatorio y requiere la impugnación previa del instrumento público, la que debe ser efectuada al contestar el traslado conferido de la documentación acompañada o cuando se le exhibe para su reconocimiento.

22. Distintos tipos de falsedad

Dos tipos de falsedades puede tener un instrumento público: falsedad material o falsedad ideológica.

a) Falsedad material

Existe falsedad material cuando el instrumento público está formalmente adulterado, lo que resulta en los supuestos de falsificación, alteración o supresión del instrumento.

Un documento es falsificado cuando es una mera imitación de uno verdadero. La adulteración supone un instrumento auténtico que ha sido irregularmente modificado. Supresión es un concepto que también importa la existencia de un instrumento válido que se oculta o destruye en todo o en parte.

b) Falsedad ideológica

En el caso de falsedad ideológica el instrumento es formalmente válido, pero no es veraz su contenido; así acontece si el oficial público dice haber presenciado algo que en realidad nunca ocurrió y nunca presenció.

23. Vía procesal

Cuando la querella de falsedad se interpone en sede civil —denunciando la existencia de falsedad material o ideológica— puede constituir a modo de acción la pretensión principal del proceso, o deducirse por vía incidental (arts. 395 y 175 a 187, Cód. Proc.) a modo de defensa de falsedad de instrumento público.

Es claro que en todos los casos debe sustanciarse con todos los intervinientes en el acto, incluso el oficial público, y en el marco de un proceso de conocimiento. Ello en principio excluye que la redargución de falsedad pueda ser intentada en juicio ejecutivo.

Si se querella en sede penal, la ineficiencia del instrumento es una consecuencia indirecta del hecho de que se condene al falsificador.

Si se intenta la acción por las dos vías, se da un supuesto de prejudicialidad de la acción penal (arts. 1775, CCyC).

Para que caiga el instrumento atacado, no basta con que se interponga la querella —civil o penal— de falsedad; es necesario que se dicte sentencia declarándolo tal.

24. Distinciones que corresponde hacer entre los diversos contenidos del instrumento público

¿El instrumento público hace plena fe entre las partes o también ante terceros?

Debe distinguirse nuevamente entre los hechos cumplidos por el oficial público o pasados en su presencia, las manifestaciones de las partes y las enunciaciones directas, y las simples enunciaciones.

Los hechos cumplidos por el oficial público o pasados ante su presencia hacen plena fe frente a las partes y a los terceros, y lo mismo sucede con las manifestaciones de las partes y las enunciaciones directas, aunque en el caso de estas últimas manifestaciones —como ya hemos visto— sólo se requiere prueba en contra para quitarles valor. Finalmente, las meras enunciaciones de las partes no sólo no hacen plena fe, sino que únicamente podrían llegar a servir como principio de prueba por escrito.

25. Prohibición de declarar contra la validez del acto

El art. 297 el CCyC expresa que: *"Los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia"*. El texto es prácticamente idéntico al art. 992 del Código Civil precedente.

Como consecuencia de la norma citada, los testigos y el oficial no pueden desacreditar su propia actuación salvo que aduzcan dolo o violencia, lo que tiende a dar seriedad a su eventual acusación.

Pueden admitirse manifestaciones del oficial público o testigos cuando no tienden a desvirtuar el instrumento.

26. Nulidad del instrumento público

Serán nulos los instrumentos en los que se omite un requisito legal o éste adolece de un defecto.

Por ejemplo, son nulos los otorgados por el oficial público incompetente en razón de la materia o el territorio (art. 290, inc. a, CCyC), o no firmado por el funcionario o las partes (art. 290, inc. b, CCyC),

o por los testigos que se mencionan en el mismo (art. 290, inc. b, CCyC), o autorizado por un oficial público que ha dejado de serlo o está suspendido (art. 292, CCyC).

Los instrumentos que se declaren nulos carecen del efecto buscado por las partes y no gozan —en síntesis— de presunción de autenticidad alguna. La nulidad podía ser opuesta por vía de acción o excepción.

También son nulos los instrumentos que presente enmiendas, borrados o testados que no hayan sido debidamente salvados.

En este sentido, el art. 294 CCyC dispone que "*Defectos de forma. Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas.*

El texto no es taxativo, por lo que son susceptibles de nulidad todos aquellos instrumentos en que el defecto que sea encontrado no haya sido subsanado adecuadamente, si ello pudiera suceder.

Estos instrumentos producen efectos, pues son tenidos por válidos —y en consecuencia por auténticos— hasta que por la sentencia que recaiga en la acción que el interesado interponga a ese fin, se establezca su invalidez.

La nulidad deberá ser sustanciada en juicio, con intervención de todas las partes interesadas.

27. Conversión del instrumento público viciado

Puede ocurrir que aún siendo nulo un instrumento público en cuanto tal, pueda valer como instrumento privado.

Para que opere la "conversión" del instrumento público viciado, deben concurrir dos requisitos: que el acto emane de un oficial público, y esté firmado por las partes.

A este respecto el art. 294, segundo párrafo, del CCyC, en cuanto expresa "*El* instrumento *que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes*".

No obstante lo dicho, notamos que la conversión se permite, según la doctrina, sólo al instrumento viciado por determinados defectos. Entre otros casos se autoriza la conversión cuando el instrumento es nulo por incompetencia territorial del oficial; o por falta de capacidad del oficial (por haber actuado luego de notificársele su suspensión).

Y parte de la doctrina nacional considera que no son susceptibles de conversión los instrumentos en los que no haya participado el oficial público, o habiendo estado presente no lo hubiere firmado.

Para que la conversión opere, sólo es necesario que el instrumento público sea inválido por carencia de formas, y que esté firmado por las partes. Es decir, las partes, incluidos el oficial público, deben haberlo firmado.

De todas maneras, lo anterior no significa que cualquier instrumento público viciado en cuanto tal pueda valer como instrumento privado. Para que ello suceda también el instrumento público (viciado) de que trate debe reunir los requisitos propios del instrumento privado correspondiente.

Deben satisfacerse —entonces— además de los requisitos comunes a todos los instrumentos privados, aquellos propios del acto de que se trate.

La conversión tampoco opera cuando el instrumento público viciado instrumenta un acto jurídico solemne.

Convertido un instrumento público viciado a instrumento privado, no se beneficia con la autenticidad de las firmas, ni con la fecha cierta, de suerte que como nuevo instrumento privado deberá ser reconocido en juicio y obtener fecha cierta para su oponibilidad a terceros.

V. LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

28. Concepto

Escritura pública es aquella especie de instrumento público labrado generalmente por un escribano —u otro funcionario autorizado para ello— en su libro de protocolo, cumpliendo los requisitos que exigen los arts. 299 y subss. del CCyC.

A continuación analizamos los requisitos de las escrituras públicas.

29. Escribano o funcionario autorizado

a) Escribano

Escribano público, notario o fedatario es aquel profesional del Derecho que, además de poseer su título universitario de escribano, ha sido designado por el Estado como oficial público, confiriéndole la titularidad de un registro. Si él es directamente responsable ante el Estado de la conservación y utilización del registro, se lo conoce como escribano "de registro" o "con registro". Si, por el contrario, sólo está autorizado a utilizar un registro del que es directamente responsable otro escribano, se lo denomina "escribano adscripto". Existe finalmente otra categoría de escribano que se denomina "autorizante" (decreto ley 2593/1962).

El art. 299 reza, en su parte pertinente, que: *"...La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos"*. Ello requiere una explicación.

b) Otros funcionarios

Otros funcionarios que excepcionalmente podrían extender escrituras públicas por su posibilidad de "dar fe" respecto del algún tipo de documentos en los supuestos que no existan escribanos en el lugar, son los jueces de paz y los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación (art. 20, incs. c y d, ley 20.597).

30. El protocolo

a) Concepto

Sintéticamente, el libro de registro, o protocolo, es un conjunto de folios de papel de tamaño oficio, timbrados, o timbrados y rubricados, que el notario adquiere en el Colegio de Escribanos de la jurisdicción respectiva, y sobre los cuales redactará las escrituras matrices.

En este sentido, el art. 300, CCyC, expresa: *"Protocolo. El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los* documentos *que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto. Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo"*.

Pese a la sanción de nulidad para los instrumentos notariales que no estén agregados al protocolo, existen algunos expedidos por los escribanos que no necesitan ser protocolizados, como las certificaciones de firma que se agregan al denominado "libro de requerimientos".

b) Reglas sobre el Protocolo

Las disposiciones sobre el protocolo surgen de la ley 12.990 —Régimen del Notariado—del decreto 26.655/1951 —reglamento notarial— y la ley 404 de Regulación del Notariado en la Ciudad de Buenos Aires, promulgada el 12 de Julio de 2000. Todas estas disposiciones tienen vigencia exclusiva en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A su vez cada provincia tiene normas reguladoras de la profesión notarial.

De la ley 12.990 resulta que los escribanos deben adquirir en el Colegio de Escribanos pliegos de papel sellado denominados "sellos notariales de protocolo" (res. DGI 1146/1952) en cuadernillos de a cinco folios, los que deben estar numerados —con letras y números— en forma correlativa (acordada CNCiv. 1/6/1913) y estar rubricados por el Colegio referido (art. 56, dec. 26.655/1951).

La rúbrica en los folios notariales es el estampado de una firma reproducida por medios mecánicos. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se cumple con este requisito indicando junto al número del folio el estar rubricado, aunque en realidad no está impresa firma alguna.

A medida que el escribano va utilizando el papel sellado los va foliando en la parte superior derecha, es decir, los va numerando en forma correlativa. Estas hojas luego serán las páginas del protocolo. Vale decir que cada año se comienza una nueva foliatura. A su vez las escrituras —no sólo los folios— se numeran en forma correlativa (Acordada CCiv. de la Cap. 1/6/1931).

Las escrituras matrices que forman el protocolo pueden estar escritas en forma manuscrita o a máquina y obviamente con computadora como se hace habitualmente.

Cuando se inaugura el año se labra un acta o nota de apertura, y el 31 de diciembre una de cierre en la que consta las fojas utilizadas, y la cantidad de escrituras, incorporándosele un índice. También se cierra el protocolo —además del cierre anual— cuando renuncia el escribano titular de ese registro, fallece, es suspendido o declarado incapaz.

El escribano sólo es custodio del libro de protocolo, ya que su propiedad pertenece al Estado (art. 69, ley 404). Ese deber de custodiar el protocolo se extiende al término de ocho años en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, durante los cuales está en poder del notario. Este plazo varía según la jurisdicción. Vencido el mismo, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los protocolos son trasladados al Colegio de Escribanos, donde funciona el Archivo de Protocolos Notariales. Es, entonces, el Colegio quien expide testimonios o certificados de lo existente en los protocolos que allí están archivados.

31. La escritura matriz

Se denomina así a la escritura original, es decir, aquella con la que se va formando el protocolo. La denominación de matriz se utiliza para diferenciarla de las copias y para significar que de su existencia y su validez dependen la existencia y validez de esas copias.

Además de los requisitos de validez propios de los instrumentos públicos esta especie tiene exigencias propias adicionales. Algunas son necesarias para su validez; otras, por el contrario, sólo para evitar la responsabilidad del escribano.

A los recaudos de validez se refieren los arts. 301 a 306 del CCyC. Los segundos son considerados por la última parte del art. 309 del CCyC que en lo pertinente expresa: "*...La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados*".

32. Requisitos. Análisis

Pasamos a enunciar —someramente— los principales requisitos exigidos en forma específica para las escrituras públicas.

a) Deben efectuarse en el protocolo

Este requisito, al que ya nos hemos referido, resulta del art. 299, CCyC. Esta norma establece que "*...la escritura* pública es el *instrumento matriz extendido en el protocolo...*".

b) Deben estar ordenadas en forma cronológica

Este requisito se incluye en el art. 1005 del Código Civil precedente, que establecía que: "*Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha*". Este precepto tiende a evitar que puedan intercalarse escrituras. Recuérdese que —además de las escrituras— también los folios están numerados.

Este requisito ha sido omitido por el CCyC, pero sigue siendo la práctica existente en cuanto a la manera de ingresar folios en el protocolo. Además, la correlatividad en la numeración de los folios del protocolo puede entenderse como que exige también correlatividad cronológica. Y asimismo, las regulaciones locales que se ocupan del protocolo establecen que el ingreso de folios debe ser realizado en orden cronológico (ver art. 68 de la ley 404, ya citada).

c) Intervención personal del Escribano

Este requisito se incluye en el párrafo inicial del art. 301 del CCyC, que expresa: "*El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes*".

Notamos que el artículo utiliza la palabra comparecientes para designar a quienes deben intervenir en la escritura además del oficial público, el que es un término eminentemente notarial e incluye a partes, testigos, cónyuges y cualquier otra persona que deba incluirse en el acto. Este término ya había sido utilizado en el Anteproyecto de 1998, art. 277.

d) Calificación del acto por el escribano

El art. 301 incluye como requisito de las escrituras que el escribano califique el acto que está siendo instrumentado mediante escritura pública, lo que implica que debe analizar y expresar sus

presupuestos, elementos y determinar cuál es la calificación jurídica que le corresponde. Ello está expresado de la siguiente manera "*Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente*".

En la parte pertinente de los Fundamentos se explica dicha inclusión, y ella tiende a que el escribano asuma un rol activo en la asistencia a los ciudadanos en la instrumentación adecuada de los actos relevantes que hacen a su actividad legal, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, y que han sido legislativamente seleccionados para que demanden la utilización de la escritura pública.

Entendemos además que la incorporación comentada, no hace más que receptar la práctica notarial existente.

— Deben estar escritas en idioma nacional (art. 302)

— Deben consignar el lugar y fecha de su otorgamiento

El art. 305 inc. a) establece que la escritura debe mencionar el lugar, día, mes y año en que fuesen firmadas, y si alguna parte lo solicitase o el escribano lo considera conveniente, también la hora en que se hubiese firmado el instrumento.

En cuanto al lugar, basta con señalar la ciudad o localidad que determine la jurisdicción del escribano. Puede consignarse también si el acto se celebra en la escribanía o en otro lugar —incluso en el domicilio del otorgante, lo cual es frecuente en el caso de testamentos—, pero ello no es un requisito legalmente exigido.

En relación al lugar de celebración, se puede celebrar una escritura pública en una jurisdicción para que tenga efectos en otra.

El texto del art. 293 CCyC, que regula la validez de los instrumentos públicos y es enteramente aplicable a las escrituras, viene en confirmar esta inteligencia al expresar que "*Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este* Código *gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado*".

Las escrituras públicas pueden firmarse en cualquier día, aun los feriados toda vez que no hay especificación alguna al respecto en el CCyC. Si la fecha es incompleta, debe estudiarse cada caso en particular. Muy difícilmente pueda admitirse una escritura carente de esa indicación.

El art. 309 del CCyC sanciona con nulidad a la escritura que no contiene los datos mencionados.

e) Nombre de las partes

Si bien sólo se exige —bajo pena de nulidad— que se exprese el nombre de las partes otorgantes (art. 309), el art. 305 inc. b) requiere que los otorgantes del acto sean individualizados no sólo por su nombre y apellido sino también por su documento de identidad, fecha de nacimiento, estado civil, domicilio y vecindad; y si la persona otorgante fuera persona jurídica por su nombre completo, domicilio social y datos de inscripción o constitución, si correspondiere.

No es suficiente el uso de un seudónimo.

Si en la mención del nombre y el apellido se cometió algún error, debe subsanarse por vía judicial o notarial, siempre que la persona —no obstante el error— resulte individualizada, ya que de lo contrario la escritura sería nula. Si es por vía judicial, se realiza por medio de una información sumaria, o sea, un procedimiento no contencioso.

f) Capacidad de los otorgantes

La exigencia de mencionar la fecha de nacimiento de los otorgantes del acto jurídico de que se trate tiende a determinar si la persona en cuestión es mayor de edad o no. Dicha mención se justifica desde que permite conocer la minoridad de algún compareciente, y además porque aún en algunos supuestos, los menores emancipados se encuentran limitados en su capacidad (arts. 28 y 29, CCyC).

g) Estado civil

El art. 305, inc. b) dice, en su parte pertinente, que "*si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto*".

Ello quiere decir, a nuestro criterio, que el estado civil, debe expresarse en todas las escrituras públicas. Ahora bien, si las personas otorgantes son casadas, se deberá indicar mayor detalle sobe el estado civil, como lo establece el artículo. La tergiversación o error en la designación del estado civil ameritan una escritura rectificatoria.

Lo que no queda claro es si hay que indicar la existencia de una unión convivencial, pues el CCyC no determina si esa unión causa o no un nuevo "estado civil".

h) Domicilio

El requisito del domicilio se satisface indicando la localidad o ciudad del domicilio real. Pero si el domicilio fuera especial, esto es, elegido expresamente para producir efectos con relación al negocio jurídico de que se trata, debería consignarse con precisión pues en él serán eficaces las notificaciones judiciales o extrajudiciales a que hubiera lugar.

i) Debe consignar el objeto del acto instrumentado

Tal como lo dispone el art. 305, inc. c), la escritura debe consignar "*la naturaleza del acto y la individualización de los bienes que constituyen su objeto*" (hacer una donación o concluir una compraventa).

j) Concluido el acto debe leerse la escritura a las partes

Está así previsto en el art. 305, inc. d), que expresa que escritura debe contener "*la constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura*".

En el caso en que la lectura requerida no fuera efectuada, ello no sería causal de nulidad, salvo expresa disposición en contrario para un supuesto específico. Puede estar comprometida, de todas maneras, la responsabilidad profesional del escribano (art. art. 309, CCyC).

Este requisito viene a revestir manifiesta importancia en el caso de que alguno de los celebrantes fuese ciego.

Si alguna de las partes tuviese discapacidad auditiva, el art. 304, CCyC, establece que "*Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. Si es alfabeta, además, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada*".

La lectura puede ser efectuada por un dependiente del escribano, y las partes pueden solicitar leer por sí (art. 79, inc. a, ley 404).

k) Utilización de abreviaturas y números

El art. 303 del CCyC establece que "*No se deben dejar espacios en blanco, ni utilizar abreviaturas, o iniciales, excepto que estas dos últimas consten en los documentos que se transcriben, se trate de constancias de otros documentos agregados o sean signos o abreviaturas científicas o socialmente admitidas con sentido unívoco*".

El codificador entiende que las escrituras no pueden dejar espacio para ser alteradas, o bien incluir términos que impidan que su contenido sea adecuadamente entendido por las partes y aún por terceros. El texto del presente artículo tiene su correlativo en el art. 61 de la ley 404.

A su vez, el referido art. 303, en su parte pertinente, dice "...*Pueden usarse números, excepto para las cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico*".

Omitido el cumplimiento de esta norma no se acarrea la nulidad del acto, toda vez que no está mencionado en el art. 309 del CCyC.

l) Deben salvarse los errores de escritura

Las enmiendas, testados, borraduras, interlineados u otras modificaciones efectuadas sobre el instrumento en sus partes esenciales deben ser salvadas (referidas en el texto y acordadas), de puño y letra del escribano, y antes de las firmas (art. 305, inc. e, CCyC).

Si existe algún error material que no ha sido debidamente salvado, la escritura sería susceptible de ser declarado nula conforme resulta del art. 294.

m) Firma por los otorgantes, escribanos y testigos

Es una aplicación del principio general establecido para los instrumentos públicos por el art. 290, inc. b). No es necesario firmar todas las fojas, ya que la unidad está dada por la actividad del escribano.

n) Identidad de los otorgantes

Las escrituras deben incluir el nombre y el apellido de las personas que las otorguen, o sea, la identificación de las mismas.

El art. 306 del CCyC, establece que la identidad debe establecerse mediante los siguientes medios "*a) por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes*", o bien por "*b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano*".

En el régimen actual, se eliminó a los testigos como fuente de conocimiento de identidad, pero nada impide que el escribano acredite la identidad por ese medio, pero deberá atribuir la identidad a su propio conocimiento.

33. Idioma

a) Regla general

Cualquier extranjero —habitante o no de la República (marinero, turista, inmigrante)— puede otorgar actos por instrumento público. La dificultad se presenta cuando ambos otorgantes, o uno de ellos, no entiende el castellano.

El art. 302 del CCyC exige que las escrituras sean redactadas en idioma nacional, es decir, en castellano, por ser éste el idioma oficial, aunque nuestro texto constitucional no lo indique expresamente.

No obsta a ello la utilización de vocablos indígenas, argentinismos, o palabras extranjeras no aceptadas por la Real Academia Española de la Lengua, siempre que sean de comprensión unívoca y generalizada. En este supuesto la escritura no es nula.

b) Escritura redactada en idioma extranjero

Pueden protocolizarse instrumentos redactados en otro idioma distinto al castellano, pero en dicho caso debe acompañarse una traducción al castellano por traductor público u otro traductor o intérprete aceptable para el escribano. En este último caso, al expedir testimonio, el escribano debe también acompañar copia certificada del instrumento redactado en idioma ajeno al nacional.

Ésta es la solución que brinda al tema el art. 302, segundo párrafo del CCyC, al expresar que: "*los otorgantes pueden requerir al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción efectuada por traductor público, o intérprete que aquél acepte. En tal caso, con el testimonio de la escritura, el escribano debe entregar copia certificada de ese instrumento en el idioma en que está redactado*".

Si una escritura o parte de ella estuviera redactada en idioma distinto al castellano, entendemos que mantendrá su validez si las partes conocían el idioma de que se trate, ya que la nulidad no está prevista expresamente para este supuesto en la primera parte del art. 309 del CCyC. Ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera caber al escribano, y de la necesidad de obtener traducción pública de la escritura o de la parte que correspondiera.

c) Otorgantes que no conocen el idioma nacional

El desconocimiento del idioma nacional por los otorgantes está previsto en el art. 302, primera parte, del CCyC, que expresa que "*La escritura pública debe hacerse en idioma nacional. Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo*".

Así, si las partes formales —los otorgantes— no entienden el idioma nacional, debe redactarse una "minuta" en el idioma que conociesen, que deberán firmar ante el notario, o si fue redactada con anterioridad, reconocer su firma ante el mismo. La minuta sólo es firmada por la parte que no conoce el idioma.

Luego de redactada y firmada la minuta —o reconocida su firma—, el escribano la hará traducir por un traductor público u otro intérprete que éste acepte. La carga de encontrar y contratar a este profesional es de las partes, no del escribano. La minuta y su traducción se deben incorporar al protocolo.

Efectuada la traducción, que debe estar firmada por el traductor, el notario debe confeccionar la escritura conforme a la minuta traducida.

Si existiesen diferencias conceptuales entre la minuta y su traducción al castellano, nos encontramos en un supuesto de colisión

entre la voluntad real y la declarada. Debe primar la voluntad declarada, y en su caso, si cupiera, el negocio podría anularse por vicio de error, salvo casos concretos, en los que debe primar la o voluntad real (actos *mortis causae*). Y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad profesional del escribano público.

34. Otorgamiento por personas con discapacidad auditiva

El art. 304 prevé el supuesto en que los otorgantes o uno de ellos tuviera discapacidad auditiva.

En este supuesto, deben intervenir dos testigos que aseguren que el otorgante con discapacidad auditiva haya entendido el contenido del acto. Si la persona con discapacidad supiera leer y escribir, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta, la que debe agregarse al protocolo.

VI. LAS PARTES DE LA ESCRITURA

35. El encabezamiento

La primera parte de la escritura es su encabezamiento. En ella el escribano expresa el número de la escritura, el lugar de su suscripción y fecha de otorgamiento, el nombre, estado civil y vecindad de las partes, las identifica y señala el medio de la identificación, ya sea su conocimiento personal o el documento que se utilizó a tal fin. Señala el carácter que invocan las partes para actuar si no lo hiciesen por derecho propio.

36. La identificación de las partes

Ya hemos señalado que el CCyC se limita a exigir que la identidad de los comparecientes se acredite con el documento de identidad.

Cabe señalar que en el Código de Vélez existía lo que se daba en llamar "fe de conocimiento" que hacía a la identificación de los otorgantes, tras un proceso investigativo, para su constancia en el documento (Bollini-Gardey; Bueres). Es decir que el escribano daba fe de que conocía a las partes. Obviamente ello era un sistema apropiado para el siglo XIX pero absolutamente ajeno a la realidad de los

tiempos que corren, por lo que ya había sido suprimido por una ley especial.

Pese a la importancia que tiene para la autenticidad del acto que se acredite la identidad de las partes, la omisión del procedimiento señalado en el art. 306 del CCyC no acarrea la nulidad del acto, en razón de no estar expresamente mencionada la circunstancia en la primera parte del art. 309, por lo que sólo sería anulable.

37. La exposición

a) Contenido

Las partes —no el notario— explican el acto jurídico que se proponen realizar, describen los bienes objeto del negocio, o refieren los antecedentes del dominio si se trata de constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles.

b) El "le corresponde"

En materia de constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, la enunciación de los antecedentes del dominio se identifica como "le corresponde", en razón de que el escribano suele enunciarlos diciendo que al vendedor "le corresponde el dominio en razón de haberlo obtenido como heredero de [...]" o "por compra que hizo de [...]", etc. Esta exigencia no proviene del Código Civil, sino de las leyes registrales que la contemplan como una garantía de seguridad en las transmisiones inmobiliarias.

38. La declaración de voluntad o estipulación

La estipulación —junto con la exposición constituyen el cuerpo de la escritura— contiene la declaración de voluntad que los otorgantes del acto efectúan con la finalidad de producir una adquisición, modificación, o extinción de efectos jurídicos.

Es —en síntesis— el conjunto de cláusulas contractuales o disposiciones testamentarias, o facultades del apoderado, etc.

A ello es a lo que se refiere el art. 305, inc. c) del CCyC al mencionar la naturaleza y el objeto del acto.

39. El pie o cierre

a) Contenido

Ésta es la última parte de la escritura. En ella se asientan tres constancias: que el notario efectuó la lectura del instrumento, las enmiendas de su puño y letra si las hubiere, y las firmas de todos los participantes en el acto. Es en este aspecto que el sentido que el escribano debe asistir a las partes en la calificación del acto (art. 301, CCyC).

b) La firma

Deben firmar la escritura todos los intervinientes en el acto, cualquiera sea la función que en él hayan cumplido. El último en firmar es siempre el escribano que con tal acto "autoriza" la escritura.

Si no firma alguno de los comparecientes, todo el acto es nulo conforme a lo que prevé el art. 309 de CCyC. Igualmente inválido sería el acto en el supuesto en que uno de los comparecientes, que no sepa firmar, sea ayudado a hacerlo por otra parte o un tercero, a no ser que se ajuste a lo previsto en el inc. f) del art. 305 al que nos referimos inmediatamente.

Adviértase que no se trata de saber escribir, sino únicamente firmar, lo cual es frecuente aún en los supuestos de analfabetos.

c) Firma por otro

Podría ocurrir que alguno de los que debiesen firmar no supiese o no pudiese hacerlo, en cuyo caso el art. 305, inc. f) estipula que: *"si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, debe hacerlo en su nombre otra persona; debe hacerse constar la manifestación sobre la causa del impedimento y la impresión digital del otorgante"*. A esta persona se la denomina generalmente firmante a ruego.

No es necesario que el tercero firmante a ruego sea conocido por el escribano. Tampoco se exige justificar que no se sabe firmar, ni indicar cuál es la causa por la cual una persona no puede firmar, salvo en materia testamentaria donde sí lo impone el art. 2480 del CCyC.

Si hay más de una persona que no sepa firmar, nada obsta a que un tercero firme a ruego de ambas o un tercero a ruego de un testigo, o un testigo a ruego de otro testigo, con la única limitación en materia testamentaria en la que se exige que, por lo menos, dos de los testigos puedan firmar (art. 2480 del CCyC).

El instituto de la firma a ruego ha sido receptado en materia judicial en el art. 119 del Código Procesal nacional.

40. Los testigos facultativos

El CCyC no contempla al regular las escrituras públicas el requisito de testigos instrumentales. Esto no significa que no haya testigos instrumentales, pero ya no son obligatorios sino facultativos a criterio del escribano, salvo cuando se lo pidan las partes, en cuyo caso está obligado a aceptarlos.

Subsisten, no obstante, supuestos en los que el CCyC requiere la presencia de testigos instrumentales. Ello ocurre en materia sucesoria, en la que el art. 2479 exige dos testigos para el otorgamiento de testamento por acto público.

El número de testigos —para el caso en que se requiriesen— no puede ser inferior a dos.

Si no concurren en aquellos casos en los que la ley lo exige, la escritura es nula (art. 309 del CCyC). Las inhabilidades son las mismas que tratamos para los instrumentos públicos en general (art. 295 del CCyC).

41. Principio de unidad del acto

El art. 301 del CCyC, en su parte pertinente, dice "*Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto... En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma*".

Este texto cubre la omisión que existía en el régimen del Código Civil precedente y permite que cuando hubiere pluralidad de otorgantes, y no hubiera entrega de dinero, la escritura se suscriba a distintas horas del mismo día, y ello sin necesidad de reabrir el acto para

dejar constancia de nueva fecha. Esta provisión emerge de la práctica notarial vigente y está previsto en el art. 80 de la ley 404.

42. Procuraciones y documentos habilitantes

a) Noción

Son los documentos que acreditan la representación invocada por quien suscribe la escritura, sea de otra persona física o de una persona jurídica. En el primer caso será un mandato o la designación como tutor o los documentos que acreditan que los que firman son los padres del menor cuyos intereses se ponen en juego en el acto jurídico. En el segundo, deberá acreditar la condición de director o mandatario de la sociedad con los instrumentos y con los actos societarios pertinentes: acta de directorio o de asamblea que autoriza a celebrar el acto jurídico de que se trata.

Estos documentos deben ser exigidos y protocolizados, como veremos más adelante, salvo en ciertos casos (padres respecto de hijos, presidente respecto de gobierno nacional, etc.).

Cada uno de estos documentos —procuraciones o documentos habilitantes— debe reunir las formas necesarias para su validez; así el poder debe estar otorgado en escritura pública si se trata de vender o hipotecar inmuebles (arts. 1017, inc. 1 y 363, CCyC).

b) Tratamiento de la procuración y documentos habilitantes en la escritura

El art. 307 del CCyC, contiene la siguiente provisión para la actuación de los escribanos en caso de que las partes otorgantes concurran mediante representantes: "*Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año*".

Es decir que si las partes sustanciales concurrieren a otorgar la escritura a través de representantes, el escribano debe exigir la presentación de los poderes originales respectivos (testimonio de escritura) que justifiquen el apoderamiento y los debe agregar al protocolo, salvo que el poder sirva también para otras ocasiones o que sea necesaria su devolución por otro motivo, en cuyo caso debe agregar una copia certificada de los instrumentos relevantes al protocolo. Si el documento respectivo ya se hubiese protocolizado por el mismo escribano, entonces el escribano sólo deberá hacer mención de los datos de protocolización.

Si el escribano no cumple con el presente precepto legal, la escritura no es nula en razón de no estar especialmente contemplado el supuesto en el art. 309 del CCyC.

Pero puede ser nulo el acto jurídico celebrado si quien lo otorgó no tenía la representación necesaria para hacerlo.

43. Protocolización. Concepto

Protocolizar un instrumento es incorporarlo materialmente al protocolo, es decir, glosarlo en el lugar que le corresponda junto con la escritura que se refiere al mismo (llamada escritura de protocolización).

Como se advierte, no se trata —entonces— de "transcribirlo" en una escritura pública. Los documentos —sean públicos o privados— pueden ser protocolizados por voluntad de las partes, como está previsto en la parte pertinente del art. 300 del CCyC.

a) Protocolización a pedido de parte

El art. 300 del CCyC prevé expresamente la protocolización a pedido de parte al expresar que el protocolo se forma con las hojas correspondientes y "*con los documentos que se incorporen por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto*". Así, nada impide que las partes o una parte pida la protocolización de un instrumento privado, por ej., para dar fecha cierta a un documento (art. 317, CCyC).

Quien solicita la protocolización, debe ser parte del acto, a tenor del texto transcripto.

b) Supuestos en que la ley exige protocolizar

En el régimen del CCyC no se regula el régimen para protocolizar instrumentos por disposición de la ley, pero ello resulta de las normativas que regulan el notariado en las jurisdicciones provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 89, ley 404).

En este supuesto además de la orden judicial, se requiere que se haya reconocido la firma o se haya dado por reconocida.

El instrumento protocolizado por decisión judicial, además de adquirir fecha cierta, se convierte en instrumento público, con sus consiguientes ventajas probatorias, a las que nos referiremos seguidamente.

En caso de tratarse de la protocolización de un instrumento privado por orden judicial, no todas las partes del nuevo instrumento público tienen el mismo valor probatorio —ya que se aplican aquí los principios generales referidos—.

44. Copias y segundas copias

a) Primer testimonio

La escritura matriz queda glosada en el protocolo encuadernado y no suele siquiera consultarse, por resultar dificultoso e impráctico (ya que pasado cierto tiempo el protocolo queda archivado en el Colegio de Escribanos), salvo cuando es necesario efectuar un estudio de títulos.

Lo que las partes tienen en su poder, entonces, no es la escritura matriz, sino un primer testimonio o copia. "Copia" y "testimonio" son términos sinónimos.

Ello lo establece el art. 308 del CCyC, que en su parte pertinente, expresa: "*Copias o testimonios. El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales...*".

Debe entenderse por parte a cada centro de interés, cualquiera sea la cantidad de personas que lo integren. Los sucesores universales o singulares de las partes se asimilan a ellas. El escribano sólo está obligado a entregar el testimonio a las partes.

b) Copia simple

Otra cosa diferente es la copia "simple", que es aquella que los escribanos suelen entregar a las partes al solo efecto de que tengan el texto del acto celebrado, pero que no sólo no reúne los requisitos formales de un instrumento público, ya que no es un original ni su testimonio, sino que tampoco tiene sus efectos, ya que no sirve para reconstruir el protocolo.

c) Forma

El testimonio debe hacerse en papel timbrado, bien que ahora está autorizada su expedición en forma impresa (v.gr., cuando se necesitan muchas copias, como ocurre en el caso de otorgamiento de poder a muchos apoderados, lo cual es frecuente en el caso de grandes empresas u organismos estatales) y fotográfica (hoy fotocopiada), aunque no carbónica.

También deberá contener la fecha, la firma y el sello del escribano. No tienen que firmarlo las partes. Si la escritura matriz tuvo enmiendas salvadas no es necesario transcribirlas en el primer testimonio.

d) Segunda copia

Puede ocurrir que alguna parte, luego de otorgársele el primer testimonio, necesite otra copia por haberlo perdido. Esa nueva copia que se le otorgue —y todas las ulteriores— se denominan "segundas copias". Para obtenerla deberá solicitarla al escribano, que, sin embargo, no en todos los casos está habilitado a otorgarla.

En efecto, el art. 308, en su parte pertinente, expresa que: "*...Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico...*".

Corresponde entonces distinguir entre las escrituras que contengan o no obligaciones de dar o hacer.

Si no instrumentan obligaciones de esa índole, la nueva copia puede expedirse por el escribano a mera solicitud de la parte interesada. Otro tanto sucede si puede constatarse mediante informes, que la obligación está satisfecha y —por ende— extinguida.

Si, por el contrario, contienen obligaciones de ese tipo, pese a la rigidez del texto, se suele distinguir entre aquellas cuyo cumplimiento no puede llegar a exigirse nuevamente una vez satisfechas, de aquellos otros supuestos en los que podría llegar a exigirse un nuevo cumplimiento en forma ilícita (v.gr., obligaciones de dar sumas de dinero).

En el primer caso no existe inconveniente en que el escribano otorgue segunda copia sin autorización judicial.

Pese a ello, para deslindar responsabilidad profesional, los notarios suelen ser sumamente rigurosos y restrictivos en la interpretación de este precepto.

En la segunda hipótesis, se requiere que, a petición del interesado, el juez autorice al escribano a otorgar un segundo testimonio. Esta autorización no puede soslayarse, aunque ambas partes estén acordes sobre el punto (comp. Salvat).

e) Valor de las primeras o segundas copias

Autorizado un primer testimonio o uno segundo —no una copia simple— tiene el mismo valor probatorio que la escritura matriz según lo prescribe el art. 299 del CCyC, salvo que contenga alguna diferencia con la misma, en cuyo caso se tiene a la matriz por texto auténtico.

f) Destrucción de la escritura matriz

Por último, podría ocurrir que se destruyese la matriz, en forma total o parcial, o que se perdiese, y que haya que valerse del primer testimonio sea para obtener otra copia (supuesto de "renovación") o para incorporarlo al protocolo en sustitución de la matriz destruida (supuesto conocido como "reposición", o reconstrucción).

Para esta hipótesis, es necesario que el testimonio que se pretende utilizar no esté borrado en lugar sospechoso (es decir, nombres, cantidades y fechas) y pueda leerse claramente.

Para ello, como lo prescribe el art. 779, Cód. Proc. deberá citarse a los interesados a los mismos efectos que los previstos para el otorgamiento de segundos testimonios, vale decir, para constatar la autenticidad del nuevo instrumento cotejándolo con los que obran en poder de los mismos. Los códigos procesales provinciales suelen contener la misma previsión.

45. Nulidad de la escritura por vicio de forma

Para los casos de inobservancia de los requisitos formales (formas legales) el CCyC ha prescripto dos tipos de sanciones, la nulidad del acto y las multas al notario interviniente.

El art. 309 del CCyC dice: *"Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados".*

El artículo transcripto, entonces, sólo contempla como supuestos de nulidad: la omisión de la fecha, la del lugar de otorgamiento, la del nombre de las partes, su falta de firma o de firma a ruego si correspondiese, y la ausencia de firma de los dos testigos cuando su presencia fuese requerida.

A ello cabe agregar la ausencia de los requisitos fundamentales exigidos:

— por las normas relativas a los instrumentos públicos en general en el art. 294; verbigracia, que no se hayan salvado las erratas materiales, enmiendas, interlineados, etc.;

— por el art. 300 que la escritura no esté incorporada al protocolo en su número correlativo; o que no esté incorporada en el orden cronológico correspondiente.

— por el Código, en forma tácita, como la utilización de folios no habilitados.

46. Responsabilidad del notario por la nulidad

Sólo ocasionan una imposición de multa, las siguientes omisiones:

— falta de lectura de lo actuado por el notario;

— omisión de consignar el nombre de los testigos siempre que estén sus firmas;

— falta de agregación de la minuta en idioma extranjero para el caso previsto en el art. 302, y para el supuesto de otorgamiento por una persona con discapacidad auditiva, según lo exige el art. 304;

— falta de unidad del acto fuera de las excepciones previstas en el art. 301 del CCyC;

— falta de correlatividad que no altere el orden cronológico;

— omisión de protocolizar las procuraciones y documentos habilitantes;

— ausencia de mención de estado civil, mayoría de edad, o domicilio de las partes;

— falta de consentimiento por el cónyuge en los supuestos que lo requiere, los arts. 456, 457 y 470 del CCyC.

47. Las actas notariales

A través de las denominadas actas los escribanos realizan la constatación de hechos. Las actas pueden o no ser extendidas en escritura pública mediante su incorporación al protocolo.

En general la doctrina tiende a diferenciar entre actas y escrituras públicas, según el contenido del instrumento.

Así, la escritura contiene uno o más actos jurídicos (art. 299), mientras que el acta se limita a la comprobación de simples hechos o hechos jurídicos (art. 310).

La incorporación de las actas notariales al CCyC es una de las reformas sustanciales respecto del régimen del Código Civil precedente y es consistente con lo efectuado por el Anteproyecto del Código Civil de 1998, arts. 287 y 288.

a) Requisitos de las actas notariales

El art. 311 del CCyC establece cuáles son los requisitos para que un acta notarial sea válida.

Dicho artículo expresa que "*Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones: a. se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa; b. no es necesaria la acreditación de personería ni la del interés de terceros que alega el requirente; c. no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias; d. las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan; e. el notario puede practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario; f. no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico; g. pueden autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo cual debe dejarse constancia.*

Como puede verse, el art. 311 es detallado y establece que las actas tienen los mismos requisitos formales que las escrituras públicas, con la salvedades incluidas en los ocho apartados de dicho artículo. Notamos que la presente provisión es consistente con el art. 83 de la ley 404 que regula el notariado en la Ciudad de Buenos Aires.

b) Valor probatorio

El art. 312 expresa que "*El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial*".

Así, el valor probatorio del acta es similar al de las escrituras públicas en cuanto a que ellas otorgan certeza, pero sólo frente a los hechos que el escribano presenció o a las personas que hubiese identificado. Y todas las constancias de hechos presenciados o de declaraciones referidas por el escribano tienen carácter de comprobación práctica y no de calificación de contenido negocial, por lo que no se confunden con la tarea del escribano en su carácter de redactor de escrituras públicas.

VII. LA ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO

48. El carácter de funcionario público. La estructura local

a) Distintos sistemas

En el sistema jurídico anglosajón el número de escribanos es ilimitado ya que les basta con llenar los requisitos legales para serlo, y los actos que autorizan sólo tienen valor de principio de prueba.

En un segundo sistema, los escribanos son funcionarios o empleados públicos según el país de que se trate, ya que, verbigracia, en Dinamarca se los equipara a los jueces. El sistema latino es seguido en Francia, España, Italia y Latinoamérica (y es el sistema que rige en la República Argentina). Se caracteriza porque el escribano desempeña una función pública, a los instrumentos que él autoriza se les adjudica plena fe hasta que sean probados como falsos, aunque los escribanos no dependen del Estado en cuanto a remuneración o jerarquía.

b) ¿Es el escribano un funcionario público?

Se ha debatido profusamente en la doctrina de nuestro país si el escribano público es o no un funcionario público. A favor de considerarlo funcionario público se arguye principalmente que él desempeña una función pública. En contra, se dice que dicho funcionario no tiene una remuneración estatal, ni responde el Estado civilmente por él, ni dicho funcionario representa al Estado.

La cuestión pareció haber sido zanjada por la ley 12.990, que organizaba el notariado de la hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo art. 10 establecía que el escribano público es un funcionario público. Sin perjuicio de la definición legal contenida en la norma comentada en el párrafo anterior, para algunos autores nacionales el

escribano público es un profesional del derecho que ejerce una función pública, adoptando así una posición intermedia que es la que entendemos que mejor recepta la función de los escribanos públicos en la Argentina. La ley 12.990 fue sustituida por la ley 404 de la Ciudad que omite definir al escribano como funcionario público.

49. Requisitos para desempeñarse como escribano público

a) Recaudos generales

Para los escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los requisitos para el cargo están establecidos en los arts. 13 y 8 de la ley 404. En primer término es requisito de la investidura notarial el estar matriculado en el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Todo escribano debe ser mayor de edad, haber sido designado titular o adscripto de un registro notarial, declarar bajo juramento no estar incluido en las inhabilidades o incompatibilidades incluidas en los arts. 16 y 17 de la ley 404; y ser puesto en posesión del cargo por el presidente del Colegio de Escribanos o por un miembro del Consejo Directivo.

Los requisitos correspondientes deberán ser justificados ante juez competente, con intervención del Colegio de Escribanos (art. 9, ley 404).

La matriculación es exclusiva de los escribanos titulares o adscriptos a registros, además de los escribanos jubilados, que conservan los derechos políticos (art. 3, ley 404). El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos puede admitir como socios a escribanos no inscriptos o inscriptos en otros colegios (art. 4, ley 404).

b) Inhabilidades e incompatibilidades

El art. 16 de la ley 404 establece las inhabilidades de los escribanos. Y dichas inhabilidades, en términos generales, están relacionadas con las restricciones a la capacidad de derecho, encausados o condenados con prisión preventiva por delitos no culposos, los escribanos suspendidos durante el término de la suspensión; y las personas que fueran descalificadas por inconducta personal o profesional para ejercer el notariado.

Las incompatibilidades están establecidas en el art. 17 de la ley 404 y se basan en que el escribano no puede tener un cargo que afecte su imparcialidad, como sería tener un cargo o empleo público, judicial, militar o eclesiástico. El Colegio respectivo puede conceder licencias en casos especiales (art. 19, última parte, ley 404).

El art. 18 de la ley 404 establece las excepciones a las incompatibilidades (casos de cargos que impliquen el ejercicio de funciones notariales, docentes, entre otros).

50. Clases de escribanos

Existen varias clases de escribanos públicos: de registro, adscriptos y autorizados (o autorizantes), entre las principales.

a) Escribanos de registro

Los escribanos de registro son aquellos que tienen un registro a cargo y que pueden autorizar escrituras públicas. La designación de los escribanos públicos de registro en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la realiza el Poder Ejecutivo previo concurso de antecedentes y oposiciones (art. 34, ley 404).

b) Escribanos adscriptos

Son aquellos que actúan utilizando un registro asignado a un escribano de registro. Es decir, están "adscriptos" a un registro del que no son responsables. Se designan a propuesta del escribano de registro al cual están adscriptos y son designados por el Poder Ejecutivo. Las condiciones y requisitos para la adscripción se encuentran regulados en los arts. 46 a 52 de la ley 404.

c) Escribanos interinos, subrogantes y autorizados

Pueden nombrarse escribanos interinos en casos de enfermedad, ausencia o impedimento transitorio (art. 29, inc. a de la ley 404). La designación puede ser hecha por el Tribunal de Superintendencia a solicitud del escribano titular de registro o por los adscriptos, subrogantes o interinos a cargo del registro que estuvieren autorizados por el titular. El escribano titular también puede proponer al Tribunal

de Superintendencia el nombramiento de escribanos subrogantes, en número de hasta tres, cuando no hubiere adscriptos o todos ellos se encontraren también impedidos (art. 51, ley 404). En todos los casos los reemplazantes deben ser escribanos de registro.

En el pasado se autorizó el accionar de los denominados escribanos autorizados o autorizantes que eran designados por el Colegio de Escribanos y no estaban habilitados para extender escrituras públicas, sino sólo comprobaciones que se instrumentan en actas. En la actualidad están regulados por los arts. 174 a 178 de la ley 404.

d) Escribanos especiales

Finalmente, señálase que mediante leyes especiales se regula la función de ciertos escribanos que tienen una función particular, como, por ej., el caso del Escribano Mayor de Gobierno (ver ley 21.890). También existen los escribanos de marina (intervienen en lo atinente a los contratos referidos al derecho de la navegación).

51. Funciones y deberes

Las funciones o atribuciones de los escribanos están reguladas principalmente en los arts. 20, 22 y 23 de la ley 404.

a) Atribuciones de los escribanos en general

Las atribuciones de los escribanos, a tenor del art. 22, ley 404, son: asesoramiento y emisión de dictámenes orales y escritos relativos a cuestiones jurídico-notariales; redacción de documentos de toda índole, cuando el ordenamiento no le impusiese forma pública; la relación y el estudio de antecedentes de dominios u otras legitimaciones; y las demás atribuciones que otras leyes les atribuyeren.

b) Atribuciones de los escribanos de registro y adscriptos

Los escribanos de registro, titulares y adscriptos, por trabajar con un protocolo, cuentan además con las siguientes atribuciones (art. 20, ley 404): recibir, interpretar, dar forma legal y conferir autenticidad a las declaraciones de voluntad y de verdad de quienes rogaren la instrumentación pública; comprobar, fijar, autenticar el acaecimiento

de hechos, existencia de cosas o contenido de documentos percibidos sensorialmente que sirvieren o pudieran servir para fundar una pretensión en derecho, siempre que no fueren competencia exclusiva de otros funcionarios; fijar declaraciones de notoriedad de hechos y tenerlas por comprobada a su juicio, previa ejecución de los actos, trámites o diligencias necesarios; redactar y extender documentos que contengan declaraciones de particulares y expresiones del escribano autorizante, con forma de escrituras públicas, actas, copias testimoniadas o simples, certificados y documentos protocolares o extraprotocolares que tengan en carácter de instrumento público conforme a las disposiciones del Código Civil o leyes que correspondan; y legitimar por acta de notoriedad hechos o circunstancias cuya comprobación pueda realizarse sin oposición de persona interesada en procedimiento no litigioso.

La principal atribución de los escribanos de registro y adscriptos es otorgar y autorizar escrituras públicas.

El escribano titular del registro, no el adscripto, es el responsable directo del trámite y conservación del protocolo (art. 48, ley 404).

Los escribanos de registro deben tener domicilio profesional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y podrán residir en un sitio que no se encuentre a más de 100 kilómetros de ésta (art. 24, ley 404).

Los escribanos tienen derecho al arancel notarial en remuneración de su actividad y a no ser removidos mientras dure su buena conducta, salvo la remoción del adscripto por decisión del titular (art. 30, ley 404).

c) Deberes

El art. 29 de la ley 404 establece los deberes del escribano de registro. Entre los principales, podemos enumerar: conservar y custodiar los documentos que autorice y el protocolo mientras se encuentren en su poder; expedir copias, certificados y extractos de las escrituras otorgadas en el registro a su cargo; concurrir asiduamente a su oficina y no ausentarse del lugar de su domicilio por más de ocho días sin autorización del Colegio de Escribanos; guardar en estricta reserva el protocolo y sólo exhibirlo en los casos previstos por ley; y cumplir con las normas de ética establecidas por el Colegio de Escribanos.

d) Responsabilidad

Los escribanos de registro tienen responsabilidad civil por los daños y perjuicios que su actuación errónea (dolosa o culposa) pueda llegar a causar; administrativa (si no desempeñan las funciones fiscales que deben desempeñar como agentes de retención de impuestos); profesional (en caso de inobservancia de normas de ética profesional) y penal (si asientan falsedades, violan secretos profesionales o contribuyen al engaño de un cliente).

52. Organización y control de la matrícula

a) Tribunal de Superintendencia

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el gobierno y la supervisión disciplinaria de la función notarial establecida por la ley 12.990 estaban en manos de un Tribunal de Superintendencia, integrado por tres miembros de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal (su presidente y vicepresidente primeros, con suplentes).

Según el art. 118 de la ley 404, el Tribunal de Superintendencia, luego de que se efectivice el traspaso de la justicia ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires, estará integrado por un presidente, que será el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires y por dos vocales titulares que dicha Cámara, reunida en pleno, designará de entre sus miembros anualmente. Hasta que llegue la fecha aquí indicada, las funciones de Tribunal de Superintendencia las desempeña el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (art. 172, ley 404).

b) Colegio de Escribanos

En la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires la matrícula de los escribanos está controlada por el Colegio de Escribanos. Cada jurisdicción provincial organiza la matrícula de manera similar.

Las funciones del Colegio consisten, entre otras, en (ver art. 124, ley 404): velar por la rectitud e ilustración en el ejercicio profesional; vigilar el cumplimiento, por parte de los escribanos, de la Ley Orgánica Notarial, de su reglamentación y de toda otra disposición atinente al notariado, incluso las resoluciones del mismo Colegio.

Todas las resoluciones del Colegio de Escribano son apelables ante el Tribunal de Superintendencia.

Los órganos del Colegio de Escribanos son la Asamblea General y el Consejo Directivo (arts. 125 y ss. de la ley 404).

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil del escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984; CROVI, Luis Daniel, *La responsabilidad civil del escribano en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional*, en *Máximos Precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Responsabilidad Civil*, Ricardo L. Lorenzetti (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2014; GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1988; NERI, Argentino, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Buenos Aires, 1980; PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, Buenos Aires, 1980.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ACQUARONE, Pilar, "Fe pública notarial. La redargución de falsedad", LL 1995-E-365; BOLLINI, I. A. – GARDEY, J. A., "Fe notarial", Revista del Notariado, n. 701; CROVI, Luis Daniel, "El discernimiento en los actos jurídicos y el 'juicio de capacidad' notarial", DFyP 2009 (noviembre), 1/11/2009, 245; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Responsabilidad de los escribanos", LL 1999-B-16; FISSORE, Diego Miguel, "La reforma a los artículos 1001 y 1002 del Código Civil", LL 2006-F-914; RADKIEVICH, Rubén, "Naturaleza jurídica de la función notarial", Revista de Derecho de Daños 2005-1-203, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005; SAUCEDO, Ricardo J., "Los instrumentos públicos, privados y particulares, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 167.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CSN, 18/12/1984, "Vadell c/ Provincia de Buenos Aires", LL 1985-B-3.

CAPÍTULO XXIV

INSTRUMENTOS PRIVADOS

I. INTRODUCCIÓN

1. Concepto de Instrumento. Diferencia con documento

Un reconocido autor colombiano dice que en un sentido amplio, documento es "toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera" (Devis Echandía).

Entre documento a instrumento existe una relación de género a especie; en razón de la cual, el segundo, por ser exclusivamente *escrito*, abarca un ámbito más restringido.

El soporte del instrumento es el medio en el que el mismo es confeccionado y, por ello, siempre ha dependido de los materiales disponibles de acuerdo al avance técnico y cultural. Así, hubo una época en que los instrumentos tenían soporte papiro; en otra, tablillas de arcilla; luego pergaminos. En los últimos siglos el papel, que fue el soporte predominante.

Hoy el papel ya no es el único soporte válido de los instrumentos privados, ni de los particulares; ni la firma constituye un requisito ineludible, ni la escritura es el único modo de transmitir la voluntad.

Asimismo, se está viviendo una etapa de "desmaterialización" del instrumento, es decir, que se está intentando otorgarle mayor importancia a la finalidad que el instrumento pretende satisfacer, que a su existencia corpórea.

2. Clasificación de los instrumentos

Tradicionalmente se afirma la existencia de una clasificación bipartita en orden a los instrumentos: públicos y privados.

El CCyC, que sigue en esta materia en lo sustancial a la regulación del Proyecto de 1998, clasifica a los instrumentos en públicos y particulares; y a estos últimos en particulares no firmados, y privados si están firmados.

En ese sentido el art. 286 del CCyC establece, en su parte pertinente, que "*la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados...*". Y dicho artículo sigue diciendo "...los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. *Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información*".

Debido a su importancia en la formalización de negocios jurídicos, la doctrina ha puesto mayor hincapié en tratar los instrumentos privados que en los particulares. Haremos aquí en estos apartados un desarrollo clásico del tema, efectuando, en cada caso, la salvedad que corresponda para explayarnos sobre instrumentos particulares, los que están adquiriendo mayor importancia práctica que en el pasado.

3. Concepto de instrumento privado y distinción del instrumento público

a) Terminología

"Instrumentos privados" —entonces— o "actos bajo forma privada", o "actos bajo firmas privadas", son expresiones equivalentes. No obstante utilizaremos la primera, por estar ampliamente difundida y por ser precisa en su significado.

b) Criterio de distinción

Lo que distingue al instrumento privado (o en su caso, también al particular) del público es que para el privado no se requiere la intervención de oficial público, pues las partes lo otorgan por sí mismas. De esta distinción —desde luego— se siguen grandes diferencias en orden al valor probatorio.

4. El principio de libertad de formas e instrumento privado

a) Concepto

Mientras que en los instrumentos públicos las formas están reguladas, en los privados y en los particulares rige el principio de libertad de formas.

Este principio autoriza a que la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito o por signos inequívocos (art. 284 del CCyC). Cuando, por aplicación de tal facultad, las partes optan por la forma escrita en un instrumento privado pueden hacerlo sin sujetarse a reglamentación alguna, salvo lo atinente a la firma.

El referido art. 284 del CCyC establece, en su parte pertinente, que: "*Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente*". A su vez, el art. 286 del CCyC dice que la instrumentación escrita puede realizarse mediante instrumentos públicos, particulares firmados o no firmados, salvo la existencia de una forma impuesta.

Y la Sección 6 del Capítulo 5, del Título IV, de Libro Primero del CCyC, que regula los instrumentos privados y particulares, no contiene forma alguna prescripta para el instrumento privado (arg. art. 313). Con lo cual concluimos que no existen formas previstas para el instrumento privado, a no ser la exigencia de la firma de las partes.

b) Aplicación práctica

Como aplicación práctica de este principio de libertad de formas, podemos señalar, a modo de ejemplo, que las partes pueden firmar un instrumento cualquier día, sea hábil o no y en cualquier hora. No es necesario consignar el lugar y fecha de otorgamiento (por excepción la fecha es imprescindible en el testamento ológrafo: art. 2477, CCyC; y en la letra de cambio para valer como tal —art. 1, dec. 5965/1963—); ni el nombre y domicilio de las partes; ni sus calidades personales. Las cantidades pueden ser escritas en letras o en números

indistintamente. Pueden estar redactados en cualquier idioma, sobre cualquier soporte (generalmente papel), y por cualquier persona —sea o no el otorgante— en forma manuscrita, con lapicera, bolígrafo, o lápiz, mecanografiado o impreso.

Ahora bien, aunque no es necesario ninguno de estos elementos, el incluirlos constituye una buena práctica, desde que, de ser necesaria la prueba sobre la veracidad de lo allí asentado, la mayor disponibilidad de datos facilitará la demostración.

c) Supuestos especiales

Las reglas anteriormente expresadas no son absolutas.

En el ámbito testamentario, el art. 2477 del CCyC, impone para la validez del testamento ológrafo que el mismo sea escrito, fechado y firmado, todo de puño y letra del testador.

Y, el art. 316 del CCyC establece que cuando el instrumento presente alteraciones materiales el juez podrá evaluar si el mismo debe ser disminuido en su capacidad probatoria, al expresarse, en su parte pertinente, que *"Las raspaduras, enmiendas o entrelíneas que afectan partes esenciales del acto instrumentado deben ser salvadas con la firma de las partes. De no hacerse así, el juez debe determinar en qué medida el defecto excluye o reduce la fuerza probatoria del instrumento"*.

II. EL SOPORTE DEL INSTRUMENTO

5. Noción

"Soporte" es la cosa, de cualquier material, sobre la cual está conformado el instrumento.

Como sostuvimos anteriormente, el soporte tenido en miras por el Código Civil precedente fue el papel, por la sencilla razón de que era el material utilizado en esa etapa de desarrollo tecnológico.

En la actualidad la elección del soporte presenta opciones, ya que existen posibilidades de recurrir a otros medios, incluidos, los tecnológicos. De allí que no sea menos instrumento un videocasete, o un disquete, o una cinta magnética (para cuyas lecturas son necesarias

las máquinas correspondientes), que un instrumento con soporte en papel, pues la escritura misma configura un hecho tecnológico, que no se confunde con el idioma que es esencialmente oral.

Debe señalarse que, en todo caso, la caracterización del instrumento no depende del soporte en el cual esté expuesto, sino del contenido que se vuelque en ese soporte.

Tampoco el soporte guarda vinculación alguna con el acto instrumentado; un recibo puede estar otorgado en papel, plástico, en disquete, etc., sin que exista la limitación probatoria del art. 1019 del CCyC.

6. Distintos tipos de soportes en la actualidad

Hoy se alude a la "liberación del papel", con lo que se quiere significar que la civilización se independiza de este material como soporte predominante de sus comunicaciones.

De modo que puede haber instrumentos con soporte plástico (típicamente la tarjeta de crédito o de compra), con soporte metálico (los cospeles o fichas para máquinas expendedoras o las que se usan para ciertos servicios como los de lavarropas, etc.). Adviértase que la ficha o cospel no es el objeto del negocio jurídico (no se "compra" el cospel), sino que lo que se adquiere es el derecho al servicio.

a) Clasificación

Los soportes pueden clasificarse —por ahora— en informáticos, ópticos y auditivos.

Son soportes informáticos la tarjeta perforada, la cinta de papel perforado, el disquete, la cinta magnética de computación, etc.

Son soportes ópticos la cinta de video, el microfilm, etc.

Finalmente, son soportes auditivos, el disco fonográfico, la cinta magnética de audio, etc.

Como se ha señalado ya, el CCyC prevé que la expresión escrita puede constar "en cualquier soporte" (art. 286).

7. Presupuesto de la escritura. Su actualidad

El art. 262 del CCyC permite que la voluntad se exprese verbalmente, por escrito, por signos inequívocos, o por la ejecución de un hecho.

Tradicionalmente se considera que en los instrumentos de cualquier tipo—públicos, privados y particulares— la voluntad se expresa por escrito. No obstante, veremos que esto no es totalmente así; no lo exigía el Código Civil (art. 917) ni lo exige el CCyC.

Escribir, como concepto clásico, es pintar con grafito, tinta o cinta de máquina con la finalidad de transmitir ideas. Sin embargo, lo relevante de la escritura —que constituye por sí misma un hecho tecnológico— no consiste en la pintura o dibujo de los caracteres, sino en que sea apta para transmitir ideas, y que otra persona pueda aprehenderlas por su intermedio.

El CCyC no prohíbe la existencia de instrumentos que comuniquen ideas por un medio distinto a la escritura (arg. arts. 262 y 284), ni prohíbe su utilización para acreditar la existencia de un contrato.

Así, de acuerdo con la parte pertinente del art. 1019 del CCyC, los contratos pueden acreditarse por todos los medios aptos para llevar a una razonable convicción sobre su existencia, siguiendo las normas procesales y salvo que la ley indique un medio especial. Y el art. 1020 del CCyC establece que los contratos formales *ad probationem* pueden ser probados por cualquier medio, inclusive por testigos, cuando existiere principio de prueba instrumental. Y principio de prueba instrumental, a tenor del último párrafo del art. 1020 del CCyC, es cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato.

Por su lado el art. 1019 del CCyC prohíbe la utilización de testigos como única prueba, cuando el contrato sea de los que es usual instrumentar.

En síntesis, en orden a la transmisión de ideas, no sólo puede leerse lo escrito, ni oírse lo hablado, puesto que sin pintar en soporte alguno pueden grabarse pulsos en un disquete, que luego aparecerán en forma de letras en la pantalla de un monitor, o al pie de un film en una cinta de video. Y, respecto de la oralidad, no sólo se escucha lo hablado por el sujeto emisor, sino también lo que a partir de éste quedó grabado en un disco fonográfico, compacto o cinta de audio, o de video. Cualquiera de estos medios que receptan y almacenan ideas, declaraciones o eventos, con las salvedades y en los modos aquí indicados, puede ser utilizado como medios probatorios de actos y hechos jurídicos.

8. El tiempo hábil para la instrumentación bajo forma privada

No existe ninguna referencia a la fecha en que deben ser confeccionados u otorgados los instrumentos privados, por lo cual no hay limitaciones para ello (arg. conf. art. 284 CCyC).

III. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL INSTRUMENTO PRIVADO

9. Enumeración

El principio de libertad de formas para los instrumentos privados tiene sólo una excepción: la exigencia de firma (art. 313 del CCyC).

En el régimen del Código Civil precedente se exigía el doble ejemplar, para aquellos que instrumenten actos jurídicos perfectamente bilaterales. De todos modos en los contratos con consumidores (art. 10 de la Ley de Defensa del Consumidor) y en los contratos bancarios (art. 1380), la parte débil de la relación tiene derecho a que se le entregue un ejemplar del contrato que ha suscripto.

Por fin, también excepcionan al principio de libertad de formas aquellos recaudos requeridos por normas particulares, como las ya mencionadas en materia testamentaria (art. 2477, CCyC).

10. La firma. Concepto

a) Exigencia legal

El art. 288 del CCyC expresa: *"La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento".*

A su vez, el art. 313 del CCyC expresa que "*...Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento*".

Lo expresado en este último artículo implica que la firma no es prescindible en los instrumentos privados, ni aun en el supuesto de que el texto del instrumento esté escrito de puño y letra del sujeto que —sin embargo— omitió firmarlo.

Por su parte, los denominados instrumentos particulares no firmados, obviamente, no requieren ser firmados.

b) Noción

La firma está integrada por trazos que constituyen el modo habitual que tiene una persona de escribir su nombre y apellido con la finalidad de manifestar la adhesión de su voluntad al texto a cuyo pie la pone.

En ese sentido, el art. 2476 del CCyC, referido a la firma en los testamentos, estipula que la del testador debe escribirse "*como el autor de ellas acostumbra a firmar en los instrumentos públicos y privados. Los errores de ortografía o la omisión de letras no vician necesariamente la firma, quedando su validez librada a la apreciación judicial*".

No es necesario que se escriba el nombre y el apellido completo; puede ser uno u otro o ambos, o una combinación, o simplemente un signo gráfico con el cual la persona se identifica a sí misma.

La firma es tal aunque sea ilegible. A esto se llega generalmente, por deformación espontánea de la caligrafía producida por el carácter maquinal y la frecuencia de uso de la firma. Resulta natural que bajo esas circunstancias tienda a simplificarse.

c) Reconocimiento de la firma obligatoriedad y efectos

El art. 314, primer párrafo del CCyC expresa que: "*Todo aquel contra quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye debe manifestar si ésta le pertenece. Los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran si la firma es o no de su causante. La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio*".

Y el segundo párrafo establece que: "*el reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado. El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto del reconocimiento. La prueba resultante es indivisible. El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido*".

El primer párrafo de la norma citada dispone la obligatoriedad de expresarse sobre la atribución de firma.

Respecto del segundo párrafo del art. 314, éste refiere a los efectos del reconocimiento de la firma.

En este sentido, la norma en cuestión establece que la firma reconocida importa reconocimiento del texto del instrumento privado en el que ha sido estampada.

A su vez, el instrumento privado con firma reconocida, o declarado auténtico en proceso judicial, o cuya firma haya sido verificada por escribano público no puede ser atacada de invalidez, salvo que la causa de la objeción sea la existencia de vicios en el acto de reconocimiento. Lo expuesto protege la validez del reconocimiento y descarta que existan cuestionamientos ligeros, dilatorios o infundados, sobre la autoría de la firma.

Respecto de la impresión digital utilizada como firma, remitimos a *infra* 15, donde tratamos el tema en profundidad.

11. Caracteres

Son caracteres de la firma:

a) Ser ológrafa

Es decir que debe estar escrita de puño y letra del firmante a quien se imputa.

No puede haber, por tanto, firmas impresas, sean facsimilares o transcripción de nombre y apellido, ni copiadas, o calcadas, por terceros.

b) Manifestaciones de individualidad

Debe ser expresión de la individualidad de quien la escribe. Adviértase que no expresamos que deba incluir hacer alusión al nombre del firmante. Sólo debe expresar y representar de una manera elegida su individualidad.

c) Exclusiva

Porque —como hemos señalado en el apartado anterior— constituye una referencia a su individualidad.

d) Habitual

La firma debe ser la forma habitual de expresar la voluntad. O lo que es lo mismo, cada firma debe ser semejante a la cronológicamente anterior del mismo sujeto. Debe intentarse firmar siempre de la misma manera.

Ésta es la nota más característica de la firma. Nada importa si es legible o no, si es que constituye la forma habitual de la firma.

Desde ya que nunca la firma es idéntica a otra del mismo individuo, porque va sufriendo las modificaciones propias de la evolución señalada con anterioridad.

Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda alterarse sustancialmente la firma por el sujeto firmante. Puede cambiarla tantas veces como quiera.

e) Expresión de voluntad

Debe ser puesta con la finalidad de expresar voluntad de adhesión al texto. Por eso es que debe ser puesta al pie del instrumento, a fin de demostrar su asentimiento con todo el texto que le precede en el papel. No con el que le sigue.

Sólo por excepción —que depende de circunstancias fácticas de cada caso en particular— puede ponerse al margen (por ej., si están ocupados todos los renglones).

Otro caso particular está dado por aquellas esquelas en las que se firma al inicio acompañada por la aclaración.

f) La cuestión del lugar en que debe firmarse

No es necesario que se firme cada hoja de un instrumento. Si se alegaren alteraciones en el instrumento firmado al final, el valor del instrumento dependerá de la apreciación judicial.

Para evitar cuestiones sobre el contenido de un documento de varias páginas, es de práctica que se ponga la firma íntegra a su pie, y media firma en cada hoja anterior, o que se mantenga la correlatividad de las mismas firmando en forma tal que los trazos abarquen dos fojas, lo que se logra superponiendo las hojas de papel.

g) Deformación voluntaria de la propia firma

La deformación, voluntaria o involuntaria de la propia firma, vale como firma.

12. Funciones

La firma ha servido clásicamente para la obtención de dos objetivos: imputación de autoría del acto y demostración de la voluntad de su autor.

El régimen del CCyC confirma ambas funciones. Ello en tanto el art. 288 del CCyC establece que "*la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde*". Y como se expresó en el punto *infra* 10 c), el segundo párrafo del art. 314 del CCyC establece en su parte pertinente cuales son los efectos de la firma, el que es "*el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado...*".

13. La firma digital

a) Noción

Se utiliza la expresión firma digital para individualizar los procedimientos o métodos destinados a identificar al autor de un documento transmitido por medios electrónicos, así como que esa persona aprueba su contenido.

En esta orientación, la Ley Modelo de Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida por la sigla formada por sus iniciales en inglés, UNCITRAL) dice que: *"Cuando la ley requiere la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente"*.

El CCyC se ha inspirado en la ley modelo de UNCITRAL, por lo que luego de definir la firma dice: *"En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método para identificarla; y ese método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento"* (art. 288, último párrafo, CCyC).

El método que actualmente tiene mayor desarrollo es el de la criptografía de clave pública o privada, que permite identificar al sujeto por la clave que pone en el documento; al poner esa clave el documento queda "encriptado" y es inalterable; cualquier modificación que pretenda ser introducida —sin el empleo de la clave pertinente— produce que el documento desaparezca.

14. La Ley de Firma Digital, documento digital y firma electrónica

a) Ley 25.506

El 14 de diciembre de 2001 se publicó la ley 25.506 de Firma Digital, la que trajo una serie de innovaciones relevantes en el ámbito del derecho privado.

El capítulo I contiene las reglas de fondo. Los capítulos siguientes se refieren a la instrumentación del sistema de firma digital; los capítulos 9 y 10 se refieren a la responsabilidad de los distintos sujetos que actúan en la implementación del sistema y a las sanciones que pueden serles impuestas.

b) Firma digital. Definición legal. Documento digital. Firma electrónica

La ley 25.506 define la firma digital como el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control y que es susceptible de verificación por terceras partes (art. 2). La firma electrónica consiste en la identificación que un signatario utiliza o coloca junto a otros datos enviados electrónicamente, pero que no reúne los requisitos de la firma digital, que en general refieren a la verificación del control y seguridad de la firma.

El documento digital es aquel que representa hechos o actos de forma digital independientemente de su suporte, almacenamiento o archivo.

Ello surge de los arts. 2, 5 y 6, respectivamente de la ley 25.506.

Ahora bien, entre la firma digital y la electrónica media una importante diferencia de efectos. Es que refiriéndose a la firma digital, la ley dispone que se presume, salvo prueba en contrario, que ella pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma (art.). Mientras que si se desconoce la firma electrónica "corresponde a quien la invoca acreditar su validez" (art. 5).

La diferencia se funda en que la firma digital está sujeta a procedimientos que, si bien no son infalibles, tienden a asegurar la autoría e integridad del documento.

c) Función de la firma digital

La ley es muy clara en su art. 3 al disponer que "cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia queda también satisfecha por una firma digital". Claro es que un documento en soporte papel no puede ser firmado digitalmente; ello surge de la misma definición, en cuanto establece que la firma digital es un procedimiento matemático aplicado a un documento digital.

En otras palabras, la firma digital es inseparable de un documento digital.

d) Función del documento digital

Decíamos que el documento digital puede ser un instrumento particular firmado o no firmado, según tenga o no firma digital. Esta idea es sostenible por cuanto la ley 25.506 establece en el último párrafo del art. 6 que "un documento digital satisface también el requerimiento de escritura".

e) Hipótesis excluidas de firma digital

En principio, cualquier expresión de voluntad puede exteriorizarse en un documento digital firmado digitalmente, salvo las exclusiones previstas por la misma ley 25.506.

El art. 4 excepciona: las disposiciones por causa de muerte, los actos jurídicos del derecho de familia, los actos personalísimos en general y los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o del acuerdo de partes.

De la lectura de este precepto resultan muchas cuestiones, y entendemos que la interpretación de la aplicabilidad de las excepciones vistas tiene que ser restrictiva. Así, si bien un testamento no puede ser firmado digitalmente, hay otras disposiciones de última voluntad, como la donación de órganos para trasplante, que no habría razones para quitarles validez, sin son suscriptas con firma digital.

f) Eficacia del documento digital que contiene un acto excluido

Si la expresión de voluntad debe exteriorizarse por una forma solemne y se hubiese firmado digitalmente, el acto sería nulo por defecto de forma.

Si se tratase de actos formales no solemnes, el documento digital puede servir de prueba de su celebración u otorgamiento, y autorizaría a reclamar la satisfacción de la forma legalmente establecida (arg. art. 285, CCyC).

g) Requisitos de eficacia de la firma digital

Para que una firma digital sea eficaz se requiere:

— que haya sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;

— que sea debidamente verificada con la referencia de los datos de comprobación de firma digital, indicados en dicho certificado, según el procedimiento que a esos efectos corresponde;

— que dicho certificado haya sido emitido o reconocido por un certificador licenciado.

Los capítulos siguientes de la ley se explayan sobre el certificado digital (capítulo 2), certificador licenciado (capítulo 3), titular del certificado digital (capítulo 4), y luego sobre la organización institucional (capítulo 5) y la autoridad de aplicación (capítulo 6).

h) Originales

Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente (a partir de originales de primera generación) son considerados originales y tienen valor probatorio de tales según la reglamentación (art. 11 ley 25.506).

i) Conservación de documentos

La conservación de documentos digitales será determinado por la reglamentación, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permitan determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/o recepción (art. 12 ley 25.506). Las reglas de conservación de documentación aplicables según disposiciones generales también aplican a los documentos digitales.

j) Reglamentación

La ley 25.506 ha sido reglamentada por el decreto 2628/2002.

k) El correo electrónico, e-mail o "mail"

El correo electrónico, conocido como "e-mail" o directamente "mail" se ha convertido en una forma de comunicación muy utilizada, y ello debido a la masiva penetración social de las computadoras personales, y últimamente de la telefonía celular inteligente.

Los correos electrónicos tienen uso tanto en temas personales como comerciales o negociales en general.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el correo electrónico es un documento digital tal como ha sido definido, y ello en cuanto representa hechos o actos de forma digital independientemente de su soporte, almacenamiento o archivo.

El valor probatorio del correo electrónico, si estuviera firmado digitalmente, sería el del instrumento privado (art. 6 ley 25.506). Para correos que no tuvieran firma digital, se ha sido discutido en casos recientes cuál es el verdadero valor probatorio de dichas comunicaciones.

La jurisprudencia dominante les da al carácter de "instrumento particular no firmado" o bien de "principio de prueba por escrito" en los términos de los arts. 286 y 1020, respectivamente del CCyC (por ej., arts. 1190 inc. 2 y 1191 del Código Civil precedente).

Por ello, entendemos que el tratamiento dado en este capítulo a la validez probatoria de los instrumentos particulares no firmados resulta enteramente aplicables a los correos electrónicos, como así también lo dicho sobre principio de prueba instrumental.

Señalamos que, en cualquier caso, el correo electrónico es también una especie del género correspondencia, con lo cual los requisitos y principios para utilización de la correspondencia en juicio como medio probatorio son aplicables a esta especie. En particular, debe tenerse en cuenta que los intercambios epistolares de terceras personas ajenas al juicio donde se pretenden utilizar no pueden ser aceptados, dado que ello violaría el principio constitucional de inviolabilidad de la correspondencia de dichos terceros.

15. La impresión digital

Debemos estudiar ahora el valor de la impresión digital respecto de la firma, a tenor de la regulación incluida en el art. 313, segunda parte, y 314, parte final, del CCyC.

Tres opiniones se han elaborado respecto del valor de la impresión digital.

Una primera que admite en algunos casos la impresión digital como sucedánea de la firma, salvo que se trate de un testamento ológrafo. Esta postura parece haber sido receptada por el art. 59 de la LCT (modificada por la ley 21.297), que autoriza la impresión digital para suscribir instrumentos por el trabajador que no sepa o no pueda firmar (esta disposición es particular y está restringida al ámbito de esa ley).

Otra postura sostiene que la impresión digital sólo acredita identidad, no voluntad. Así, quien no saber firmar no sabrá seguramente leer, con lo cual no puede convalidar con su impresión digital aquello que no pudo entender. De allí que se sostenga que no sustituye a la firma, aunque haya sido estampada frente a testigos.

Una tercera opinión distingue según el sujeto otorgante sepa leer y no escribir, o sea analfabeto. En el primer caso, la impresión digital sería sucedánea de la firma.

Por nuestra parte entendemos que, dado que la impresión digital puede ser obtenida aún sin consentimiento de una persona, ella no puede sustituir a la firma en los instrumentos privados, lo cual no obstará a que se considere a los instrumentos donde ella conste como particulares, con todos los efectos que ellos pudieran tener.

a) Regulación en el CCyC

El art. 313 del CCyC establece, en su parte pertinente, que "*...Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital...*".

En cuanto a sus efectos, el art. 314, *in fine*, del CCyC, en lo pertinente expresa que "*El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido*". Esta solución es idéntica a la otorgada a la cuestión en el art. 292 del Anteproyecto de 1998.

Así, el CCyC se enrola en la postura que atribuye a la impresión digital el carácter identificatorio pero no la equipara a la firma. Ello se confirma en los propios Fundamentos que sobre el punto dicen: "*...siempre que el otorgante no sabe firmar es conveniente incluir su impresión digital a los fines de su mejor individualización...*".

16. La firma a ruego

a) Concepto y ámbito de aplicación

Cuando el otorgante de un instrumento público no puede o no sabe firmar, opera la firma a ruego (art. 305, inc. f) que es la que un tercero coloca en el documento en nombre de la parte y en prueba de su conformidad, de todo lo cual da fe el oficial público.

Para el caso de los instrumentos particulares el art. 313, *in fine* del CCyC, prevé dicha posibilidad al expresar que "... *Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento*").

El instrumento particular suscripto a ruego por dos testigos deviene instrumento privado, y cuando la firma en ellos sea reconocida, el reconocimiento tendrá todos los efectos establecidos en el art. 314 del CCyC. La validez del instrumento así firmado se sustenta en que el art. 314, *in fine*, del CCyC no limita el alcance del valor del instrumento privado firmado a ruego, como sucede con el que cuenta con impresión digital.

b) Supuestos en que no es admitida

En ningún caso es válida la firma a ruego en aquellos supuestos de actos solemnes, como es el testamento ológrafo.

17. Conclusión sobre el punto

La firma digital, la impresión digital y la firma a ruego que hemos visto en los apartados precedentes, tienen utilidad y pueden en algunos casos limitados ser sucedáneos de la firma, pero sólo con el alcance que hemos revisado.

18. Validez de los instrumento sin firma

a) Planteo

Ahora debemos dilucidar el valor que pueden tener en cuanto a instrumentos aquellos carentes de firma.

Se trata de ver en este caso si puede obtenerse la satisfacción de las funciones atribuidas a la firma por medio de otros elementos, porque, si fuese así, los "particulares no firmados", que no requieren firma, no sólo tienen similar valor convictivo que los privados, sino que se adaptan mejor al tráfico moderno, tal como lo veremos más adelante.

b) Sobre la imputación de autoría

Existen numerosas transacciones que son procesadas sin la firma del titular, y que garantizan autoría. Por ejemplo, las claves magnéticas, combinadas con claves numéricas, brindan mayor seguridad que la mera firma. Ello ocurre, verbigracia, al efectuar actos jurídicos en cajeros automáticos previa inserción de la tarjeta con banda magnética y alimentación de la máquina con clave numérica personal del titular (*password*).

En síntesis, entonces, puede afirmarse que la máquina, el cajero automático, no puede leer la firma pero sí reconocer al titular de la tarjeta cuando se le ofrece la lectura de la banda magnética de la misma, en combinación con el *password* o clave.

c) Sobre la demostración de voluntad

Este objetivo de la firma se obtiene hoy por otro modo de los señalados en los arts. 262 y 265 del CCyC. No ya por signos inequívocos escritos, sino por signos que resultan de la realización material de actos inequívocos; así, es inequívoco que quien inserta una tarjeta de crédito en una máquina expendedora quiere una unidad del producto en venta, sin que pueda tergiversarse el significado de estos hechos.

Queda así demostrado que las funciones que cumple la firma pueden ser satisfechas por otros medios, que otorgan similar o mayor certeza, y que concurren en los instrumentos particulares no firmados.

d) La regulación en el CCyC

El art. 319 del CCyC regula el valor probatorio de los instrumentos particulares. Dicha norma expresa que: "*El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del*

tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen".

Notamos que el artículo transcripto hace referencia a los "instrumentos particulares", por lo que, de acuerdo a la categorización de instrumentos dispuesta en el art. 287 del CCyC, la solución aquí vista aplica tanto a los instrumentos particulares no firmados como a los privados.

Así, en cuanto al valor probatorio y eficacia de los instrumentos particulares, el legislador brinda amplitud de posibilidades al juez para decidir el valor del instrumento de que se trate, considerando las circunstancias relevantes en el caso, que el propio artículo define. Dichas circunstancias serán, a modo de ejemplo: la entidad, contenido y estado de conservación del instrumento, los hechos a acreditar, los usos y prácticas, y las prácticas pasadas relevantes de las partes y que puedan traer luz sobre la interpretación dada por las propias partes al instrumento en cuestión o a la transacción a la que refiere el mismo. Por supuesto que la jurisprudencia sobre el tema deberá ser tenida en cuenta, la que admite el valor de los instrumentos particulares no firmados en ciertas circunstancias.

19. El doble ejemplar. Concepto

a) Fundamento legal y caracteres de la exigencia del doble ejemplar en el régimen del Código Civil precedente

El Código Civil precedente incluía otra limitación para el principio de libertad de formas para los instrumentos privados.

Ésta era la del doble ejemplar. En ese sentido, el art. 1021 de dicho cuerpo rezaba *"Los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto"*.

La exigencia del recaudo del doble ejemplar era de orden público, por lo que no podía ser dejada sin efecto por convención de las partes. Sólo podía suplirse en los términos previstos en determinados casos previstos en los arts. 1022, 1024 y 1025 del Código Civil.

El requisito podría cumplirse mediante copia carbónica, fotocopia o cualquier otro medio que atribuya a la copia igual contenido que el original. La firma deberá ser autógrafa en cada original.

La finalidad tenida en cuenta por el derecho francés, de donde la tomó nuestro Código Civil, residía en poner a ambas partes en igualdad de condiciones a los efectos probatorios.

Si no se cumplía la regla del doble ejemplar el instrumento era nulo de nulidad relativa (arts. 975 y 978) aunque tal consecuencia no estaba expresamente establecida por la ley. El acto instrumentado sin el requisito establecido podía ser confirmado.

b) Proyectos de reforma

La visión doctrinaria más moderna sobre el tema estaba en contra de la exigencia del doble ejemplar, para la cual parece justo que la parte que no tome la previsión de exigir un doble ejemplar a fin de facilitar la prueba del acto, pueda luego negarse a cumplir la obligación contraída en el instrumento que firmó.

Principio similar se puede leer en el Anteproyecto de Bibiloni, y en el Anteproyecto de 1954 (art. 273), bien que este último reconoce como principio de prueba por escrito al ejemplar único, con lo que atenúa la exigencia. En cambio el Proyecto de Unificación Legislativa de 1993 propiciaba la eliminación del requisito del doble ejemplar.

c) El CCyC

Siguiendo a los proyectos de reforma antes vistos, el CCyC no incluyó la formalidad del doble ejemplar en los instrumentos privados.

Sin perjuicio de ello, en la práctica negocial es aconsejable a las partes que cada una requiera su ejemplar. Y como ya hemos señalado se exige la entrega de un ejemplar del contrato al consumidor y al cliente en los contratos bancarios.

20. Instrumentos particulares no firmados

Ya hemos tratado sobre la existencia y validez de instrumentos no escritos —pero con transmisión de ideas— y no firmados —pero con imputación de autoría en (v. *supra*, n. 18), a donde nos remitimos—.

IV. REQUISITO DE OPONIBILIDAD

21. La fecha cierta

a) Concepto

Fecha cierta es aquella que otorga certeza de que el instrumento privado ya estaba firmado al momento de su producción, o no pudo ser firmado después de su acaecimiento. Su importancia radica en que de la fecha del instrumento pueden depender derechos de terceros, por lo que frente a éstos no vale necesariamente la fecha que exhibe el documento sino la que la ley considera como "fecha cierta".

22. Utilidad y efectos

La ausencia de fecha cierta no obsta a la plena validez del instrumento privado, pero su contenido no será oponible frente a terceros. Esto es lo que resulta del art. 317 del CCyC, que expresa: *"La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta"*.

De modo que los instrumentos privados que carecen de fecha cierta resultan inoponibles frente a terceros. Esa inoponibilidad puede ser invocada por terceros ajenos al instrumento y sólo puede alegarse por vía de excepción y en la oportunidad que alguna de las partes, o ambas, pretendan oponer el contenido del instrumento privado al tercero excepcionante.

23. Modos de adquirir fecha cierta

a) Entre las partes y sucesores universales

Entre las partes que firmaron el instrumento, la fecha cierta del documento depende del reconocimiento —espontáneo o judicial— que del mismo haga el firmante contra el que se lo invoca.

Si, por el contrario, el instrumento no es reconocido no queda probada su existencia, ni su contenido, ni —desde luego— su fecha.

Frente a los sucesores universales, no los singulares que a este respecto se asimilan a terceros, los efectos dependen también del reconocimiento por el firmante a quien se oponga, ya que el art. 314, CCyC, no excepciona a tales sucesores de los efectos del reconocimiento.

El mandante no debe reputarse tercero ante lo suscripto por el mandatario. Tampoco el acreedor subrogado, respecto del instrumento firmado por el deudor en quien se subroga.

b) Fecha cierta respecto de terceros en el CCyC

El CCyC elimina el listado de eventos específicos o hechos relevantes que otorgan fecha cierta a un instrumento que hacía el Código de 1869 y lo sustituye por una definición genérica. Así, en su art. 317 establece, que "*Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después*".

De modo que el documento adquiere fecha cierta el día en que murió una de las partes que lo firmó, o el día en que se lo presentó en un expediente judicial o administrativo.

La jurisprudencia, aún durante la vigencia del Código de 1869, admitió que la certificación notarial de las firmas o el pago del impuesto de sellos también dan fecha cierta a los instrumentos privados.

V. INSTRUMENTOS PRIVADOS FIRMADOS EN BLANCO

24. Fuerza probatoria

a) Concepto de firma en blanco

Normalmente los instrumentos privados primero se redactan y luego se firman. De tal suerte, que el firmante tiene certeza sobre el contenido de lo que suscribe.

No obstante, por aplicación del principio de libertad de formas no está prohibido que primero se firme un instrumento y luego se llene el texto. A esto último se denomina firma en blanco.

Lo dicho es igualmente aplicable a los supuestos en los que el instrumento es sólo parcialmente firmado en blanco, hipótesis conocida como firmar un instrumento dejando "claros" que luego llenará otra persona.

Por el contrario, no configura "firma en blanco" si el tenedor de un instrumento firmado por otro llena el espacio vacío que media entre el texto y la firma.

b) Documento suscripto por un ciego

Es un supuesto asimilable, la firma de un instrumento privado por un ciego, ya que en tal caso si bien el instrumento está lleno, su suscripción es "a ciegas", es decir, sin que el firmante tenga la posibilidad de ver lo que firma.

25. Naturaleza jurídica del otorgamiento de firma en blanco

Se ha sostenido que las relaciones entre el firmante y la persona a quien se entrega el instrumento para que lo llene se rigen por las reglas del contrato de mandato, y que en dicho caso se daría la celebración tácita de tal contrato (art. 1319, CCyC). Mas, difiere del mandato en orden a la posibilidad del mandante de controlar al mandatario, pues mientras en el mandato basta con revocarlo, en el caso de la firma en blanco sólo se podría evitar el otorgamiento del acto recuperando el instrumento.

26. Hasta cuándo puede llenarse el instrumento

Toda vez que la firma en blanco es considerada una suerte de mandato tácito, igual que todo mandato se extingue con la muerte o incapacidad del mandatario o del mandante (art. 1329, inc. e, CCyC). Con posterioridad a alguno de esos hechos, sólo podría firmarse si el instrumento hubiese sido entregado en el interés conjunto del mandante y mandatario, o de un tercero (arts. 1330, y 380, inc. c del CCyC).

27. Valor probatorio del instrumento firmado en blanco

Para su eficacia —igual que en cualquier instrumento privado— lo único relevante es que la firma colocada al pie del instrumento sea auténtica, haya sido puesta antes o después del texto.

No es exigible en el derecho argentino que el firmante, además de reconocer su firma, reconozca o admita el texto. Ello surge del principio general del art. 314, segundo párrafo, primera parte, cuando dice, en su parte pertinente, que "*...El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del contenido del instrumento privado...*".

28. Impugnación por haberse llenado con abuso de confianza. Prueba

Puede ocurrir que el tenedor del instrumento firmado en blanco —mandatario— lo llene con un contenido diferente al previsto por el firmante. Sea porque lo sustituya totalmente por o porque se extralimite en instrucciones recibidas.

El firmante siempre tiene la posibilidad de impugnar el contenido del instrumento que entregó firmado en blanco, como lo autoriza el art. 315 del CCyC, en su parte pertinente, el que expresa que: "*El firmante de un documento en blanco puede impugnar su contenido mediante la prueba de que no responde a sus instrucciones, pero no puede valerse para ello de testigos si no existe principio de prueba por escrito...*".

Así, el firmante defraudado en su confianza deberá demostrar dos hechos: que el instrumento fue firmado en blanco; y que fue llenado por su tenedor con un contenido distinto al indicado.

Ambas circunstancias pueden acreditarse por cualquier medio de prueba a excepción de la testimonial, salvo que exista principio de prueba por escrito de la violación del mandato en los términos del art. 1020, CCyC.

29. Inoponibilidad de la impugnación frente a terceros de buena fe

El enfoque es totalmente diferente frente a los terceros de buena fe que contrataron con el mandatario infiel basándose en el instrumento firmado en blanco.

En este caso, los terceros de buena fe han adquirido un derecho a partir de un instrumento formalmente válido, sin que les resulte oponible que el tenedor haya extralimitado o tergiversado las instrucciones recibidas del firmante.

En este sentido, el art. 315 del CCyC, dispone, en su párrafo final: "*El desconocimiento del firmante no debe afectar a terceros de buena*

fe". Aquí se hace primar la apariencia en beneficio de la seguridad jurídica.

La buena fe se presume (arg. arts. 961 y 9, CCyC) incumbiendo la prueba de la mala fe a quien la invoque.

30. Sustracción del instrumento firmado en blanco de la persona que lo ha recibido

a) La norma y los supuestos que contempla

Para la situación del epígrafe el art. 315, segundo párrafo del CCyC dispone: *"Cuando el documento firmado en blanco es sustraído contra la voluntad de la persona que lo guarda, esas circunstancias pueden probarse por cualquier medio. En tal caso, el contenido del instrumento no puede oponerse al firmante excepto por los terceros que acrediten su buena fe si han adquirido derechos a título oneroso en base al instrumento.*

Como se advierte la disposición legal es diferente a la del art. 314, primer párrafo CCyC, toda vez que en ellos se consideró la existencia de una relación jurídica de mandato tácito, del que no puede hablarse en caso de sustracción.

En esta última hipótesis, el instrumento firmado en blanco es sustraído de la guarda del tenedor (mandatario) y llenado por un tercero que puede, o no, ser el ladrón. No cabe distinguir en la especie entre hurto y robo.

La solución del art. 314 segundo párrafo, se aplica también a la hipótesis de pérdida del instrumento y llenado por quien lo hallare, pues el art. 1955 del CCyC, en definitiva, prescribe que quien halla un instrumento perdido se apodera ilegalmente de él, se equipara a quien hurta o roba.

b) Prueba y hechos a probar

El signatario, o quien pretenda dejar sin efecto el instrumento de que se trate, deberá demostrar que el instrumento fue firmado en blanco, que fue sustraído del poder del firmante o de la persona a la que se lo entregó, y que ésta lo llenó contra la voluntad del signatario o del mandatario.

Estos tres hechos no tienen limitación probatoria alguna.

c) Efecto de la impugnación frente a terceros de buena fe

En este caso, según el art. 315 del CCyC, los terceros de buena fe que adquirieron derechos a título oneroso por haber contratado con el ladrón quedan protegidos frente a la impugnación del signatario, y sus derechos no son dejados sin efecto por la acción del perjudicado.

Esta solución es diferente a la otorgada a la cuestión en el art. 1019 del Código Civil precedente, donde el derecho de los terceros aún de buena fe, cedía frente al derecho del firmante perjudicado.

La razón de ser del cambio han sido aportados por los autores al exponer en los Fundamentos que "...*El texto ha sido tomado del Anteproyecto de 1954 (art. 276, párrafo 2) y persigue una adecuada y razonable tutela de la apariencia y del tráfico jurídico. Se ha computado que la sola puesta en circulación de un documento firmado en blanco supone exponerse a una serie de riesgos, incluido el de la sustracción, que en muchos casos podrá tener origen en el comportamiento negligente del tenedor...*".

VI. CORRESPONDENCIA

31. Concepto

La correspondencia puede consistir en esquelas, tarjetas postales, telegramas, o cartas entre personas, ya sea en materia personal o con términos relacionados con vínculos negociales. En el Código Civil precedente, se denominaban "cartas misivas" y estaban reguladas por el art. 1036, y de manera parcial.

Deben consistir en expresiones escritas entre dos o más personas, de suerte que quedan excluidas las conversaciones telefónicas.

Tampoco están comprendidas en el concepto, las conocidas como "cartas abiertas" y "solicitadas", que son en realidad, manifestaciones al público en general.

Pueden no estar firmadas, o estar suscriptas por sobrenombres o referencias al vínculo que tiene el remitente con el destinatario (v.gr., "tu papá", "tu hijo").

A su respecto lo importante no es —entonces— la firma sino la autenticidad del texto.

32. Inexigibilidad de la firma

Por no ser instrumentos privados, no es exigible la firma.

No sucede lo mismo con el requisito de oponibilidad o "fecha cierta" (art. 317, CCyC), que sí es exigible.

33. Su propiedad

El CCyC se detiene en un único artículo en la correspondencia (art. 318) y regula parcialmente la eficacia probatoria de las piezas de correspondencia en juicio. Pero hay otros temas relevantes en esta materia que la doctrina ha tratado y que revisamos seguidamente.

a) Propiedad de la carta misiva

Las piezas de correspondencia, sea correspondencia epistolar, postal, tarjeta postal, esquela por mano o cualquier otro tipo de los referidos anteriormente, son cosas muebles.

En cuanto tal, pertenecen a quien la escribió hasta que llegue a poder del destinatario (arg. arts. 1892, 1895, 1922, 1924 y 1925 del CCyC).

Ínterin —es decir, mientras está en el correo— le sigue perteneciendo (arg. art. 975 del CCyC), por lo que desde la óptica del derecho civil nada obstaría a que la recupere si así lo desea.

Cuando es puesta en poder del destinatario, la propiedad se transmite al nuevo poseedor (arts. 1922 y 1924, CCyC), quien tendrá a su respecto la totalidad de las facultades que importa el derecho de dominio (arts. 1941 y ss., CCyC).

Sin embargo, la propiedad intelectual de lo escrito en la pieza —no el dominio de la carta como cosa de papel— sigue perteneciendo a quien la escribió, de suerte que quien fue destinatario y luego propietario de la carta no puede disponer en forma absolutamente libre de su contenido, aunque sí de la misma en cuanto cosa mueble.

b) Facultades del autor de la carta cuando no es más su propietario

Las facultades sobre la carta misiva se desdoblan, pues mientras quien la recibió es su propietario y tiene facultades de tal sobre la materia —cosa mueble— (salvo que el remitente expresamente le haya indicado en la carta que la destruya o restituya), quien la redactó y remitió conserva el derecho intelectual sobre su contenido.

De allí que el dueño de la carta no pueda divulgarla indiscriminadamente, ni atribuirse la autoría de las palabras o ideas allí expresadas.

Un supuesto que requiere análisis particular es el referido a la facultad de presentar la carta en juicio, para su utilización como medio de prueba.

34. Admisibilidad como medio de prueba

Como regla, las piezas de correspondencia están autorizadas como medio de prueba.

Sin embargo, como se encuentra directamente involucrada la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto expresa que son inviolables la correspondencia epistolar y los papeles privados, la utilización de las cartas misivas para probar en juicio requiere efectuar múltiples.

Para dilucidar lo referido a los puntos siguientes, la doctrina ha distinguido si la correspondencia es "confidencial" de la que no lo es. El ser confidencial no depende de la calificación que le atribuya el remitente, sino a la naturaleza de su contenido. En caso de duda, se presumen confidenciales.

a) Obtención de la carta

La búsqueda de un fin lícito no justifica el empleo de medios ilícitos. De allí que sólo puedan esgrimirse en juicio piezas habidas legítimamente.

La obtención de piezas de correspondencia por medio de su interceptación o sustracción está incriminada por el Código Pena en su art. 153.

Sin embargo, se ha admitido como excepción, que un cónyuge intercepte la correspondencia dirigida al otro para su utilización como prueba.

La declaración de quiebra impone la interceptación de la correspondencia dirigida al fallido (art. 88, inc. 6, ley 24.522).

b) Régimen del CCyC. Art. 318

El art. 318 del CCyC contempla el tratamiento de la utilización de correspondencia en juicio, al expresar que "*la correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial*".

De lo expuesto en este artículo, surgen las conclusiones que tratamos en los puntos siguientes.

c) Es admisible cuando es esgrimida por el destinatario

El destinatario puede hacer valer el texto de la carta o pieza postal, cualquiera sea el soporte, ya que es su propietario y a quien ella estaba dirigida.

Si la pieza fuera a ser utilizada contra el remitente, notamos que entre corresponsales no hay secreto. De tal suerte, el texto de una carta misiva puede ser esgrimida por el destinatario que la tiene en su poder contra el remitente que la envió. Pero si la carta es de contenido confidencial, aún entre correspondientes, la pieza no puede ser utilizada salvo que el remitente brinde consentimiento.

En este caso, el valor probatorio es amplio.

d) Es admisible entre el destinatario y un tercero

También el destinatario puede utilizar la pieza en un litigio con un tercero.

Al respecto, también debe distinguirse según se trate de contenido confidencial o no. Si el contenido es confidencial —y lo es en caso de duda— no puede esgrimirla en juicio sin la conformidad del remitente.

e) Cartas esgrimidas por terceros

Tercero es aquí cualquier persona que no sea el destinatario.

Si la pieza postal que pretende ser utilizada en juicio estuviera en poder de un tercero o del tercero que pretende utilizarla, se deberá demostrar que éste la ha obtenido por medios lícitos.

Ahora bien, como dispone el art. 318, *in fine*, para que el tercero —sea tenedor de la pieza o no— pueda hacer valer la correspondencia, deberá demostrar el consentimiento del destinatario. Y si la carta fuera confidencial, también deberá contar con el asentimiento del remitente.

En este caso, el valor probatorio de la pieza se asemeja al de la prueba testimonial.

f) Cartas remitidas a un tercero

El régimen del art. 318 sólo trata —y distingue— si la pieza de correspondencia pretende ser utilizada por el destinatario o por un tercero. Así, dicho artículo expresa, en su parte pertinente, que "...*Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial...*".

Así, en el supuesto en que el remitente pretendiera hacer valer una carta enviada a un tercero, dicho remitente sería un tercero respecto de la pieza en cuestión y sólo podría utilizar dicha pieza con el consentimiento del destinatario (el suyo se entiende que sería otorgado, si la carta fuera confidencial).

En este sentido, art. 318 varía el régimen del Código Civil precedente, que en su art. 1036 disponía que negaba admisión a las cartas remitidas a terceros.

g) Cartas remitidas por terceros

Estas piezas pueden ser utilizadas en juicio, en la medida que sean esgrimidas por el destinario, o por terceros con su consentimiento. El

consentimiento del remitente es necesario cuando la carta sea confidencial (y lo es en caso de duda).

h) Cartas post mortem

Entendemos que el régimen del art. 318 del CCyC aplica aún a las cartas *post mortem*, aunque las mismas deben tener un tratamiento diferenciado, dado que el remitente no estará para prestar consentimiento si su contenido fuera confidencial. Las cartas con destino *post mortem* gozan de la garantía constitucional de inviolabilidad de la correspondencia y los derechos del fallecido deben ser respetados en su máxima expresión posible, evitando que las mismas devengan públicas.

VII. FUERZA PROBATORIA DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

35. Aplicabilidad del art. 319 CCyC

El art. 319 del CCyC regula el valor probatorio del instrumento particular, y ello aplica también a los instrumentos privados. De acuerdo a lo establecido en dicho artículo, el juez tendrá amplitud de posibilidades para asignar valor al instrumento de acuerdo a su entidad y a las circunstancias del caso.

Es bajo esta luz que tenemos que entender el tratamiento de las cuestiones que siguen.

36. Necesidad y formas de reconocimiento de la firma

A diferencia de lo que acontece en materia de instrumentos públicos, el instrumento privado *per se* no hace plena fe sobre la autenticidad de su contenido. Para que ello ocurra es necesario que la firma que lo suscribe sea reconocida como auténtica por su presunto autor.

Una vez que ello ocurra, la fuerza probatoria entre las partes, del instrumento privado, es similar a la del instrumento público. Para hacerlo oponible a terceros —además— debe obtener "fecha cierta" en los términos que resultan del art. 317 del CCyC.

37. Formas de reconocimiento

Cualquier medio de prueba es admisible para demostrar la titularidad de la firma. Ello lo establece el art. 314, primer párrafo, *in fine*, del CCyC cuando dice: "*...La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio...*". Inclusive la prueba de testigos no estaría vedada, aunque el juez apreciará su idoneidad en función de las circunstancias del caso.

De todas maneras, en la práctica, tres son los modos usuales del reconocimiento de firma.

a) Reconocimiento espontáneo

Ocurre cuando el firmante —sin que medie intimación judicial— manifiesta que la firma que suscribe el documento le pertenece. Ello puede suceder en forma expresa o tácita; verbigracia, si esgrime en juicio el instrumento por él suscripto, lo que vale tanto como afirmar que lo ha firmado. La manifestación deberá ocurrir cuando el instrumento con la firma es presentada al presunto firmante. Así lo establece el art. 314 primer párrafo del CCyC, al expresar, en su parte pertinente, que "*Todo aquel contra quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye debe manifestar si ésta le pertenece...*".

b) Reconocimiento provocado judicialmente

Si la presentación del documento se realiza en juicio, entonces el reconocimiento deberá tener lugar judicialmente (arg. conf. art. 314, primer párrafo).

Lo expuesto se complementa con lo que disponen los códigos procesales. El Código Procesal de la Nación prescribe normas a este respecto en los arts. 390/394 y 526/528.

La citación para reconocer firma se hace bajo el apercibimiento de que, si el citado no comparece sin justa causa se le tendrá por reconocida la firma (art. 526, Cód. Proc.). Es una aplicación del art. 263 CCyC, pues constituye uno de los pocos casos en los que se atribuye valor jurídico al silencio, en razón de que el citado tiene la obligación legal de manifestar si la firma que se le exhibirá y que se le atribuye es auténtica).

De la citación judicial para que la persona a la que se atribuya la firma comparezca al juzgado a reconocerla o desconocerla, pueden seguirse tres consecuencias:

— *reconocimiento expreso:* en esta hipótesis, el citado comparece al juzgado y reconoce como auténtica la firma que se le exhibe al pie del instrumento privado;

— *reconocimiento tácito:* en este caso, el citado no comparece, o lo hace y no se pronuncia en forma categórica sobre si la firma es o no auténtica. Juega entonces el apercibimiento de las normas procesales y se otorga a ese silencio valor como manifestación de voluntad, en cuya virtud se le da por reconocida la firma;

— *desconocimiento expreso:* el desconocimiento —que sólo puede ser expreso— será tratado *infra*, n. 41.

c) Reconocimiento forzoso

Es el que acontece cuando el citado judicialmente niega en forma expresa la autenticidad de su firma, la que luego de ser sometida al peritaje —al que nos referiremos *infra*, n. 42— y por sus conclusiones, es declarada auténtica por el juez.

38. Quienes pueden reconocer la firma

Dos son los supuestos que trataremos.

a) Su autor

Toda persona a quien se atribuya el carácter de autor de la firma puede reconocer la firma. El citado a reconocimiento debe ser capaz al momento de su reconocimiento.

Desde luego que si el instrumento fuese otorgado por un representante, quien deberá reconocer la firma es dicho representante.

b) Los sucesores del firmante

Si bien los sucesores universales del firmante o autor continúan su persona en lo atinente a sus derechos y obligaciones, pueden ignorar, si la firma que se atribuye a su causante es auténtica o no.

De allí que no quepa asimilar totalmente su posición a la del autor.

Al respecto, el art. 314, primer párrafo, en su parte pertinente dice: *"Los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran si la firma es o no de su causante"*.

Respecto de la citación de los sucesores, la citación puede incluir el mismo apercibimiento que la citación del autor.

39. Efectos entre las partes

a) Principio general

Cualquiera sea la forma del reconocimiento el efecto entre las partes es el mismo, y es que el instrumento privado queda reconocido en su totalidad, salvo prueba en contrario.

En este punto, el citado art. 314, segundo párrafo, prevé: *"El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado"*.

b) Prueba en contra del contenido

El reconocimiento de la firma genera la presunción *juris tantum* de que el contenido o texto del instrumento es auténtico. El firmante puede probar que el texto ha sido adulterado o falseado, o que el instrumento firmado en blanco se completó en contra de sus instrucciones (art. 315, CCyC) (v. *supra*, n. 28).

Pese a que tal posibilidad existe, se encuentra limitada a los procesos de conocimiento pleno. En el proceso ejecutivo, el reconocimiento de la firma basta que dicha vía sea eficaz (arg. conf. art. 527, Cód. Proc.). Quedará al firmante la posibilidad de intentar demostrar su aserto en el trámite de la excepción de falsedad o inhabilidad de título (art. 544, inc. 4, Cód. Proc.), o —en su caso— en el juicio ordinario posterior (art. 553, Cód. Proc.).

c) Fecha

La presunción *juris tantum* de autenticidad que se sigue del reconocimiento de la firma se extiende a la fecha del instrumento, salvo frente a terceros, cuestión que se rige por lo dispuesto en el art. 317.

d) Testamento ológrafo

Tampoco el principio aquí visto será aplicable en materia de testamento ológrafo, donde además de verificarse la autenticidad de la firma debe corroborarse la de la escritura del texto (art. 2477 del CCyC).

e) Eficacia del reconocimiento. Inimpugnabilidad

El art. 314 del CCyC, en su parte pertinente, dispone: "*El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto del reconocimiento. La prueba resultante es indivisible*".

Como ya hemos dicho, cuando la firma ha sido reconocida, o ha sido declarado auténtica por sentencia, o cuando la firma haya sido certificada por escribano no puede ser impugnada salvo que se alegue la existencia de vicios de consentimiento en el acto que llevó a reconocer la signatura.

Así, las enunciaciones de hechos, que en el instrumento público son efectuadas ante el oficial público, hacen plena fe entre las partes quienes, en caso de querer desvirtuarlo, deberán promover acción civil o penal de falsedad.

Las cláusulas dispositivas pueden ser desvirtuadas por mera prueba en contrario, sin requerirse acción de falsedad, al igual que las cláusulas meramente enunciativas (art. 296, CCyC).

Todo lo expuesto con referencia a las partes es extensible a sus sucesores universales, ya que continúan la persona del causante.

40. Efectos frente a terceros

Para que el instrumento resulte oponible a terceros es requerible que también tenga fecha cierta.

Mas de ello no se sigue que los terceros no puedan invocar el instrumento en su beneficio si es que del mismo emana algún derecho a su favor (v.gr., el supuesto del art. 1027, CCyC).

41. Desconocimiento de la firma

La firma puede desconocerse en a través de tres vías: el desconocimiento expreso de la autenticidad de la firma hecho por la persona a la que se imputa su autoría, o por sus sucesores; la manifestación de éstos en el sentido de que ignoran si la firma es de su causante (art. 314, CCyC). Agregamos que la incapacidad de hecho del presunto autor hacer que la firma no pueda ser reconocida, con lo que en dicho caso la firma queda sin verificar.

La carga de ofrecer la prueba pesa sobre quien niega la autenticidad de la firma que se le atribuye.

42. Medios de prueba

Como ya se adelantó, ver *infra* n. 37, todos los medios de prueba son admisibles para la verificación de la firma. El medio que se impone en esta cuestión es la prueba pericial caligráfica.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

ALTMARK, Daniel Ricardo – MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Tratado de Derecho Informático*, La Ley, Buenos Aires, 2012; HALL, Andrés – DEVOTO, Mauricio, "La firma digital, herramienta habilitante del comercio electrónico", en PIAGGI, Ana I. – ESTOUP, Luis A. (coords.), *Derecho mercantil contemporáneo*, Buenos Aires, 2001, p. 23.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Efectos jurídicos de la impresión digital en los documentos privados", LL 23-904; ALEGRIA, Héctor, "Nuevas fronteras de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones comerciales", LL 1985-E-662; ALTMARK, Daniel, "Documento electrónico (la necesaria respuesta normativa)", JA 1999-II-851; ARCOS VALCÁRCEL, Sandra Sofía, "Firma, impresión digital y firma electrónica, en el Código Civil y Comercial" LL 14-05-15, Suplemento Actualidad, AR/DOC/1172/2015; CABULI, Ezequiel, "Las nuevas tecnologías en el proyecto del Código", LL 2013-A-893; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La impresión digital en los instrumentos privados no firmados", JA 50-85; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Hacia una nueva concepción de la forma a través del Código Civil", LL 1987-D-943; LYNCH, Horacio M., "Comentario a la ley 25.506 de Firma y Documento Digital", ADLA 2002-A-1555; ORGAZ, Alfredo, "La impresión digital en los documentos privados", Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, mar./abr. 1936; PIAGGI, Ana I., "Firma electrónica, certificados y entidades de certificación", ED 194-878; RIVERA, Julio C. – MALICKI, Anahí – CROVI, Daniel – FISSORE, Gabriel, "La prueba de la fecha cierta en el Pro-

yecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación", ED 126-709; TEMPERLEY, Facundo – BIDEGAIN, Tomás M., "El valor probatorio de los mensajes de correo electrónico", LL 2011-D-95; ROSENBUSCH, E., "La fecha cierta en los instrumentos privados", JA 1942-II-55.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CNCiv., en pleno, 10/6/1954, JA 1954-III-273.

CNCiv., sala I, 11/8/2005, "Leone, Jorge c/ Maquieira, Jorge S.", LL 2006-A-13.

CNCom., sala A, 29/4/2009, "Vázquez, Walter Manuel c/ Pomeranec, Diego Esteban s/ ordinario", AR/JUR/15523/2009.

CAPÍTULO XXV

LOS VICIOS DEL ACTO VOLUNTARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. Planteo del tema

Hemos visto antes, que el acto voluntario requiere la concurrencia de elementos internos (discernimiento, intención, libertad), y de un elemento externo (la manifestación de la voluntad).

El defecto en alguno de los elementos internos del acto voluntario se denomina "vicio".

También se suele aludir a los vicios o defectos de forma del negocio jurídico, que consisten en la omisión de la forma exigida por la ley o por la voluntad de las partes. Este tema ya está estudiado en los capítulos precedentes.

Por ello, nuestro discurso versará, a partir de ahora, sobre los denominados vicios del acto voluntario, o vicios de la voluntad. Para lo cual primero hemos de distinguirlos de los vicios del negocio jurídico.

2. Distinción entre vicios de la voluntad y vicios del acto jurídico

a) Enumeración

Los vicios de los actos voluntarios son el error, el dolo y la violencia.

Todos ellos tienen en común constituir una anomalía de un elemento sustancial —es decir, no formal—, existente al momento de

la celebración u otorgamiento del acto, que produce la limitación, desvirtuación o pérdida de los efectos propios del acto.

Estos "vicios de la voluntad" afectan a los elementos de la voluntad conforme a la doctrina clásica, es decir, la intención y la libertad.

El error y el dolo vician la intención.

La violencia —sea física o moral— vicia la libertad.

La ausencia o falta de discernimiento —que también es un defecto del acto voluntario— no se produce a consecuencia de vicio alguno, sino por una circunstancia inherente al sujeto (falta de madurez, ausencia de razón).

b) Vicios de los negocios jurídicos

Los "vicios de los actos jurídicos" son la simulación, el fraude y la lesión; ellos sólo se presentan en los negocios jurídicos del art. 259, y no en los hechos humanos voluntarios. En estos vicios o defectos, no existe merma de la voluntariedad, sino de la buena fe de su autor.

c) Consecuencias de los vicios

La consecuencia que producen los vicios de error, dolo y violencia, es la nulidad del acto (arts. 265, 272 y 276). La lesión y la simulación también son causas de nulidad (arts. 332 y 334) mientras que el fraude causa su inoponibilidad (art. 338). Aclárase que la lesión autoriza también al reajuste del acto (art. 332).

II. ERROR. CONCEPTOS GENERALES

3. La ignorancia y el error

El "error" es un vicio de los actos voluntarios que afecta la intención y como tal causa la nulidad del acto jurídico (art. 265).

La doctrina solía distinguir la "ignorancia" que implica no conocer algo (cosa, circunstancia o régimen legal), mientras que el "error" consiste en creer que se lo conoce siendo que, en realidad, se toma por cierto un conocimiento falso.

Este distingo es irrelevante. Para el CCyC el error vicio comprende tanto una hipótesis como la otra.

III. ERROR DE DERECHO

4. Error de hecho y de derecho

El error o falso conocimiento puede versar sobre un hecho o sobre la existencia, contenido o interpretación de una norma jurídica. En el primer supuesto, el vicio se denomina "error de hecho". En el segundo caso, "error de derecho".

5. Principio de inexcusabilidad del error de derecho

a) Concepto

El tema del error de derecho está tratado en el Título Preliminar, cuyo art. 8 dispone: "Principio de inexcusabilidad. *"La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico".*

Es que ningún sistema jurídico resistiría que los sujetos de derecho pretendiesen exculparse afirmando que desconocían las normas jurídicas, o que estaban errados sobre su contenido. De allí que se recurra a una ficción, cual es la de conocimiento por todos.

Pero el verdadero fundamento radica *en la* obligatoriedad de la ley. Inclusive la publicación no hace a la ley conocida (¿cuántos leen los diarios de publicaciones legales?), sino obligatoria.

b) Extensión del término "ley"

Cuando se habla de la inexcusabilidad del desconocimiento de la ley, nos referimos a ley en sentido material, es decir, a cualquier norma jurídica objetiva de carácter general (decretos, ordenanzas, leyes provinciales, etc.), nacional o local. Tampoco se puede invocar el error de derecho para excusar el desconocimiento de una costumbre. Y si el sujeto es un profesional de determinada actividad no podría sostener que actuó con desconocimiento de los usos y prácticas del tráfico de que forma parte.

c) Excepciones al principio

Algunos autores propiciaron excepciones al principio. Así se ha sostenido que si el error de derecho importa afectación de la causa del negocio, éste se anula, pero no por el error sino por inexistencia o falsa causa. Algunos proyectos de reforma propiciaron dar algún ámbito a la invocación del error de derecho.

Pero el CCyC ha mantenido la solución tradicional. En los Fundamentos se propone "...mantener el principio básico del sistema que consiste en que la ley se presume conocida", pero habida cuenta la ostensible orientación de protección de las personas débiles, los Fundamentos siguen exponiendo el siguiente razonamiento: "Resta considerar la situación de los sectores vulnerables por su situación social, económica o cultural, en los que, muchas veces, resulta justificable eximirlos del conocimiento presuntivo de la ley supletoria. Sin embargo, la Comisión considera que una regla general de este tipo en el título preliminar podría tener una expansión muy amplia en su aplicación que podría deteriorar seriamente el presupuesto básico. Por otra parte, no se advierten casos que no puedan ser solucionados por medio de las diversas normas que existen en el sistema para la tutela de los vulnerables".

IV. ERROR DE HECHO

6. El error vicio. Condiciones y efectos

El error al que nos hemos de referir en los próximos párrafos es al error de hecho que la ley considera un vicio del acto voluntario y cuyo efecto es la nulidad del acto jurídico. El CCyC lo trata entre los arts. 265 y 270.

El error vicio debe ser:

— De hecho;

— Esencial;

— Reconocible por la otra parte.

7. Error de hecho

El error "de hecho" es el que recae sobre cualquier circunstancia del acto: las partes y ello comprende su identidad, capacidad, estado civil, etc.; el objeto: creo comprar un departamento en Mar del Plata y la contraparte ofrece en venta una casa en Miramar; o creo estar contratando en pesos y lo estoy haciendo en dólares; una cualidad de la cosa: pretendo comprar un fondo de comercio con habilitación para funcionar como farmacia pero tal habilitación está caduca, etc.

Excluye, como es obvio, al error de derecho.

8. Error esencial

a) Enumeración legal

El art. 267 enumera los supuestos de error esencial. Ellos son los que recaen sobre: *a) la naturaleza del acto; b) un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida; c) la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso; d) los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente; e) la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración.*

b) Error sobre la naturaleza del acto

Es clásico el ejemplo consistente en que alguien entrega una cosa a otro con una esquela en la que dice dársela, con lo cual el *accipiens* cree recibirla en donación, mientras que el *tradens*, en realidad, la entregó en préstamo.

Este tipo de error no sólo puede concurrir en el supuesto de actos jurídicos bilaterales como el referido, sino también en los actos jurídicos unilaterales.

Como síntesis del campo cubierto por este error, debe expresarse que como error de hecho se circunscribe a los supuestos de "disenso" (el ejemplo de comodato por compraventa), y al de error en la "declaración", como si se firmara un contrato de compraventa en vez del poder que se quería firmar.

c) Error sobre el objeto

El segundo caso de error esencial es el que recae sobre el objeto.

El código refiere algunos supuestos: que el error recaiga sobre un bien o un hecho diverso o de distinta especie; o sobre una calidad, extensión o suma diversa a la querida. En el primer caso se cree contratar sobre un determinado objeto, siendo que se lo hace sobre otro diferente; en el segundo caso, sobre una diversa especie, aunque sea por la misma cantidad.

En el supuesto de error sobre la individualidad del objeto (primer caso), la alegación del error presupone —además de diverso objeto— que éste resulte ineficiente para el fin tenido en cuenta por el adquirente, pues bien podría ocurrir que un diverso objeto también cumpla la función prevista, o incluso, lo haga mejor.

Sería diverso hecho, verbigracia, haberse comprometido a pintar, siendo que la otra parte comprendió que era enduir y pintar. Diverso hecho negativo sería haberse comprometido a no instalar un negocio dentro de cierto radio a contar desde el que se vendió, mientras que la otra parte entendía que la prohibición sólo alcanzaba a otro negocio en ese radio, pero del mismo rubro que el vendido.

Respecto del error sobre la cantidad, extensión o suma del objeto de que se trate, el yerro consiste en la medida o *quantum* del bien. Vale decir que no se trata de error de cálculo en la operación aritmética de sumar —que ahora el CCyC trata expresamente en el art. 268— sino de yerro en expresar la cantidad. Los tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la existencia de error en la cantidad o suma en casos en los que la diferencia es decimal (100 por 10; 81.000 en vez de 8100).

d) Error sobre la cualidad sustancial

La cualidad sustancial es aquella calidad sin la cual no se hubiese contratado.

A diferencia del error sobre la identidad del objeto, aquí la cosa es aquella que se había tenido presente, pero que no reúne una calidad esencial que se creía que tenía.

Durante la vigencia del Código de Vélez se consideró que existía error esencial sobre una cualidad determinante cuando la cosa inmueble vendida estaba sujeta a expropiación y que el tractor vendido tenía menor potencia que la prometida. Pero las cuestiones que se presentan no suelen ser tan claras.

Por lo que la doctrina ha debatido sobre cómo se aprecia la sustancialidad de la cualidad. Es con un parámetro subjetivo —lo que las partes quisieron como cualidad de la cosa— o con un parámetro objetivo, esto es que esa cualidad sería esencial para cualquier persona que contratare sobre ese objeto.

El CCyC parece haber adoptado un criterio objetivo, pues ha eliminado la frase del Código derogado que aludía a la cualidad de la cosa "que se ha tenido en mira". El criterio adoptado remite a "la apreciación común o las circunstancias del caso". Lo de la apreciación común acerca el módulo de determinación de la importancia de la cualidad a un parámetro evidentemente objetivo. La cosa debe valer —o no valer— de acuerdo a una apreciación general.

De modo que el candelabro no será de la cualidad sustancial si no es de oro sino de bronce; pero si se lo compró —lícitamente— por ser una antigüedad centenaria, es irrelevante que sea de oro o de bronce.

En este punto, la jurisprudencia francesa ha establecido que si la cualidad de la cosa sobre la cual recae el error no es objetivamente esencial, la víctima puede invocar el vicio de su consentimiento, pero en ese caso a ella le corresponde probar la importancia que le daba a esa cualidad.

Lo cierto es que el CCyC brinda pautas amplias en las que los jueces podrán ubicar los distintos casos que se presenten en la realidad.

e) Error sobre la causa

El CCyC ha adoptado una posición decididamente "causalista", lo cual significa que la causa es un elemento del negocio jurídico y que ella comprende los fines objetivos que el negocio debe satisfacer, cuanto los motivos individuales cuando han sido causalizados, expresa o tácitamente (art. 281).

Por lo tanto en materia de error vicio termina con un viejo debate que se desarrolló durante la vigencia del Código de Vélez, al disponer expresamente que es error esencial el que recae sobre "los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente". En otras palabras, es el error sobre la causa motivo.

f) Error sobre las personas

El CCyC transa también una *vexata quaestio*, esto es, cuál es error sobre la persona que se considera esencial. Lo hace definiendo que el error sobre la persona es esencial cuando ella fue determinante para la celebración del acto.

Encuentra su aplicación en todos los actos *intuitu personae*; verbigracia, si se encarga un cuadro a un determinado artista creyendo que era el homónimo famoso. O en los actos a título gratuito (donaciones, institución de herederos o de legatarios), toda vez que es en beneficio de una persona determinada que se quiere hacer la liberalidad y no en interés de cualquier otra, por más necesitada que esté o merecedora de ayuda que sea.

g) Error sobre las cualidades de la persona

Diferente a la situación anterior es el caso en que no se invoca la existencia de error sobre la persona, sino sobre sus cualidades. Es decir que se admite que se ha contratado con la persona indicada, pero se arguye que ésta no reúne las cualidades que se creía que tenía. En este caso quien pretenda la nulidad deberá demostrar que las cualidades que creía que tenía el otro sujeto fueron determinantes para que él otorgase el acto.

Entre las cualidades del sujeto que pueden tener relevancia están: su profesión, estado civil, su aptitud artística o técnica, etc.

El campo en que tiene aplicación esta noción es en el matrimonio. El art. 409 concretamente considera vicio de la voluntad en el matrimonio al error acerca de la persona del otro contrayente. Pero además de ello, el inc. b) del mismo art. 409 agrega como vicio del consentimiento a "*el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía*".

9. Error reconocible

El CCyC disponía que el error de hecho que anulaba el acto habría ser esencial y *excusable*.

Esa expresión ha sido suprimida del CCyC, y en su lugar el art. 265 dice: *Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad.*

La definición de error reconocible se encuentra en el art. 266 conforme al cual "*El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar*".

Se dice que el error es reconocible cuando el destinatario de la manifestación de voluntad, actuando con la normal diligencia, ha debido advertir el error en que incurría la contraparte (Benavente).

Esta exigencia aplica siempre que el error se invoque en actos bilaterales y unilaterales recepticios; dentro de estos últimos pueden mencionarse la renuncia (art. 944) o el reconocimiento de obligaciones (art. 733).

Bien entendido que como el error apunta a un defecto inicial, no podrá peticionarse la nulidad del matrimonio por las mutaciones que algún cónyuge crea poder advertir en el otro a lo largo del matrimonio. Pero la reconocibilidad no es recaudo del error invalidante en el matrimonio.

Sostiene Benavente que tampoco aplica a los actos a título gratuito; tal tesis no tiene respaldo en el texto, pues la donación —típico contrato gratuito— es un acto jurídico bilateral.

10. Error de cálculo

El CCyC ha incorporado un art. 268 conforme al cual el error de cálculo no da lugar a la nulidad del acto, sino sólo a su rectificación, excepto que sea determinante del consentimiento. Así se había resuelto durante la vigencia del Código Civil hoy derogado.

Pero también se anuló un contrato en el cual una de las partes entendió que el precio de la mercadería lo era por 100 unidades, cuando en realidad lo era por 10. Es que allí el error no era numérico, sino que recaía sobre un elemento esencial cual era el precio de la cosa.

11. Error en la declaración o de pluma

Hasta ahora hemos tratado los supuestos en los que el error se genera en el aspecto interno de la voluntad. Se cree algo erróneo y se declara lo que se cree. Estos casos se conocen como de "error propio".

En este apartado, habremos de analizar una situación diferente: se conoce algo ajustado a la realidad, pero se declara erróneamente. Es el denominado "error impropio", también conocido con el nombre del epígrafe, y que puede concurrir tanto en los actos unilaterales como en los bilaterales.

Al error en la declaración se llega por vía de diversas circunstancias atribuibles al mismo dueño del negocio jurídico o de terceros.

Proviene del mismo sujeto cuando emite una declaración que contiene el yerro, en cuyo caso la voluntad interna se encuentra desvirtuada en su manifestación externa. O cuando, en una subasta levanta la mano para saludar a un amigo, lo que es interpretado por el rematador como que está haciendo una oferta. En este segundo ejemplo, directamente no hay voluntad interna.

Por fin, el yerro puede originarse en un tercero encargado de transmitir la declaración de voluntad del sujeto dueño del negocio jurídico, quien la desvirtúa.

El CCyC contiene una norma que alude expresamente a esta hipótesis. Es el art. 270 que dispone: *Las disposiciones de los artículos de este Capítulo son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión.* De donde el error ha de ser esencial y reconocible.

12. El error accidental

Como contrapartida del error esencial, el accidental es el que recae sobre un elemento accesorio del acto o que aun recayendo en un elemento esencial no ha sido determinante para el otorgamiento del acto. Se trata del error denominado también "indiferente" porque su concurrencia no afecta la validez del acto.

Supuestos de error sobre una calidad —o cualidad— accidental de la cosa (aunque haya sido el motivo determinante del acto) son:

— la incorrecta denominación que las partes hayan hecho del acto o contrato que celebraron, siempre que lo realmente celebrado concuerde con lo querido, ya que el *nomen juris* no hace a la esencia del acto;

— cuando existe error sobre la persona, objeto del contrato o calidad accidental de la cosa si la diferencia entre lo creído y lo real es indiferente a la parte;

— cuando hay diferencia en el nombre o apellido de la persona con quien se contrató, siempre que sea ella con quien se quiso contratar aunque en definitiva se llame de otra manera;

— cuando se incurre en error similar sobre el nombre o descripción de la cosa, siempre que haya sido en definitiva sobre la que se quiso contratar;

— cuando el yerro recae en el valor de la cosa;

— cuando el error es de cálculo, por ser rectificable.

Se ha considerado error accidental el que recaía sobre las medidas de un terreno, teniendo en cuenta que la diferencia no superaba el 5%, y el que se refería a las rentas que se podían obtener del inmueble adquirido.

13. Subsanación del error. Subsistencia del acto

Con buen criterio el CCyC incluye una norma que persiguiendo la subsistencia del acto jurídico, el art. 269 dispone: "*La parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad del acto, si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrar*". Es obvio que la aceptación por la contraparte de la existencia del error y su voluntad de cumplir como pretende el que incurrió en ese error, priva de toda razón de ser a una acción de nulidad.

14. Consecuencias del error

a) Respecto de la validez del acto

El error es una causa de privación de la voluntad. Por lo tanto los actos jurídicos otorgados con error que reúna las condiciones ya estudiadas (arts. 265 a 267), son susceptibles de ser declarados de nulidad relativa.

b) Respecto de la responsabilidad civil

Se ha debatido si el error de hecho podría excusar la responsabilidad del autor de un daño no justificado.

De acuerdo a las previsiones del CCyC la acción es antijurídica siempre que causa un daño no justificado (art. 1717); las causas de justificación son el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad (art. 1718), por lo que el error no justifica.

Por lo demás, normalmente el error es de por sí una confesión de culpa —negligencia, imprudencia, impericia— por lo que tampoco excluye el factor de atribución.

Excepcionalmente puede encontrarse un caso de irresponsabilidad en el caso de quien hace circular un billete falso sin saber que lo es (Lorenzetti).

V. DOLO

Comenzamos ahora a tratar el segundo de los vicios de la voluntad, esto es, el dolo, cuya regulación se encuentra entre los arts. 931 y 935 del Código Civil.

15. Distintas acepciones de la palabra dolo

La palabra dolo tiene, en derecho privado, varios contenidos distintos, que es necesario distinguir con claridad.

— en primer lugar, dolo es uno de los factores subjetivos de atribución de la responsabilidad civil;

— también se alude a la inejecución dolosa de la obligación, que acaece cuando el deudor no cumple, pese a encontrarse en condiciones de hacerlo;

— finalmente, el dolo es vicio de los actos voluntarios, conforme a lo previsto en los arts. 271 y ss., que examinamos seguidamente.

16. Definición legal del dolo vicio

a) Acción y omisión dolosa

El art. 271 dice: "*Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación*".

b) Fuente

La primera parte de la definición transcripta proviene del art. 931 del Código de Vélez, quien la había tomado del jurista romano Labeon y está incluida en el *Digesto,* conforme a lo que se señala en la misma nota al art. 931 del código derogado. Ha hecho bien la comisión en mantener un texto que la doctrina, la jurisprudencia y la práctica tenían internalizado.

Cabe señalar que al texto original se ha agregado la "omisión dolosa" que estaba en el art. 933, con lo cual el CCyC conserva íntegramente el patrimonio elaborado durante la vigencia del Código de 1869.

17. Examen de las acciones dolosas

La ley habla de la aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, agregando empleo de artificio, astucia, maquinación.

El dolo consiste entonces en inducir a la otra parte a error, para lo cual se ha de emplear una maniobra, una argucia, una astucia, que puede consistir en afirmar lo que es falso (el cuadro es un auténtico Rubens), disimular lo verdadero (el automóvil que vendo tiene el motor fundido, pero para que el comprador no lo advierta utilizo algún lubricante especial); o ambas cosas a la vez (afirmo que el automóvil tiene pocos kilómetros recorridos, para lo cual he adulterado el cuentakilómetros, con lo que a la vez disimulo la verdad del kilometraje).

En suma, el art. 271 comprende toda clase de falsedades o engaños, cualquiera sea la forma en que se presenten, expresando claramente la idea característica del dolo: que se trate de maniobras

deshonestas empleadas con el propósito de inducir a error o engaño. Por ello se dice que el dolo es error provocado.

18. Omisión dolosa

En los ejemplos dados hay un hecho positivo, que se denomina acción dolosa; pero como vimos el CCyC comprende también a las omisiones. Es que la buena fe precontractual exige, como regla, dar la información relevante acerca del objeto contractual.

Esto es muy claro en materia de contratos al consumidor, donde tal deber está legalmente impuesto.

Pero no es tan claro como funciona en materia de contratos paritarios, o sea entre partes que no tienen una relación de profesional a consumidor y que pueden tener una capacidad de negociación y de comprensión de los alcances del negocio relativamente equivalente.

La literatura y la jurisprudencia universales dan múltiples ejemplos que vienen desde la antigüedad, pues Cicerón se preguntaba si era moralmente exigible que el capitán del primer barco que arribara a una isla en la que había una hambruna anunciara que después de él habían zarpado otros barcos con alimentos.

Así, en una obra clásica del derecho anglosajón, se alude al caso de la venta de una casa afectada por la presencia de termitas; el vendedor había hecho ciertos arreglos para evitar que el posible comprador advirtiera la presencia de termitas y naturalmente omitió dar esta información al interesado. Es obvio que en este caso el vendedor actuó deshonestamente y el contrato debe ser anulado. En nuestro sistema de derecho civil diríamos que el enajenante incurrió claramente en dolo (por acción al tapar los agujeros y por omisión al no decir nada sobre la plaga al posible comprador).

Pero otros casos no son tan sencillos: el mismo Fried pone el siguiente caso: "Una empresa petrolera ha hecho extensos cateos geológicos buscando identificar posibles reservas de petróleo y gas. Éstos son en extremo caros. Habiendo identificado un sitio promisorio, la empresa petrolera (actuando a través de un corredor) compra una gran porción de terreno a su propietario, un próspero agricultor, sin revelar nada de sus investigaciones, sus propósitos ni su identidad. El precio pagado es el de mercado para tierras de esa calidad en la región".

El asunto es en extremo complejo: la empresa petrolera gastó para conocer, no engañó al propietario presentándose como dice Fried "vestido con delantal y chupando una pajita" sino que lo hizo a través de un corredor que actuaba para un comprador no identificado.

Otros ejemplos surgen de la jurisprudencia francesa y se relacionan con obras de arte: ¿incurre en omisión dolosa el experto en arte que descubre en un mercado de pulgas o en la casa de una viuda, una obra de un pintor consagrado?

Las cuestiones que se plantean en estas hipótesis son sumamente complejas pues en principio no hay un deber de remover toda ignorancia de la otra parte, pero sin duda esa ignorancia ha podido mejorar el negocio para el comprador en ambas hipótesis que hemos planteado. De allí que quizás la cuestión pudiera quedar subsumida en el vicio de lesión antes que en el dolo, pues aprovechando esa ignorancia se ha obtenido una ventaja desproporcionada.

El estudio pormenorizado de estos casos corresponde al curso de Contratos.

19. Finalidad del dolo

Resulta claramente expuesto en la definición del art. 271, que la acción u omisión dolosa tiene por finalidad *conseguir la celebración del acto*; en otras palabras, que el destinatario del engaño, a causa del mismo, otorgue un negocio jurídico o realice un acto —aparentemente— voluntario.

20. Clasificaciones del dolo

a) Dolo directo e indirecto

El directo es el causado por una de las partes del negocio por sí o por intermedio de su dependiente o representante; el indirecto es el dolo causado por un tercero ajeno a la relación jurídica.

Como veremos más adelante, el dolo del tercero también produce el efecto de anular el acto; y engendra la responsabilidad por daños y perjuicios.

b) Dolo esencial y dolo incidental

Es la principal distinción a realizar, pues el primero es el que reúne las condiciones necesarias como para anular el acto (art. 272). El segundo en cambio, es insuficiente para invalidar el negocio jurídico, pero puede comprometer la responsabilidad del agente por daños y perjuicios (art. 275).

La diferencia entre uno y otro radica, sustancialmente, en la circunstancia de que el dolo esencial es causa de la celebración del negocio, o en otras palabras, es determinante del consentimiento de la víctima, del engañado. En cambio, el dolo incidental no es determinante del consentimiento (art. 273).

21. Dolo esencial. Condiciones que debe reunir

a) Texto legal

El art. 272 establece que: "*El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes*".

b) Dolo grave

El dolo es grave cuando se trata de una maniobra, una maquinación, que hace que la contraparte no pueda evitar ser engañada, pese a su diligencia normal en la conclusión del negocio.

Por ello no quedan comprendidas las exageraciones habituales de la calidad de una cosa, la simple jactancia de sus virtudes, lo que se ha dado en llamar la picardía lícita.

c) Dolo determinante

El dolo es determinante de la voluntad cuando el sujeto ha actuado, ha concluido el negocio, inducido por el dolo en que incurrió la otra parte. Si no hubiera mediado tal engaño provocado, no hubiera contratado.

d) Que cause un daño importante

Si el dolo no causa un daño que resulte significativo desde el punto de vista económico, no existe posibilidad de anular el negocio jurídico o el acto voluntario de que se trate.

Aplicando este criterio, se ha dicho que no corresponde anular una venta por la sola comprobación de una diferencia insignificante de superficie en el inmueble objeto de la misma.

e) Que no sea recíproco

El fundamento de esta solución radica en la regla *nemo auditur quod propiam turpitudinem alegans*; es decir, que el tribunal no ha de atender a quien ha actuado torpemente (incorrectamente).

22. Dolo proveniente de un tercero

El CCyC equipara el dolo del tercero al dolo de las partes, al disponer el art. 274 que "*El autor del dolo esencial y del dolo incidental puede ser una de las partes del acto o un tercero*". En cuanto a la responsabilidad por daños y perjuicios, la asume el tercero autor del dolo, y solidariamente la parte sabedora del dolo (art. 275).

23. Efectos del dolo principal

El dolo principal produce dos efectos fundamentales:

— habilita a la víctima para demandar la nulidad del acto viciado, por acción o por excepción; la nulidad es relativa y, por ende, confirmable el negocio;

— legitima a la víctima para demandar la reparación de los daños y perjuicios sufridos, materia que se rige por las reglas ordinarias de la responsabilidad civil; la acción indemnizatoria puede acumularse a la acción de nulidad, o ser ejercida de manera independiente. De modo que quien ha sufrido el dolo puede optar por mantener el acto y demandar sólo la reparación de los daños y perjuicios.

24. Dolo incidental

a) Concepto

Ya hemos dicho que según el art. 273 el dolo incidental es el que no es determinante de la voluntad de la víctima. De allí que no dé lugar a la anulación del acto, aunque sí causa la obligación de reparar daños y perjuicios.

b) Recaudos que debe reunir el dolo incidental

Obviamente el dolo incidental no debe ser determinante del consentimiento, pues ello es la característica tipificadora del dolo principal; ni ha de causar un daño importante.

En cambio, sí es necesario que no haya habido dolo por ambas partes, pues rige el mismo fundamento antes expuesto.

La cuestión reside en determinar si el dolo incidental requiere o no la gravedad de la maniobra, maquinación, astucia, de que se trate.

La tesis afirmativa fue sostenida por Salvat, para quien una maniobra burda no daría lugar, siquiera, a la acción de daños y perjuicios que emana del dolo incidental.

Pero esta opinión ha quedado virtualmente aislada; así López Olaciregui apunta que si la maniobra, aunque burda, fue dirigida a causar un daño, que efectivamente se produjo, éste debe ser necesariamente reparado (conf. Llambías, Cifuentes).

De donde, los únicos requisitos para la procedencia de la acción emanada del dolo incidental son que haya existido tal dolo —aunque no fuere grave ni menos aún que haya sido determinante—, que haya provocado un daño —aunque no fuere importante— y que no haya mediado dolo de ambas partes.

25. Prueba del dolo

La carga de la prueba recae sobre quien lo invoca como sustento de una acción o excepción de nulidad, o de una acción de daños y perjuicios.

Para ello puede utilizarse cualquier medio de prueba, incluso las presunciones.

VI. VIOLENCIA

26. Formas de coerción comprendidas

El vicio al que el CCyC denomina "Violencia" en el título del Capítulo 4 del Título IV del Libro Primero comprende la fuerza irresistible y las amenazas.

Así lo precisa el art. 276 bajo el epígrafe "Fuerza e intimidación", con el siguiente texto: "La fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso".

De modo que quedan incluidos en este vicio:

— la violencia física, que consiste en el empleo de fuerza física irresistible en la persona que otorga el acto. Por ejemplo, cuando se lleva la mano a alguien para que firme;

— la coerción o intimidación.

27. Requisitos que debe reunir las amenazas

El art. 276 requiere que existan amenazas que generen el temor de sufrir un mal inminente y grave que no se pueda contrarrestar o evitar y que recaiga en la persona o bienes de la parte o de un tercero. Vamos a ver estos recaudos separadamente.

a) Amenazas

El Diccionario de la Real Academia define el verbo amenazar como "Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien" y amenaza como "Delito consistente en intimidar a alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave para él o su familia".

Es en este sentido que el CCyC alude a amenaza pues justamente ella debe provocar el temor de sufrir un mal inminente y grave.

Cabe apuntar que el CCyC ha eliminado la calificación de "injustas" que añadía el Código de Vélez. De todos modos la amenaza con el ejercicio de un derecho no encaja en la previsión del art. 276; de modo que si el acreedor anuncia el inicio de una acción judicial el deudor no podría invocar la existencia de un vicio de violencia que afecte el pago que él ha realizado para evitar tal acción.

Pero la doctrina ha señalado desde antiguo, que la amenaza es justa siempre que el derecho de que se trata se ejercite regularmente. Así, el acto sería anulable por violencia si el deudor, compelido por las amenazas de acciones judiciales, se ve obligado a aceptar intereses usurarios o reconoce deber una suma mayor de la realmente debida.

b) Mal inminente y grave

La inminencia importa que el sujeto está expuesto a sufrir un perjuicio en un lapso relativamente próximo, de modo que no pueda recurrir al auxilio de la autoridad antes de que él acaezca efectivamente.

De todos modos, el requisito de la inminencia es relativo. En ciertas oportunidades, la amenaza recae sobre cuestiones que el sujeto víctima no quiere revelar, y por ello, se encuentra impedido de recurrir a la autoridad, y no por falta de tiempo (v.gr., si se amenaza a alguien con dar a publicidad hechos que pueden afectar su reputación). Del mismo modo hay ciertas situaciones en que el mismo temor producido por la amenaza, obsta a que el sujeto concurra a la autoridad.

De modo que en realidad, sólo queda excluido el peligro lejano o remoto, el meramente eventual, el que carece de posibilidades serias de que se traduzca en un mal concreto.

Además ha de tratarse de un mal futuro.

c) Apreciación de la gravedad de la amenaza

Es relativo el recaudo de la gravedad del daño, pues lo que puede ser importante para uno, puede no serlo para otro. Por eso, el art. 276 último párrafo dispone que: *"La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso"*.

Con ello se ha optado por una valoración subjetiva de la violencia (por ende, distinta que en el dolo), en la que debe tomarse en consideración la condición personal de quien sufre la amenaza, pues se entiende que la agresión física o la coacción moral incluso, pueden verbigracia afectar mucho más a una persona anciana y enferma que a un hombre joven y sano.

d) En la persona o bienes

La expresión legal debe entenderse que comprende las amenazas de privación de la vida o la salud, de secuestros, de difusión de hechos que pueden afectar el honor de la persona o su familia y la destrucción de bienes.

Conforme al texto del art. 276 la amenaza puede referirse a quien dio su consentimiento —viciado— al acto cuanto a un tercero, esto es, su cónyuge, ascendientes o descendientes, amigos, etc. También podría ser un extraño si se prueba que ello ha sido determinante del consentimiento.

f) Ser determinante del consentimiento

Como en el dolo, y aunque aquí la ley no lo diga expresamente, la violencia debe haber sido la causa determinante del otorgamiento del acto cuya anulación se persigue.

28. Efectos del vicio violencia

Como en los demás vicios de la voluntad, la sanción es la nulidad relativa del acto (art. 388).

Se engendra también una acción de responsabilidad por daños y perjuicios, que es independiente de la acción de nulidad (art. 278). Se aplican aquí las mismas reglas que hemos examinado al tratar el vicio de dolo.

Pero si la violencia no reúne todos los recaudos examinados en el número anterior, no procede la acción de nulidad, pero sí la de daños y perjuicios. Se trata de la violencia incidental que sigue el mismo régimen que el dolo incidental.

29. Violencia ejercida por un tercero

La violencia ejercida por un tercero tiene los mismos efectos que la empleada por uno de los que ha participado en el acto (art. 277).

De modo que produce la nulidad relativa del acto, así como causa la acción de responsabilidad por daños y perjuicios. La parte del acto sabedora de la violencia que lo vicia es responsable solidaria con el autor de la violencia.

30. Temor reverencial

Es el que se tiene respecto de aquellas personas sobre las cuales se está en una relación de respeto o sumisión (el hijo respecto del padre, la esposa del esposo, el dependiente del principal).

El Código de Vélez vedaba su invocación para nulificar los actos voluntarios. La disposición del art. 940 del Código de 1869 no ha sido reproducida, pero ello no significa ningún cambio. La sola relación de respeto o sumisión no causa la nulidad del acto. Pero si existe una verdadera coerción, es claro que el acto podrá anularse, aunque esa violencia o intimidación provenga del padre, del esposo o del principal.

VII. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE NULIDAD POR VICIOS DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS

31. Texto legal

El art. 2562 dispone que el plazo de prescripción de las acciones de nulidad relativa es de dos años; y se cuenta desde que cesó la violencia o el error o el dolo se conocieron o pudieron ser conocidos (art. 2563, inc. a).

Lo dicho pone en juego el problema de la carga de la prueba; esto es, quién debe probar que la violencia hubo cesado o que el sujeto conoció (o no) o debió conocer el error o el dolo que afectaban su voluntad.

Según la tesis doctrinaria predominante, la carga de la prueba de los extremos a que nos venimos refiriendo corre a cargo del demandado por nulidad que invoca la prescripción liberatoria.

Según un criterio generalizado, la excepción de nulidad es imprescriptible.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

BORDA, Guillermo A., *Error de hecho y de derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 1950; PIETROBON, Vittorino, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. de Mariano Alonso Pérez, Madrid, 1971.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

CERUTTI, María del Carmen, "Error como vicio de la voluntad en el Código Civil y Comercial de la Nación", JA 2015/09/09-3; JA 2015-III; FRIED, Charles, *Contract as Promise. A theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, Cambridge, 1981; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "El error de derecho en el derecho civil contemporáneo y en el Código Civil argentino", Boletín de la Facultad de Derecho, año XXV, p. 144.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CNCiv., sala A, 20/8/1974, ED 58-327.

CAPÍTULO XXVI

LESIÓN

I. CONCEPTOS INTRODUCTORIOS

1. Concepto preliminar. Antecedentes

El concepto amplio de lesión, es decir, el que incluye sus diversos tipos, puede expresarse diciendo que es el daño en un contrato a título oneroso que deriva del hecho de no recibir el equivalente de lo que se da.

El origen de la institución se encuentra en el derecho romano; en efecto: en la etapa del Imperio se reconoció a quien hubiera vendido por un valor inferior a la mitad del precio real, la posibilidad de rescindir la venta o bien, a elección del comprador, de percibir la diferencia con el precio justo. Subsiste en la etapa de los glosadores y post glosadores quienes introducen la idea de que en tales contratos ha de haber mediado un fraude. Pero la recepción más relevante se hace en el derecho canónico como medio de lucha contra la usura. Los códigos del siglo XIX la rechazan completamente —como el Código Civil argentino de 1869— o la admiten de manera muy limitada.

Durante el siglo XX se adoptaron, por parte de algunos códigos, como el suizo y el alemán, fórmulas "objetivo-subjetivas" que encuentran sus antecedentes en las legislaciones penales de estos países.

Así, en el art. 138 del Código Civil alemán se dispone la anulación de todo acto jurídico, por el cual alguien, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otros, obtiene para él o para un tercero que, a cambio de una prestación, le prometan o le entreguen ventajas patrimoniales que excedan de tal forma el valor de la prestación que,

teniendo en cuenta las circunstancias, exista una desproporción chocante con ella.

Un texto semejante aparece en el art. 21 del Código suizo de las Obligaciones, pero existe entre ambos una notable diferencia. El Código Civil alemán incluye al negocio lesivo entre los contrarios a la moral y las buenas costumbres, por lo que lo fulmina con la nulidad absoluta. En cambio, para el derecho suizo se trata de un acto de nulidad relativa, por ende, confirmable, y la acción de nulidad prescribe al año desde la celebración del acto.

Esta concepción es la que se ha plasmado en numerosos códigos posteriores.

2. Distintas especies

De la misma descripción de los antecedentes que venimos de hacer, surge que la legislación reconoce dos especies de "lesión", la objetiva y la "objetiva-subjetiva".

a) Lesión objetiva

Llamamos lesión objetiva al vicio del acto jurídico que se expresa a través de la mera inequivalencia entre lo que se da y lo que se recibe.

Dentro de esta teoría objetiva, algunas legislaciones consideraron procedente la nulidad por causa de lesión ante la sola falta de equivalencia, mientras que otras requieren que esa desigualdad supere ciertos grados, verbigracia, "más de la mitad del justo precio".

b) Lesión objetivo-subjetiva

La lesión objetiva se vio superada por la aparición de fórmulas que incorporaron a la mera desproporción, elementos subjetivos, caracterizados como un estado de inferioridad de la víctima del acto lesivo y como el aprovechamiento de ese estado por el sujeto beneficiario del acto viciado.

Así podemos conceptualizar a la lesión objetiva-subjetiva como el defecto del acto jurídico consistente en una desproporción injustificada de las prestaciones, originada en el aprovechamiento por una de las partes del estado de inferioridad de la otra.

Por una mera comodidad del lenguaje, esto es lo que se conoce simplemente por "lesión subjetiva".

3. Naturaleza jurídica

La caracterización de la lesión ha dado lugar a múltiples opiniones. Así se la ha calificado de acto ilícito, acto abusivo, vicio de la voluntad. Lo cierto es que en el derecho argentino es tratada como vicio de los actos jurídicos (art. 332) fundado en un defecto de la buena fe-lealtad.

4. Diferencias con otras figuras

a) Teoría de la imprevisión

La diferencia básica entre la lesión y la teoría de la imprevisión (art. 1091) radica en que ésta se aplica a los actos que originariamente contenían prestaciones equivalentes, pero circunstancias sobrevinientes, imprevisibles y extraordinarias convierten en excesivamente oneroso para una de las partes el cumplimiento de las prestaciones. En cambio, en la lesión el defecto está presente desde el mismo momento de la celebración y debe subsistir al tiempo de la demanda, según reza el art. 332. Además la lesión contiene elementos subjetivos: estado de inferioridad y explotación, que no aparecen en la imprevisión.

b) Enriquecimiento sin causa

El enriquecimiento sin causa se produce cuando existe beneficio de una parte con relación a otra que se empobrece, y no hay justificación para esta circunstancia; no son necesarios los elementos subjetivos que son esenciales para la producción del acto lesivo.

Además, la lesión sólo se presenta en actos jurídicos bilaterales onerosos; el enriquecimiento sin causa puede darse en cualquier hecho o acto jurídico, bilateral o unilateral.

c) Estado de necesidad

El estado de necesidad es una causal excluyente de la antijuridicidad (art. 1718, inc. c).

Las diferencias que lo separan de la lesión son evidentes; mientras que el que actúa en estado de necesidad no sufre ningún daño, sino que es quien lo causa, en la lesión es la propia persona necesitada quien sufre las consecuencias. Además la lesión siempre se produce en actos jurídicos bilaterales; en cambio, el hecho necesario generalmente es unilateral. De allí que el CCyC correctamente trata al estado de necesidad como una causal de exclusión de la antijuridicidad de una conducta, pero no como un vicio de los actos jurídicos.

II. LA LESIÓN EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

5. El Código Civil de 1869

Vélez repudió la lesión como vicio de los negocios jurídicos. La nota ubicada al final del Título I, de la Sección II, del Libro II del Código, conocida comúnmente como nota al art. 943, está destinada a justificar la no inclusión de la lesión como vicio de los actos jurídicos. Allí Vélez concluía con una afirmación que explicitaba su pensamiento: "Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos".

Ello no impidió que la doctrina y en particular la jurisprudencia anularan contratos en los que se evidenciaba la explotación de una parte por la otra, generalmente sobre la base del art. 953 que establecía que el objeto de los actos jurídicos debía ser conforme a la moral y las buenas costumbres.

Entre estos casos merece destacarse la anulación de una enajenación de un inmueble por un valor muy inferior al real, ponderando el tribunal que los enajenantes eran "gente paisana y sin ilustración", lo que evidencia la incidencia del elemento subjetivo de la víctima.

Algunos de los proyectos de reforma y los congresos de derecho civil recomendaron la incorporación de la figura, lo que se concretó con la ley 17.711 que incorporó el art. 954, el que hoy se conserva casi idéntico en el art. 332 del CCyC.

6. Texto legal

El art. 332 dispone: "*Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción*".

7. Fuente

El art. 332 vigente reconoce como fuente al art. 954 del Código Civil derogado, precepto que —como se adelantó— fue incorporado por la ley 17.711 en 1968. Esta norma, a su vez, se inspiró en la recomendación n. 14 del III Congreso de Derecho Civil de 1961.

8. Actos a los que se aplica

El art. 332 expresa que podrán anularse o modificarse por el vicio de lesión "los actos jurídicos", bilaterales y onerosos.

Nos parece claro que la lesión no puede estar presente en los actos unilaterales, pues no habría como encontrar la explotación del beneficiario del acto lesivo. Más complejo resulta determinar si los contratos aleatorios pueden ser alcanzados por la institución. En principio, el *alea* excluye la lesión, pues la desproporción sería consecuencia de aquélla. Sin embargo entendemos que la lesión es invocable ante un contrato aleatorio cuando la desproporción resulta ajena al *alea* propia del contrato; y por supuesto, medien los elementos subjetivos de la víctima y del beneficiario del negocio viciado.

III. EL ART. 332 DEL CÓDIGO CIVIL. ELEMENTOS DEL ACTO LESIVO

9. Introducción

La lesión tal cual se encuentra regulada por el art. 332 cuenta con tres elementos: dos de carácter subjetivo, correspondiendo uno de ellos a cada una de las partes del acto; es decir, un elemento subjetivo del lesionante, consistente en la explotación o aprovechamiento de la situación de inferioridad de la contraparte, y un elemento subjetivo de la víctima precisado a través de la necesidad, ligereza o inexperiencia. El tercer elemento es objetivo, y consiste en la evidente e injustificada desproporción de las prestaciones.

La distinción entre los dos elementos subjetivos tiene sustancial importancia para otorgarle su recto alcance a la presunción de aprovechamiento que consagra el segundo párrafo del art. 332, al poner a cargo de quien invoca la lesión, la prueba del estado de inferioridad.

Seguidamente, pasamos a analizar cada uno de los tres elementos.

10. El elemento objetivo

a) Concepto

El elemento objetivo del acto consiste en la existencia de una "ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación".

Es decir que la verificación del elemento objetivo supone: que haya desproporción entre las contraprestaciones; que ella sea "evidente"; que no tenga justificación.

Existen otras dos referencias a este elemento. El segundo párrafo del art. 332 autoriza a presumir que existe el aprovechamiento o explotación cuando medie "notable desproporción de las prestaciones"; y el párrafo tercero dispone que los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda.

Desproporción evidente quiere significar tanto cuanto manifiesta, perceptible, indudable, incuestionable. Debe ser de grado tal que no deje la menor duda sobre su existencia, porque siendo la lesión una excepción a la regla de que los contratos se celebran para ser cumplidos, es de interpretación restrictiva.

Los tribunales han dicho que debe tratarse de una ventaja patrimonial que excede toda medida de lo que habitualmente ocurre en los negocios, que no tiene relación con las oscilaciones del mercado, con las contingencias ordinarias de las transacciones, y que cobra un volumen que inquieta a cualquier observador desprevenido; que la notable desproporción debe entenderse como grosero desequilibrio entre las prestaciones, suficiente para revelar la absurda explotación a que se refiere la ley; debe ser tan chocante que hiera los sentimientos de moralidad y equidad de que se nutre la norma.

Finalmente, la ley exige que esa ventaja patrimonial no tenga justificación. Esto es falta de causa suficiente que explique satisfactoriamente la desproporción de las prestaciones. Sería justificada si la parte que recibe menos de lo que da quiere beneficiar a la otra, prestarle de algún modo un servicio, etc.

b) Momentos en que debe existir y subsistir

La desproporción debe existir en el momento de la celebración del acto y subsistir al tiempo de la demanda.

El primer requisito no requiere mayor explicación, ya que de no exigirse se configuraría otra situación, como es la desproporción sobreviniente contemplada por el art. 1198 que regula el instituto de la imprevisión.

En relación con el segundo recaudo —subsistencia de la desproporción al tiempo de la demanda— se justifica porque si por alguna causa extraña al acto, el objeto del mismo se hubiera valorizado, resultaría ilógico permitir la acción.

11. El elemento subjetivo de la víctima

El art. 332 se refiere a la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la víctima del acto lesivo.

Se ha discutido —bajo la vigencia del Código derogado— el carácter enunciativo o taxativo de esta enumeración. Entre los que afirman el carácter enunciativo de la enumeración se encuentra Borda, quien expresa que lo esencial es el aprovechamiento de la inferioridad cualquiera sea su causa, debiendo incluirse el aprovechamiento de

la debilidad mental, la toxicomanía, la ebriedad consuetudinaria, la prodigalidad.

El nuevo CCyC no ha dilucidado la cuestión. De todos modos podría llegar a considerarse que los ejemplos a que hemos hecho mención quedan comprendidos en la "debilidad síquica".

a) Necesidad

El primero de los estados subjetivos de la víctima, que establece el art. 332, es la "necesidad".

La Real Academia de la Lengua define a la necesidad como escasez, pobreza, penuria, indigencia, miseria; falta o carencia de las cosas, principalmente hablando de lo que es preciso para la vida; falta continuada de alimentos que hace desfallecer, peligro que se padece y en que se necesita pronto auxilio.

Normalmente la situación de necesidad será de carácter económico, aunque nada impide que pueda considerarse que hay necesidad cuando se contrata estando en peligro la vida, la salud, el honor y la libertad.

Las personas jurídicas pueden hallarse en una situación de necesidad y también los comerciantes, aunque en este caso la necesidad se refiere a la falta de elementos indispensables para la vida del comercio, pero no al dinero que se precise para ampliaciones o nuevas especulaciones. En cambio, por regla general, debe predicarse que los comerciantes no pueden invocar ligereza ni inexperiencia.

b) Debilidad síquica

El sustituido art. 954 aludía a la ligereza. Esa expresión ha sido reemplazada por "debilidad síquica".

Se pretende justificar la reforma en que la doctrina había entendido que la ligereza remitía a la situación de los inhabilitados (art. 152 bis del Código derogado), esto es los disminuidos en sus facultades, ebrios consuetudinarios, toxicómanos, pródigos. Al haberse modificado sustancialmente el régimen de la capacidad y en particular el de los inhabilitados, era necesario sustituir tal expresión por otra abarcativa.

Los sujetos comprendidos son aquellos que se encuentran en "una situación patológica de debilidad mental".

c) Inexperiencia

La doctrina judicial afirmó que inexperiencia quiere significar "la falta de conocimientos que se adquieren con el uso y la práctica".

Por ello, en esta línea se ha sostenido que esa situación de inferioridad se verifica, generalmente, en actos realizados por personas de escasa cultura o de corta edad.

Un caso claro de inexperiencia, aunque resuelto antes de la vigencia del mismo art. 954, es el caso Varela ya citado, en el que se anuló la venta hecha por precio irrisorio por personas paisanas y de escasa ilustración.

Se ha descartado la inexperiencia invocada por comerciantes, abogados, sociedades anónimas; y se ha calificado como inverosímil la posibilidad de que el Estado nacional invoque la lesión, pues los presupuestos de ligereza, necesidad o inexperiencia del afectado son extremos realmente impensables en él.

d) Otros estados subjetivos no contemplados en la norma. Proyecto de 1998

El Proyecto de 1998 proponía ampliar considerablemente la enunciación de los estados subjetivos de la víctima del acto lesivo, pues se contemplaba la avanzada edad, el sometimiento del sujeto al poder del beneficiario del acto lesivo, la condición social, económica o cultural. Esta enunciación encontraba antecedentes en legislaciones vigentes o proyectadas contemporáneas al Proyecto, así como en las soluciones aludidas en el *Restatement of Contracts* de los EE.UU.

Lamentablemente el CCyC no reprodujo ese precepto que contenía el Proyecto de 1998, aunque se afirma que quedarían comprendidos en la idea de "debilidad síquica" (Lorenzetti), lo que nos parece difícil de sostener al no encontrarse específicamente detallados los supuestos omitidos.

12. Elemento subjetivo del lesionante

Consiste en el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se halla la víctima del acto lesivo.

No es suficiente, como sostienen algunos autores, el solo conocimiento de la existencia de la necesidad, ligereza o inexperiencia en el sujeto pasivo. Es necesario que a partir del conocimiento de ese estado, se pretenda obtener un beneficio desproporcionado.

IV. EL ART. 332 DEL CCYC. PRUEBA DE LA LESIÓN

13. Prueba del elemento objetivo

La prueba del elemento objetivo es esencial para que prospere la acción de revisión fundada en la lesión. La jurisprudencia ha señalado la inconducencia de la merituación de la prueba de los elementos subjetivos si no se encuentra probada la inequivalencia de las prestaciones.

Nuestros tribunales, en cuanto a la valoración de la prueba del elemento objetivo, han sostenido reiteradamente que no es necesario que la desproporción alcance una dimensión matemáticamente determinada, sino que, por el contrario, habrán de ponderarse las circunstancias del caso y los factores subjetivos de la víctima.

14. La presunción del aprovechamiento y la prueba del elemento subjetivo de la víctima. Distintos criterios

Diversas cuestiones ha planteado la interpretación de la presunción contenida en el párrafo segundo del art. 332.

Una parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria consideran que a la parte perjudicada por el acto lesivo le basta con probar la desproporción "notable" para que se presuma tanto la existencia de la explotación cuanto la situación de inferioridad. De modo que ante la prueba de la desproporción es el demandado quien debe probar algo que la justifique.

Nosotros hemos criticado esta opinión, afirmando que quien pretenda lograr la anulación o el reajuste de un acto que dice lesivo, deberá acreditar dos elementos, a saber:

— desproporción entre las prestaciones;

— estado de inferioridad.

Probados estos dos extremos la ley presume *juris tantum* la existencia de la explotación, lo que aparece como razonable desde que el legislador parte de que es propio de los contratos bilaterales y onerosos la equivalencia de las prestaciones. Es que la prueba del estado de inferioridad sea esencial, pues pone en duda la igualdad de las partes en el debate del precio, y permite sí, presumir que la otra parte se ha aprovechado de la inferioridad.

No olvidemos, por último, que la lesión es una figura que juega en casos excepcionales, pues la regla sigue siendo que los contratos se hacen para ser cumplidos.

V. EL ART. 332 DEL CÓDIGO CIVIL. SANCIÓN DEL ACTO LESIVO

15. Acciones que se conceden a la víctima

La víctima del acto lesivo dispone de dos acciones para evitar los efectos del acto lesivo: la de nulidad y la de modificación o reajuste.

Si demanda la nulidad, la contraparte puede ofrecer un equitativo reajuste del contrato, pero si en cambio solicita el reajuste, el demandado no puede oponer la nulidad porque él no es titular de esa acción.

16. Opción del demandado por lesión

Una cuestión interesante que se plantea en el caso de que el demandado ofrezca el reajuste, es si esta oferta puede hacerse como subsidiaria al contestar la demanda.

Nosotros opinamos que bien puede hacerlo, porque ningún dispositivo legal dispone que el ofrecimiento de reajuste implique un allanamiento a la pretensión del actor y, por lo tanto, él puede discutir la existencia de los presupuestos de hecho de la lesión, y para el caso en que no se le reconozca razón, ofrecer subsidiariamente el reajuste.

En cuanto a la oportunidad para ofrecerlo, se ha resuelto que el demandado por nulidad fundada en la lesión, que no ofreció ajustar las prestaciones al contestar la demanda no puede hacerlo después. Tampoco es procedente el reajuste de oficio.

Además, el ofrecimiento debe ser concreto, es decir, entre ciertos números mínimos y máximos, sin perjuicio de la libertad del juez para fijar el monto del mismo.

17. Titulares de las acciones

El art. 332 otorga la acción de nulidad o reajuste a la víctima del acto lesivo o a sus herederos. No es transmisible por actos entre vivos, ya que es contrario a la idea de justicia que alguien lucre con la explotación que el lesionado sufrió.

Esta prohibición ha sido extendida a los acreedores de la víctima.

18. Renunciabilidad de la acción

En nuestro derecho no es viable la renuncia realizada coetáneamente con el acto, ya que el estado de inferioridad que origina la lesión se comunica al acto de renuncia, viciándolo también.

La renuncia posterior se concreta a través de la confirmación que, para ser válida, debe producirse una vez desaparecido el estado de inferioridad que tipificaba el elemento subjetivo de la víctima.

19. Confirmación del acto lesivo

El acto lesivo padece de nulidad relativa (art. 388) y, por lo tanto, es confirmable (art. 393). La confirmación puede ser expresa o tácita, pero para que ello opere debe haber desaparecido la situación de inferioridad de la víctima.

Por consiguiente, el mero cumplimiento del acto no implica confirmación tácita y todo lo entregado puede ser objeto de repetición posterior, como consecuencia de la obligación de restitución que genera la acción de nulidad.

Así, se ha resuelto que el pago de los intereses no convalida el negocio usurario, salvo que se haya efectuado una vez desaparecido el estado de inferioridad de la víctima de la usura.

20. Prescripción de la acción

La ley 17.711 dispuso un plazo de prescripción de cinco años, computado a partir de la celebración del acto.

Ello ha sufrido una radical modificación pues el CCyC dispone que la prescripción de la acción se produce a los dos años computados desde la fecha en que la obligación del lesionado debía ser cumplida (art. 2563 e).

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

COBAS, Manuel, "Vicios de los actos jurídicos", en RIVERA (dir.) – MEDINA (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 237; RIVERA, Julio C., "Lesión" en *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo Borda*, Buenos Aires, 1984, p. 304; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La lesión en los actos jurídicos*, Córdoba, 1965; CARRANZA, Jorge A., *El vicio de lesión en el Código Civil*, Buenos Aires, 1969; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La lesión y el nuevo art. 954*, Buenos Aires, 1976; WOLCOWICZ, Pedro, *El derecho civil y la usura. La lesión subjetiva*, Rosario, 1975.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

CROVI, Luis Daniel, "La lesión en los negocios jurídicos", JA 1998-I-804, íd., "¿Es posible la anulación del acuerdo transaccional por el vicio de lesión?", LL 2009-E-540; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Los elementos de la lesión subjetiva y la presunción de aprovechamiento", JA Doct. 1974-719; PIZARRO, Ramón D., "La lesión y la presunción de aprovechamiento consagrada por el art. 954 del Código Civil", JA 1977-I-475; RIVERA, Julio César, "Elementos y prueba de la lesión subjetiva", ED 74-346.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CNCiv., sala E, 5/9/1978, LL 1979-C-608.
CCiv. 2ª Cap., 13/4/1946, LL 43-243.
CNFed. Civ. y Com., sala 1ª, 16/9/1994, LL 1995-B-456.

CAPÍTULO XXVII

LA SIMULACIÓN

I. UBICACIÓN. ELEMENTOS. DEFINICIÓN

1. Concepto de simulación

a) Noción vulgar

La palabra simulación, que proviene de las latinas *simuli* y *actio*, indica el concierto o la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa la apariencia de otra, siendo su finalidad el engaño.

b) Caracterización legal

Conforme al art. 333: "*La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten*". De este modo el CCyC ha conservado la caracterización que contenía el Código de Vélez.

c) Elementos del negocio simulado

Para hacer un análisis del concepto de simulación como vicio del negocio jurídico, e ir más allá de la noción legal que es meramente descriptiva de algunas hipótesis, es preciso previamente comprender cuáles son los elementos del acto simulado.

De acuerdo con un criterio doctrinario generalmente aceptado, los elementos del negocio simulado son tres:

— *contradicción entre la voluntad interna y la declarada.* La simulación se manifiesta por una discordancia entre lo efectivamente querido por las partes del negocio y lo declarado por ellas;

— *acuerdo de partes que precede y sirve de causa a esa contradicción.* La discordancia entre lo querido y lo manifestado se presenta en otros vicios (por ej., en el error y en la violencia), pero lo característico de la simulación es que *tal discordancia es querida y acordada por las partes*;

— *el ánimo de engañar* (*animus decipiendi*) del que puede resultar o no perjuicio a terceros o una violación de la ley.

d) Definición

De allí que pueda ser definida como el defecto de buena fe del acto jurídico consistente en la discordancia consciente y acordada entre la voluntad real y la declarada por los otorgantes del acto, efectuada con ánimo de engañar, de donde puede resultar, o no, lesión al orden normativo o a los terceros ajenos al acto.

II. CLASIFICACIONES DE LOS NEGOCIOS SIMULADOS

2. Simulación lícita e ilícita

a) Texto legal

El art. 334 bajo el epígrafe "Simulación lícita e ilícita" dispone: "*La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas*".

Este precepto permite distinguir entonces la simulación lícita de la ilícita.

Es ilícita la simulación que persigue una finalidad ilícita o perjudicar a un tercero (no pagar las obligaciones, eludir los impuestos, defraudar la sociedad conyugal o la legítima hereditaria, etc.).

Es lícita cuando no persigue una finalidad ilícita ni perjudica a terceros. Por ejemplo, si para administrar un bien durante mi prolongada ausencia, en vez de dar un mandato transmito la propiedad del mismo.

b) Importancia

Discernir si una simulación es lícita o ilícita es trascendente, pues las partes sólo pueden demandarse recíprocamente por nulidad del acto aparente si la simulación es lícita, salvo que la acción tuviera por objeto dejar sin efecto el acto simulado y no se siguiera de ello ningún beneficio para el demandante (art. 335).

Y si la simulación es lícita, el acto real encubierto es plenamente eficaz, como lo dispone el mismo art. 334.

3. Simulación absoluta y relativa

La doctrina y la jurisprudencia distinguen:

— la *simulación absoluta*, o sea aquella en que el acto ostensible no oculta un acto real. El acto es pura y total apariencia. Tal sucede, por ej., cuando para evitar la acción de los acreedores, el propietario de un inmueble lo enajena a alguien, pero de manera puramente aparente, pues en realidad pretende seguir siendo el titular del dominio, y esa apariencia se crea sólo para impedir que sus acreedores puedan hacer valer sus derechos sobre la cosa;

— la *simulación relativa*, que se presenta cuando debajo del acto ostensible existe otro acto diferente que es el realmente querido. Acontece, por ej., cuando un padre que quiere favorecer a su hijo donándole una casa, simula con él la celebración de una compraventa. El efecto jurídico de transmitir el dominio es querido por las partes, pero se ha disimulado el verdadero carácter del acto que sirve de causa a esa transmisión.

Esa distinción era receptada explícitamente por el Código de Vélez en el art. 956 que no ha sido reproducido en el CCyC. De todos modos es claro que pueden distinguirse ambas categorías, pues como se dijo antes el acto real será válido si la simulación relativa es lícita o invalido si la simulación relativa es ilícita.

4. Simulación por interposición de personas

La simulación por interposición de personas se presenta cuando se adquieren o transmiten derechos para personas ocultas. Es la denominada convención de testaferro u hombre de paja, en la cual quien aparece adquiriendo un derecho no es el beneficiario del mismo, sino que actúa como representante oculto del verdadero destinatario del acto.

Para caracterizar correctamente la interposición de personas, ha de tenerse en cuenta que para que exista negocio simulado, ha de mediar acuerdo de voluntades entre todas las partes del negocio. Esto es, quienes realizan la maniobra simulatoria saben que los derechos que forman el objeto del negocio se adquieren o transmiten para terceros. Pero, si por ej., una persona vende una casa y quien la compra no lo hace para sí sino para un funcionario corrupto que no puede justificar el dinero, allí no hay simulación, pues quien vende no participa de esa maniobra. O sea, que el acto es plenamente válido.

III. ACCIÓN DE SIMULACIÓN ENTRE LAS PARTES DEL NEGOCIO

5. Planteo de la cuestión

El vicio de simulación puede ser invocado por un tercero ajeno al acto, que se ve perjudicado por él; cuanto por las mismas partes del negocio jurídico viciado, que pueden pretender la declaración de simulado del acto viciado y la eficacia del negocio oculto. De lo que resulta que puede haber acción de simulación ejercida por alguna de las partes del acto simulado y acción de simulación ejercida por terceros alcanzados por los efectos del acto simulado.

Comenzaremos el análisis por la acción que pueden intentar quienes han sido las partes del negocio simulado.

6. Requisitos de admisión de la acción

La acción de simulación entre las partes del negocio ha de entablarse cuando alguna de ellas pretende hacerse fuerte en la apariencia creada; así verbigracia, si el testaferro pretendiera desconocer su calidad de tal y se comportara como un verdadero propietario de la cosa que le había sido transmitida de manera absolutamente simulada.

Pero resulta claro que en la mayor parte de los casos la simulación encierra, cuanto menos, un ánimo de engañar y, muchas veces, se la utiliza para perjudicar los derechos de terceros. En tal caso es razonable que el ordenamiento se desentienda de los simulantes, negándoles el acceso a la justicia.

De allí que conforme al art. 335 la acción de simulación entre las partes del negocio no es admitida a no ser que la simulación fuere lícita; y, siendo ilícita, que las partes no puedan obtener beneficio alguno de las resultas del ejercicio de la acción (art. 335).

7. Prueba de la acción de simulación entre partes

a) Planteo

Cuando se otorga un negocio simulado es común que las partes declaren la realidad subyacente en otro instrumento, al que se denomina "contradocumento". Por ello, generalmente la prueba de la simulación se hace a través de ese contradocumento. Pasamos a estudiar las cuestiones a que da lugar.

b) Concepto de contradocumento

Contradocumento es el instrumento público o privado otorgado por las partes o el beneficiario del acto simulado, normalmente destinado a quedar secreto, en el que se declara el verdadero contenido o carácter del acto y tendiente a restablecer la realidad de las cosas.

c) Requisitos que debe reunir

Desde antiguo la jurisprudencia ha definido que el contradocumento debe reunir los siguientes recaudos:

— ser otorgado por las partes del negocio o el beneficiario de la simulación;

— referirse fatalmente al acto simulado;

— tener simultaneidad intelectual con el acto. Es decir que no es imprescindible que sea contemporáneo con el negocio simulado, sino que basta con que las partes hayan tenido el propó-

sito deliberado de crear el contradocumento desde el momento mismo en que se celebró el acto ostensible.

d) Exigencia del contradocumento

El art. 335 exige la presentación del contradocumento a no ser que la parte justifique las razones por las cuales no existe o no puede ser presentado y existen circunstancias que hacen inequívoca la simulación (art. 335).

De acuerdo con la norma citada:

— la ley exige el contradocumento "en principio";

— el contradocumento es requisito de procedencia no de procedibilidad; es decir que la acción de simulación puede iniciarse y proseguir aunque no se presente un contradocumento, debiendo el juez valorar al tiempo de dictar sentencia, si la simulación ha sido probada o no de manera inequívoca;

— sin contradocumento se presume la sinceridad del acto;

— quien acciona por simulación, sin contradocumento, debe primero acreditar que se encuentra en alguna de las situaciones en que se justifica la no exhibición del mismo (imposibilidad moral de exigirlo, destrucción o pérdida de aquél, ser víctima del acto simulado, etc.). Para la prueba de este extremo, puede recurrirse a cualquier medio de prueba;

— acreditada una circunstancia justificativa de la no presentación de un contradocumento, y si ello no fuera de por sí suficiente para tener por demostrada la simulación, puede recurrirse a cualquier medio para probarla *de manera inequívoca*, incluso testigos y presunciones.

8. Prueba de la acción deducida por sucesores universales

Si los sucesores ocupan el mismo lugar que su causante, deberán producir la prueba en esa misma condición.

Si por el contrario actúan con un interés distinto al de su causante, deben ser tratados como terceros (conf. Zannoni).

9. Carga de la prueba

En principio recae sobre quien invoca la simulación.

Sin embargo, se ha dicho con razón que en la acción de simulación, el demandado, por la índole del litigio no puede limitarse a una conducta pasiva ni a la simple negativa de los hechos invocados por la contraria, estando moralmente obligado a aportar los elementos de juicio necesarios para averiguar la verdad de los actos cuestionados acreditando, por ej., la disponibilidad del dinero necesario para adquirir el bien, su egreso del patrimonio, el origen de dicha suma, etc.

Es una aplicación de los nuevos conceptos que rigen en materia de carga de la prueba, que se engloban bajo la doctrina de las "cargas dinámicas".

10. Valoración de la prueba

En caso de duda ha de estarse a la sinceridad del acto, lo que resulta aplicable tanto a la acción entre partes del acto cuanto a la ejercida por terceros.

En materia de simulación, la valoración de la prueba ha de hacerse en su conjunto, tomando en cuenta las circunstancias anteriores, concomitantes, y posteriores del caso, y apreciándolo con soberana facultad para interpretar el *animus*.

11. Prueba de la *causa simulandi*

Se identifican bajo la denominación *causa simulandi* las razones que las partes pudieron tener para simular un negocio jurídico. La *causa simulandi* no es un requisito de la simulación. Por lo que su prueba no se constituye en un recaudo de procedencia de la acción de simulación.

Pese a lo cual se trata de un elemento revelador de significativa importancia; la razón que hayan tenido las partes para otorgar el acto simulado ayudará a tener la certeza de la existencia de la simulación, desde que la torna inteligible y hace plausible su aceptación como tal.

IV. ACCIÓN DE SIMULACIÓN EJERCIDA POR TERCEROS

12. Legitimación activa

Como decíamos antes, normalmente la simulación tiende a defraudar a la ley o a privar de derechos a un tercero. De allí que quien es ajeno al acto simulado, pero sufre de alguna manera sus efectos, está legitimado para demandar la nulidad del mismo. El CCyC legitima a todos aquellos terceros cuyos derechos o intereses legítimos son afectados por el acto simulado (art. 336).

De acuerdo con un criterio virtualmente unánime de la jurisprudencia, ese derecho puede ser actual o eventual, bastando con que el acto impugnado entrañe un peligro de hacer perder un derecho o de no poder utilizar una facultad legal.

Los acreedores de fecha posterior al acto pueden cuestionarlo por simulación, circunstancia que diferencia a la acción de simulación de la revocatoria o pauliana.

13. Legitimación pasiva

En los juicios de simulación resulta obligatorio constituir un litisconsorcio pasivo con todos aquellos que hayan participado del negocio atacado.

14. Ejercicio conjunto de las acciones (revocatoria y simulación)

A veces no es sabido si el acto es simulado o fraudulento. Por ello la acción de simulación puede acumularse a la revocatoria, y la prueba dirá si el acto era real y fraudulento, o simulado, produciéndose en cada supuesto los efectos previstos para uno u otro.

Incluso el síndico de la quiebra que ejerce la acción revocatoria puede acumular ambas acciones.

15. Prueba de la acción de simulación ejercida por terceros

Es obvio que los terceros no están alcanzados por la exigencia del art. 336 respecto del contradocumento, dado que éste está destinado normalmente a quedar secreto y es conocido sólo por las partes del acto simulado. Es decir que los terceros no han de poder presentar una prueba directa de la simulación.

Es con ese fundamento que el CCyC dice que los terceros pueden valerse de todo medio de prueba (art. 336), habiendo la jurisprudencia y la doctrina nacional admitido la eficacia de la prueba de presunciones.

Estas presunciones pueden ser legales o de hecho. Las primeras ya han sido enunciadas, por lo que nos limitaremos a examinar en el número siguiente las presunciones de hecho.

16. Presunciones de hecho

Para una mejor exposición, se distinguen las presunciones en relativas a las personas intervinientes en el acto simulado, al objeto del contrato, a la ejecución del negocio y a la actitud de las partes al realizar el negocio jurídico.

a) Presunciones relativas a las personas

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha considerado que la relación de parentesco constituye una presunción relativa de hecho de la simulación.

Así, la relación existente entre las personas otorgantes del negocio, vinculada generalmente a otras presunciones (carencia de posibilidad económica de una de las partes para celebrar el acto), y a una *causa simulandi* (proximidad de un embargo o de una quiebra, etc.), permiten tener por acreditada la falsedad del negocio. Se ha aplicado, en reiteradas oportunidades, para anular por simuladas enajenaciones hechas a los padres o hermanos, o aún consanguíneos y afines.

La jurisprudencia ha hecho jugar esta presunción también cuando las partes son convivientes, o el acto se ha realizado con alguno de sus parientes.

En muchos casos se ha admitido la presunción derivada de amistad íntima de los contratantes y también la existencia de relaciones profesionales, comerciales o de dependencia.

b) Presunciones relativas al objeto del negocio

El negocio se presume simulado cuando el vendedor enajena aquello que es su principal o única fuente de recursos, o todos sus bienes, o diversos bienes por un precio único.

El precio vil es demostrativo de simulación, pero ha de venir acompañado de otras circunstancias corroborantes, habida cuenta de la práctica habitual —ilícita— de abaratar el costo de las transacciones declarando un precio inferior al real.

Así, el precio vil ligado a la amistad, parentesco, inexistencia de pago efectivo, escasa capacidad del adquirente, resulta una presunción significativa.

La falta de pago del precio, o la indicación de haber sido pagado antes, es también una presunción de simulación.

c) Presunciones relativas a la ejecución del negocio

Se refieren generalmente a la no ejecución del acto, como sucede cuando el vendedor continúa en posesión del objeto enajenado, como comodatario, locatario, administrador del fondo de comercio, etc.

Pueden incluirse aquí, las presunciones derivadas de la falta de capacidad económica de las partes para el negocio de que se trate, que han sido utilizadas por la jurisprudencia en infinidad de oportunidades. Es también importante señalar que, muchas veces, se trata de ocultar esta falta de capacidad económica del comprador con la apariencia de movimientos de fondos bancarios, la gestación de préstamos, la utilización de sociedades extranjeras. En nuestra jurisprudencia impositiva, se ha declarado la presunción de simulación de créditos tomados de sociedades constituidas en paraísos fiscales, considerándolos "autopréstamos". Estos criterios pueden ser aplicados fuera de los temas impositivos.

d) Presunciones relativas a la actitud de las partes

Aquí entra en juego el factor *tempus*. Como cuando una de las partes enajena bienes ante la inminencia de un divorcio, o antes de un embargo conociendo el juicio ejecutivo. A veces aquí se encuentran presunciones de fraude.

También la liberalidad encubierta hecha poco antes de la muerte.

Zannoni dice que el no contestar una demanda o abandonar un proceso son presunciones de simulación o fraude.

e) Otras presunciones

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado otras presunciones, entre las cuales pueden mencionarse:

— la falta de necesidad del negocio; mientras la *causa simulandi* intenta probar por qué se simula, la necesidad debe demostrar para qué se contrató; el fracaso de esta explicación genera presunción de simulación;

— el exceso de formas o abuso de solemnidades en aquellos casos en que la ley no las exige (como la adquisición de cosas muebles por escritura pública). Inclusive el exceso de precauciones (explicaciones del porqué del acto, del precio vil: *excusatio non pedita acusatio manifiesta*).

17. Valoración de la prueba

Tratándose de acción de simulación entablada por terceros, la apreciación de la prueba indiciaria es materia reservada a la apreciación judicial.

Las pruebas han de ser valoradas en su conjunto, y tomando en consideración las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores del caso, pues las presunciones deben ser graves, precisas y concordantes para contribuir a la prueba; en efecto, hechos que aislados no prueban circunstancia alguna, ligados y vinculados con otros adquieren valor probatorio y hacen desaparecer la duda, creando una fuerte presunción de simulación.

V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE SIMULACIÓN

18. Regla general: nulidad del acto

El CCyC considera a la simulación como un vicio que acarrea la nulidad del acto jurídico aparente (art. 334).

Tratándose, en principio, de una nulidad de carácter relativo, su declaración opera el desvanecimiento del acto simulado, pero al propio tiempo produce el descubrimiento del acto real oculto, el cual prevalecerá con todas las consecuencias legales que esto importe, atendiendo a lo que fue la real intención de las partes.

Eso siempre y cuando el acto real, a su vez, no contenga nada contrario a la ley o en contra de los derechos de terceros (art. 334). Pero si el acto real también fuese perjudicial para los derechos de un tercero o contrario a la ley, también será nulificado o se causarán otros efectos jurídicos tendientes a restablecer la juridicidad de la situación. Así, por ej., si la compraventa hecha a un hijo encubría una donación, la sentencia anulará la compraventa y dispondrá colacionar el bien donado.

19. Efectos frente a terceros

a) Respecto de los demás acreedores de las partes del acto simulado

Todos los terceros se benefician con la declaración del acto simulado, aun aquellos que, expresa o tácitamente, hayan manifestado su voluntad de no impugnarlo, pues un acto no puede ser válido e inválido al mismo tiempo.

Ésta es una diferencia esencial con la acción revocatoria dirigida contra el acto fraudulento, pues en ese caso la declaración de inoponibilidad sólo beneficia al acreedor que ha ejercido la acción.

b) Respecto de los acreedores del adquirente simulado

El CCyC asume una hipótesis que no estaba contemplada en el Código de Vélez cual es que los acreedores del adquirente simulado hayan ejecutado ese bien adquirido simuladamente. En ese caso la simulación no puede hacerse valer frente a los acreedores de buena fe, con lo cual éstos percibirán sus créditos del producido de la venta forzada de la cosa (art. 337).

c) Respecto de subadquirentes

Es muy común que para evitar los efectos de las acciones de simulación, se hagan varias transmisiones sucesivas. Esto es: el deudor A

para evitar que el inmueble en que vive caiga en el desapoderamiento causado por su quiebra próxima, lo vende a B; B le vende a C y éste a D. ¿Qué pueden hacer los acreedores de A en este caso?

Ellos pueden demandar a todos los de la cadena de transmisiones para tratar de recuperar el bien para el patrimonio de su deudor A, pero la acción sólo procederá contra los subadquirentes C y D si estos han recibido la cosa a título gratuito o son cómplices de la simulación (art. 337, segundo párrafo).

Ahora bien; si la acción se paraliza frente a un subadquirente de buena fe y a título oneroso, el acreedor que ejerce la acción puede demandar la reparación de daños y perjuicios contra quien contrató de mala fe con su deudor así como contra el subadquirente de mala fe (art. 337 tercer párrafo).

Finalmente, el que contrató de buena fe y a título gratuito, responde en la medida de su enriquecimiento (art. 337 *in fine*).

VI. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

20. Prescripción de la acción ejercida entre las partes del negocio simulado

La prescripción opera en el plazo de dos años, que se computan de manera diferente según se trate de acción ejercida por alguna de las partes o por terceros.

En la simulación entre partes, los dos años se cuentan desde que, requerida una de ellas, se negó a dejar sin efecto el acto simulado (art. 2563, inc. b).

21. Prescripción de la acción ejercida por un tercero

En la simulación ejercida por tercero, los dos años se cuentan desde que conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico (art. 2563, inc. c).

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios, Buenos Aires, 1974; CÁMARA, Héctor, Simulación en los negocios jurídicos,

2ª ed., Buenos Aires, 1958; ACUÑA ANZORENA, Arturo, La simulación de los actos jurídicos, Buenos Aires, 1936; FERRARA, Francesco, La simulación de los negocios jurídicos, 3ª ed., Madrid, 1953.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

CROVI, Luis Daniel, "La simulación relativa y la interposición real de personas", LL 2005-F-408; cita online: AR/DOC/3445/2005; GAGLIARDO, Mariano, "La compraventa simulada y la que encubre una donación", LL 2008-B-1081, LLAMBÍAS, Jorge J., "La prueba de la simulación aducida por las partes", JA 1954-IV-111; RIVERA, Julio César, "Acción de simulación", ED 60-895; RIVERA, Julio C., "Prueba de la simulación y de la lesión", RDPC 13-179; VALENTE, Luis Alberto, "Aristas de la acción de simulación deducida por terceros en el proyecto de unificación: la cuestión de la prescripción", LL cita online: AR/DOC/1529/2013; ZANNONI, Eduardo A., "Prueba de la simulación entre partes y respecto de terceros", Rev. Jur. de San Isidro n. 15 (enero-dic. 1979/1980), p. 83.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CNCiv., sala F, 25/8/1976, ED 71-501.
CNCiv., sala E, 6/6/2005, "C., R. G. y otro c/ A., E. D.", LL 2005-F-408.

CAPÍTULO XXVIII
EL FRAUDE

I. INTRODUCCIÓN

1. Acepciones de la palabra fraude

Así como el término dolo tiene diversas acepciones, también la palabra fraude puede resultar equívoca, pues identifica conductas diversas.

De este modo, en un primer sentido, el término fraude se utiliza como engaño y, como tal, es sinónimo de dolo.

En una segunda acepción, el fraude identifica a uno de los vicios típicos de los actos jurídicos; es el denominado fraude a los acreedores, que el CCyC regula a partir del art. 338.

También se utiliza el término fraude para individualizar el fraude a la ley: denominamos actos en fraude a la ley a los negocios jurídicos aparentemente lícitos, por realizarse al amparo de una determinada ley vigente (ley de cobertura), pero que persiguen la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (ley defraudada).

El fraude a la ley es tratado por el CCyC en el título Preliminar (art. 12, segundo párrafo) y en esta obra ha sido tratado en el capítulo II.

Ahora concentraremos el análisis en el vicio de los actos jurídicos que la ley identifica como "fraude".

2. El acto en fraude a los acreedores. Concepto preliminar

Se define el fraude a los acreedores como el que se comete a través de actos o negocios jurídicos, válidos, por regla general positivos o de actuación, unilaterales o bilaterales, destinados a enajenar derechos o facultades o abdicarlas, en perjuicio de los acreedores —pues provocan o agravan la insolvencia o violentan la igualdad de los mismos—, teniendo conciencia de obstaculizar o impedir la prestación debida (Mosset Iturraspe).

3. Reacción frente al acto en fraude a los acreedores. Fundamento

El ordenamiento reacciona, frente al negocio en fraude a los acreedores, organizando acciones que tienden a reconstituir el patrimonio del deudor, haciendo que el negocio fraudulento resulte inoponible a algunos acreedores (o a todos cuando se ejercen en el ámbito de la quiebra).

Tal reacción del ordenamiento se funda en la idea de que el patrimonio constituye la prenda común de los acreedores, lo que significa que todos los bienes que integran el patrimonio o que se incorporen a él, responden por las deudas de su titular, por lo que los acreedores pueden obtener la venta judicial de los mismos para cobrarse de su producido (art. 743).

Claro es que el deudor conserva la gestión de administración y la disposición de su patrimonio. Pero tal principio no es absoluto, y debe conciliarse con su deber jurídico de satisfacer sus deudas y el principio de que el patrimonio es prenda común de los acreedores.

De modo que la gestión de disposición del patrimonio no puede ser realizada con olvido absoluto de la existencia de las obligaciones que lo gravan. Por otro lado, la experiencia indica que el deudor que se encuentra en dificultades económicas, muchas veces, intenta actos desesperados para obtener fondos, o para evitar la acción de sus acreedores.

De allí que si el deudor enajena sus bienes (o impide el ingreso de bienes) de tal modo que su patrimonio deviene impotente para atender esas obligaciones anteriores que pesaban sobre él, se legitima a los acreedores para accionar en orden a la declaración de inoponibilidad de los actos que han disminuido la solvencia patrimonial del deudor. Es que la ley supone que el deudor ha querido defraudar a sus

acreedores y reacciona condignamente confiriendo a estos últimos las acciones pertinentes para que el fraude no triunfe.

4. Actos a través de los cuales se defrauda a los acreedores

Siguiendo el concepto dado antes, el fraude a los acreedores se concreta a través de ciertos actos, que deben ceñirse a las pautas que se explicitan seguidamente.

a) Deben ser negocios jurídicos

El fraude sólo puede manifestarse en negocios jurídicos; nunca en simples hechos jurídicos. De modo que si el deudor prende fuego a su automóvil para evitar que los acreedores se cobren de él, se da una hipótesis de incumplimiento doloso, pero no de fraude.

Pero pueden ser actos bilaterales o unilaterales (como el no ejercicio de un derecho de tanteo).

b) Deben ser negocios válidos

Si el negocio es nulo, no es susceptible de ser declarado inoponible por fraude. La nulidad absorbe la inoponibilidad por ser una sanción más extensa.

c) Deben ser negocios positivos o de actuación

Por regla general, las conductas omisivas del deudor no generan la posibilidad del ejercicio de la acción subrogatoria. Pero, en ciertos casos hay algunas omisiones que pueden ser fraudulentas, como dejar de contestar una demanda, dejar caducar un pleito, no oponer la prescripción liberatoria.

d) Deben ser negocios de enajenación o que impidan el mejoramiento del patrimonio

El fraude ha de provocar o agravar la insolvencia, o de alguna manera perjudicar a los acreedores (incluso, vulnerando el principio de igualdad). Por ello, son susceptibles de ser revocados los actos de enajenación.

Pero ello no significa que *sólo* los actos de enajenación sean revocables. La doctrina considera que también son inoponibles a los acreedores actos que no importan salida de bienes del patrimonio del deudor, sino que impiden el ingreso de bienes que hubieran enriquecido ese patrimonio.

Así, verbigracia, podrían ser susceptibles de revocación: la no aceptación de una donación ofertada al deudor (conf. Mosset Iturraspe), el no ejercicio de un derecho de tanteo, y casos semejantes.

Esta solución encuentra expreso fundamento en el art. 338, que incluye entre los actos susceptibles de ser declarados inoponibles a "*las renuncias al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna*".

Si el deudor estuviera en quiebra se aplican las disposiciones de la Ley de Concursos que desapodera el quebrado de los derechos patrimoniales en expectativa, como la oferta de donación o la recepción de una herencia. De modo que el quebrado puede repudiar una herencia sólo en lo que exceda el interés de los acreedores y los gastos íntegros del concurso (art. 111, párrafo tres, LC); y las donaciones son aceptadas o rechazadas por el síndico, exigiéndose autorización judicial cuando la donación fuere con cargo (art. 113, LC). Finalmente, la LC dispone la inoponibilidad a los acreedores de cualquier cláusula que pretendiera disponer que los legados o donaciones no quedan sometidos al desapoderamiento, manteniendo al mismo tiempo la validez del legado o donación (art. 112, LC).

Y, con ese criterio amplio, pueden atacarse por fraude a los acreedores, los negocios declarativos, como las divisiones de condominio, las particiones de herencia, y las divisiones de la sociedad conyugal.

e) Deben referirse a derechos o intereses patrimoniales

No son susceptibles de ser atacados por vía de una acción revocatoria los negocios que se refieran a derechos extrapatrimoniales ni aquéllos que tienen por objeto derechos patrimoniales cuyo ejercicio sea inherente a la persona. Por ejemplo, los acreedores no podrían pretender revocar un negocio jurídico por el cual el deudor prohibiese la venta o difusión de una obra intelectual de su autoría, pues en ese caso está en juego el derecho moral de autor. Del mismo modo, gran parte de la doctrina considera que no es revocable el acto por el cual

se renuncia a perseguir una indemnización por daño moral, o a dejar sin efecto una donación por ingratitud del donatario.

f) Puede tratarse de derechos perfectos o no

Naturalmente, quedan comprendidos en la categoría de negocios fraudulentos, todos aquellos que importen enajenación de derechos patrimoniales perfectos (v.gr., la venta de una cosa cuyo dominio estaba incorporado al patrimonio del deudor).

Pero también puede pretenderse la revocación de actos que se refieran a meros derechos en expectativa e intereses legítimos, y aún a meras facultades como lo dispone expresamente el art. 338.

g) Deben causar un perjuicio

Ya hemos señalado que debe tratarse de actos de enajenación que empobrezcan el patrimonio, o de actos que impidan su enriquecimiento. Esto constituye un perjuicio para los acreedores, que de este modo ven disminuida —o impedida de acrecentar— la garantía común.

Pero, el perjuicio que da lugar a la acción revocatoria es un poco más complejo. Pues para que tales actos sean revocables deben causar la insolvencia del deudor, o agravar la ya existente (art. 339, inc. b).

5. Impugnación y sanción

En nuestro derecho civil, el acto fraudulento es susceptible de ser atacado por vía de la acción revocatoria regulada por los arts. 338 y ss. Ya hemos dicho que, cuando el deudor es declarado en quiebra, los actos celebrados durante lo que se denomina *período de sospecha*, pueden ser impugnados por las vías previstas en la LC (arts. 118 y 119) y también por la acción pauliana del Código Civil (art. 120, párrafo 2, LC).

La admisión de la acción revocatoria civil importa declarar que el acto es inoponible respecto del acreedor o acreedores que han intentado la acción, y en la medida de sus créditos (art. 342). De modo que el acto es válido, pero —reiteramos— inoponible frente a esos acreedores.

En el número siguiente comenzamos el análisis de la acción revocatoria o pauliana; y más adelante damos noticia de la denominada acción revocatoria en la quiebra.

II. LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA

6. Requisitos de procedencia

a) Texto legal

El art. 339 dispone: *Son requisitos de procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad:*

a) que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores;

b) que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor;

c) que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.

7. Crédito de fecha anterior al acto impugnado

a) Regla general

En principio, sólo está legitimado para iniciar una acción revocatoria, el acreedor cuyo crédito es de fecha anterior al negocio jurídico que se tacha de fraudulento, aun cuando se trate de un acto a título gratuito.

Esta regla encuentra fundamento en que el acreedor de fecha ulterior, nunca ha tenido como garantía de su acreencia, al bien o a los bienes que al momento del nacimiento del crédito ya habían salido del patrimonio de su deudor.

b) Excepción

El art. 339, inc. b) exceptúa de este requisito, el caso en que "*el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores*". De este modo el CCyC ha recogido la interpretación unánime de la doctrina elaborada durante la vigencia del Código de Vélez.

8. Perjuicio para el acreedor

En principio, el daño que sufren los acreedores consiste en que el negocio provoque o agrave la insolvencia del deudor (art. 339, inc. b), lo cual hace que su patrimonio sea impotente para atender las obligaciones que recaen sobre él.

a) Qué se entiende por insolvencia

La doctrina civilista argentina identifica insolvencia con desequilibrio entre activo y pasivo; de modo que el negocio revocable es aquél que al causar la desaparición de un bien del activo, hace que el pasivo resulte superior a aquél (o agrave el desequilibrio preexistente).

b) Quid de los actos onerosos

En los negocios gratuitos es claro el detrimento que sufre el patrimonio del deudor, por lo cual si ese negocio produce la insolvencia, o agrava la ya existente, nada más debe probarse para que proceda la acción revocatoria.

La cuestión es mucho más dificultosa en los negocios jurídicos onerosos, por cuanto a la salida de un bien del patrimonio del deudor, se contrapone el ingreso de otro bien que es la contraprestación a cargo del cocontratante. Obvio es entonces que si ha habido una permuta de un inmueble por otro (de valor semejante), no media daño alguno.

Donde el tema se vuelve arduo es en los negocios jurídicos onerosos, con prestación equivalente, pero en los cuales la prestación recibida por el deudor insolvente es de fácil ocultación y sustracción al poder de agresión de los acreedores. El ejemplo típico es la compraventa: el deudor vende un inmueble, y recibe un precio en dinero que es el justo y apropiado a la cosa vendida. ¿Es éste un acto perjudicial —en el sentido apropiado a la acción pauliana— o no lo es?

Algunos autores sostienen que un acto con prestaciones recíprocas equivalentes, que fuera seguido de la ocultación, dilapidación o consumición de la contraprestación puede causar o agravar la insol-

vencia del deudor, por lo que es susceptible de ser impugnado por la acción revocatoria.

Claro es que, en estos casos, es necesario acreditar el elemento subjetivo del cocontratante del deudor; es decir, que éste tenía conciencia de que con ese negocio provocaba o agravaba la insolvencia del deudor, tema al que nos referiremos más adelante.

Otra tesis sostiene en cambio que, en el caso del acto equivalente, no procede la acción revocatoria; es que el daño o perjuicio para el acreedor no proviene del acto mismo, ya que un bien ingresa al patrimonio del deudor en reemplazo del que sale; el perjuicio proviene entonces de una conducta del deudor, posterior al acto jurídico, esto es el ocultamiento o pérdida del bien que ingresó a su patrimonio.

9. Perjuicio proveniente de la infracción a la igualdad de los acreedores

El principio de igualdad de los acreedores es una regla de derecho común. Esta afirmación encuentra sustento en que el régimen concursal vigente —que es común para comerciantes y no comerciantes— declara inoponibles los pagos anticipados de deudas y la constitución de garantías en beneficio de créditos originariamente quirografarios (art. 118 LC).

Ello ha sido confirmado por el CCyC cuyo art. 876 trata del "Pago en fraude a los acreedores" diciendo: "*El pago debe hacerse sin fraude a los acreedores. En este supuesto, se aplica la normativa de la acción revocatoria y, en su caso, la de la ley concursal*".

Para la determinación de la fraudulencia del pago se aplican las mismas reglas que a cualquier otro acto, de modo que si el pago fue hecho estando el deudor insolvente o la insolvencia fue producida por el hecho del pago, y el acreedor conocía esta circunstancia, el pago es revocable.

Por lo demás, no es cierto que, tal cual lo sostienen algunos autores, el pago no produzca la disminución del patrimonio porque al mismo tiempo redime una deuda que lo grava. Dice bien Kemelmajer de Carlucci que: "El daño de los demás acreedores es real, y no meramente eventual, por cuanto el patrimonio no debe considerarse *in abstracto*, sino *in concreto*. Si bien es cierto que el patrimonio se compone de activo y pasivo, no es menos verdadero que el primero

está destinado a satisfacer al segundo, y el deudor que paga a un acreedor está disminuyendo una parte de su patrimonio destinada al pago de todos por igual [...]".

10. Conocimiento de los efectos del acto

Para revocar un acto a título gratuito, bastan los recaudos examinados hasta ahora. Pero si el acto es a título oneroso es preciso que quien contrató con el deudor "*haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia*" (art. 339, inc. c).

De este modo el CCyC simplifica notablemente las condiciones de procedencia de la acción revocatoria, pues no alude al ánimo de defraudar del deudor ni al *concilium fraudis* (acuerdo fraudulento) con quien contrata con él.

Por el contrario, adoptando el criterio que proviene del derecho concursal, se considera suficiente con que objetivamente el acto provoque o agrave la insolvencia y el tercero contratante *conozca* este extremo.

Durante la vigencia del Código de Vélez se discutía si el tercero podría intentar demostrar que, pese a que conocía la insolvencia de su cocontratante, no fue su intención perjudicar a los acreedores. Entendemos que el texto legal vigente, que se acerca al de la Ley de Concursos, excluye esa posibilidad.

En resumen, el acreedor —de causa o título anterior— que intenta una acción revocatoria respecto de un acto oneroso, debe probar que el acto provocó la insolvencia de su deudor, o agravó la ya existente, y que esto lo sabía el tercero que contrató con él.

Con ello es suficiente para que proceda la acción.

11. Legitimados activos

a) Texto legal

El art. 338 dice: "*Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renuncias al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna*".

Cabe comenzar señalando que el Código de Vélez atribuía legitimación a los acreedores quirografarios, lo que podía interpretarse como una exclusión de los privilegiados y los munidos de derechos reales de garantía (hipoteca o prenda).

Sin embargo, esa interpretación había sido rechazada por los autores quienes coincidían en señalar que competía la acción también a los acreedores privilegiados y con derecho real de garantía, si acreditaban la existencia de perjuicio.

Ello ha venido a quedar confirmado por el texto del art. 338 que atribuye la acción a *todo acreedor*.

b) Acreedores condicionales y a plazo

Como en el ámbito de la acción de simulación la legitimación debe ser reconocida a todo aquel que tenga una expectativa patrimonial a hacer valer sobre el patrimonio del deudor.

Por ello, están legitimados los acreedores condicionales y a plazo, siempre que el crédito tenga causa anterior al acto impugnado.

12. Legitimados pasivos

a) Principio general

Si el acto impugnado es bilateral, la acción ha de intentarse contra ambas partes del negocio jurídico, por lo que se constituye un litisconsorcio pasivo necesario.

b) Subadquirentes

El art. 340, segundo párrafo, dice que: "*La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude; la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia*".

De ello resulta que para que proceda la acción contra un subadquirente, vuelve a distinguirse entre negocio gratuito y oneroso; pero

con la advertencia de que la ley se refiere aquí al acto celebrado entre el tercero y el subadquirente.

Si el negocio transmisivo al subadquirente es a título gratuito, para que la acción triunfe basta con que se reúnan los recaudos de admisión contra el que contrató directamente con el deudor (en otras palabras, que el primer negocio también fuere a título gratuito, o que siendo a título oneroso el adquirente haya tenido conocimiento de la insolvencia del enajenante).

Si el negocio transmisivo al subadquirente es a título oneroso, es necesario —además de los requisitos de procedencia contra el que contrató directamente con el deudor— que el subadquirente *también* hubiera conocido la insolvencia del deudor.

13. Efectos de la acción

La acción revocatoria persigue exclusivamente la declaración de ser —el acto fraudulento— inoponible al acreedor o acreedores que han ejercido la acción. De acuerdo con ello, la admisión de la acción beneficia sólo a los acreedores que la han intentado, y en la medida de sus créditos (art. 342).

De allí que podrán hacer enajenar forzadamente el bien o los bienes comprendidos en la acción, para hacer efectivas sus acreencias, y si hubiere algún saldo pertenecerá al tercero que ha contratado con el deudor, ya que entre ellos el acto sigue siendo válido y eficaz.

14. Extinción de la acción

El art. 341 dispone que "*Cesa la acción de los acreedores si el adquirente de los bienes transmitidos por el deudor los desinteresa o da garantía suficiente*".

Este derecho lo tiene también el subadquirente demandado, y se justifica en que la acción revocatoria no persigue la declaración de nulidad del acto, el cual es válido aunque inoponible, e inoponible sólo frente a los acreedores que ejercen la acción. De modo que el interés de los acreedores se limita al monto de sus acreencias (art. 342); asegurado éste no tiene fundamento continuar con la acción.

15. Responsabilidad del tercero

a) Principio general

De lo expuesto en el número precedente, resulta que la consecuencia de la inoponibilidad es que el que contrató con el deudor, posibilitando el fraude, debe restituir los bienes recibidos como consecuencia del acto revocado, para que el acreedor que intentó la acción puedan hacer efectivo su crédito sobre el producido de la venta forzada de tales bienes.

El Código de Vélez imponía al tercero que la restitución se hiciera con todos sus frutos como poseedor de mala fe. Si bien el CCyC no ha reiterado el art. 971 del código derogado, lo cierto es que la misma solución fluye de las reglas generales pues conforme al art. 1935 el poseedor de mala fe debe restituir los frutos percibidos y los que por su culpa dejó de percibir.

Es claro que aludimos al tercero de mala fe, esto es, al que contrató con el deudor conociendo su insolvencia. El alcanzado por una acción revocatoria siendo de buena fe (supuesto que sólo puede darse tratándose de un negocio a título gratuito) no debe los frutos, pero sí los productos (art. 1935). Comenzaría a deber los frutos sólo cuando ha dejado de ser de buena fe (art. 1935 primer párrafo), pues la buena fe debe existir en cada percepción. Esto sucede cuando tiene noticia de la acción por la notificación de la demanda.

b) Imposibilidad

Si la restitución en especie fuese imposible, por haber pasado los bienes a un subadquirente de buena fe, respecto del cual no prosperase la acción revocatoria, el que contrató de mala fe con el deudor debe indemnizar a los acreedores los daños y perjuicios sufridos por éstos (art. 340).

Esta responsabilidad se atribuye a quien adquirió de mala fe. Pero qué sucede con el adquirente a título gratuito y de buena fe: éste responde sólo en la medida de su enriquecimiento, o sea, por el valor que hubiere obtenido de la enajenación de la cosa o del bien recibido a título gratuito del deudor insolvente (art. 340).

16. Acreedor del adquirente

El primer párrafo del art. 340 dispone que "*El fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto*".

III. EL ACTO EN FRAUDE A LOS ACREEDORES EN LA QUIEBRA

17. Síntesis del régimen concursal

La quiebra tiene como presupuesto la insolvencia del deudor, a la que la Ley de Concursos denomina cesación de pagos. Como hemos visto en su momento, la quiebra, procedimiento de liquidación colectiva del patrimonio de quien ha cesado en sus pagos, destinado a satisfacer a sus acreedores a prorrata de sus créditos.

La Ley de Concursos 24.522 organiza acciones destinadas a la integración del patrimonio del fallido, y que por lo tanto afectan a actos otorgados con anterioridad a la declaración de falencia. Es que la cesación de pagos no aparece de un momento a otro, sino que hay un cierto período que puede ser calificado como de "incubación" de la falencia, en la cual el sujeto advierte las dificultades por las que está pasando y trata de sortearlas, a veces con medios sensatos, pero en muchas otras oportunidades, arriesgando en exceso su capital, dando garantías a sus acreedores quirografarios para hacerse de dinero líquido o, lisa y llanamente, para evitar la agresión de los acreedores. Todos esos actos, medie o no real intención de perjudicar a los acreedores, caen bajo los efectos retroactivos de la quiebra.

De modo que la Ley de Quiebras prevé:

— Una etapa que comúnmente se conoce como "período de sospecha" o "de retroacción" que se extiende —retroactivamente— desde la fecha de la declaración de quiebra hasta la fecha en que efectivamente se produjo la cesación de pagos;

— Ese período de sospecha o de retroacción no puede exceder de dos años;

— De modo que si la quiebra se ha decretado el 1 de julio de 2015, el período de retroacción se extiende desde 1 de julio de 2015 hasta la fecha en que efectivamente ocurrió la cesación de pagos (o sea cuando el deudor quebrado dejó de cumplir

sus obligaciones de manera regular). Pero nunca más allá del 1 de julio de 2013;

— Los actos comprendidos en ese período de sospecha pueden ser declarados ineficaces;

— La Ley de Concursos distingue dos clases de actos que pueden ser declarados ineficaces:

— actos que son ineficaces por el solo hecho de haber sido actuados en el período de sospecha (actos a título gratuito, el pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; la constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía);

— actos que son ineficaces por haber sido celebrados en el período de sospecha con conocimiento —por el cocontrante de la cesación de pagos del quebrado— para lo cual es necesario además que el acto cause perjuicio.

La ineficacia a que se refiere la Ley de Concursos es la ineficacia en sentido estricto, esto es, como privación de efectos de un acto válido frente a determinados sujetos terceros al negocio; es decir, lo que se conoce como inoponibilidad.

En la acción pauliana, según hemos visto, el resultado de la acción favorece sólo al acreedor que la ha intentado exitosamente, y hasta el importe de su crédito (art. 342). En cambio, la inoponibilidad declarada en el concurso favorece a la masa. De allí que el producido del bien objeto del negocio jurídico declarado ineficaz queda sujeto al desapoderamiento e ingresa a la masa activa del concurso (art. 123).

No existiendo en la LC disposiciones que se refieran a la situación de los subadquirentes, resultan aplicables las reglas del Código Civil previstas para la acción pauliana.

La acción pauliana regulada por el Código Civil puede ser ejercida aún mediando quiebra. Ella puede ser intentada o continuada por los acreedores después de haber intimado al síndico de la quiebra para que la inicie o prosiga en el término de treinta días. En ambos casos, si se declara la ineficacia, el acreedor tiene derecho al resarcimiento de sus gastos y a una preferencia especial sobre los bienes recuperados, que determina el juez entre la tercera y la décima parte del producto de éstos, con límite en el monto de su crédito (art. 120, LC).

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, t. II, caps. XVII a XX, Buenos Aires, 1975.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ALEGRIA, Héctor, "Consideraciones sobre el fraude y el perjuicio en la inoponibilidad concursal", RDPC 4-323; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Revocación de los pagos efectuados por el deudor concursado", RDCO 1978-583; RIVERA, Julio César, "Acción pauliana (cuestiones controvertidas en el derecho vigente)", RDPC 4-63; TONÓN, Antonio, "El perjuicio pauliano", LL 1985-E-604.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

CApel. Civ. y Com. Morón, sala 1ª, 15/10/1992, JA 1994-I-183.
CNCom., sala D, 28/2/2002, JA 2002-IV-102.
CNCom., sala A, 24/11/2008, JA 2009-II-76.

CAPÍTULO XXIX

INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

I. DE LA INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN GENERAL

1. Introducción

En el estado actual de la evolución de la ciencia jurídica, la teoría de la nulidad de los actos jurídicos debe ser ubicada en el contexto de la ineficacia negocial, que es un concepto más amplio y del cual la nulidad participa, con determinadas características. Vale decir, la nulidad es una hipótesis de ineficacia, pero no la única.

Corresponde, entonces, comenzar por estudiar el concepto genérico de ineficacia; pero para ello, debemos partir de otro concepto aun anterior: el de la eficacia, pues la ineficacia es, pura y simplemente, falta de eficacia.

Partiendo de esta idea, en la exposición de la materia seguiremos el siguiente orden: como punto de partida analizaremos el concepto de eficacia de los actos jurídicos, para luego estudiar su derivación negativa que es la ineficacia, examinando fundamentalmente el alcance de esta última noción, sus principales supuestos y, en especial, la nulidad.

2. Eficacia de los negocios jurídicos. Concepto

Para entender el concepto de eficacia, debemos remontarnos, todavía, a otro concepto previo: el de acto o negocio jurídico, pues la eficacia no es una noción autónoma o sustantiva sino adjetiva o derivada, que aplicamos ahora a ese concepto de acto jurídico.

Hemos dicho antes, que el negocio jurídico es aquel acto voluntario lícito que tiene por finalidad inmediata la producción de un efecto jurídico. Efecto que se produce porque es querido por las partes, y en cuanto no sea ilícito (ni contrario a la moral y buenas costumbres) es reconocido por la ley. Esa aptitud del negocio, para producir los efectos queridos por las partes, se denomina eficacia.

3. Aspecto estático de la eficacia

Desde este ángulo se analiza si el negocio es apto como fuente de la relación jurídica y capta la eficacia para crearla.

De esta forma, si al otorgarse el acto se lo hizo conforme a la ley y cumpliendo los requisitos que ella exige (haber sido otorgado por sujeto capaz, tener causa y objeto lícitos, satisfacer la forma requerida), el acto produce los efectos que las partes persiguieron al celebrarlo (arts. 259 y 959).

Desde esta perspectiva de análisis, se apunta al momento de formación del negocio, de su génesis.

4. Aspecto dinámico de la eficacia

En este sentido, interesa si la relación jurídica ya constituida idóneamente por el negocio continúa realizando plenamente los fines que persiguieron las partes al celebrar el acto.

Desde esta otra perspectiva de análisis, se alude al desenvolvimiento ulterior del negocio; no a su nacimiento, sino a la etapa funcional, pudiendo observarse que un negocio válido y plenamente eficaz, puede luego perder esa eficacia. Esa pérdida de eficacia puede suceder por causas sobrevinientes y objetivas, que impiden que las partes satisfagan los fines que se propusieron al otorgarlo, o porque esos fines se convirtieron en contrarios a la ley.

Un ejemplo puede aclarar la idea: una persona alquila una estación de venta de nafta, pero como consecuencia de la guerra, la distribución y venta del combustible es monopolizada por el Estado. El negocio jurídico locación, válido sin dudas, no puede cumplir su finalidad, y por ello el locatario podría solicitar su rescisión; vale decir, deja de ser eficaz por una circunstancia sobreviniente.

5. Validez y eficacia

Debe advertirse que el concepto de validez no se contrapone al de eficacia. La eficacia supone la validez del negocio.

Y lo normal y ordinario es que un acto válido sea eficaz. Pero puede suceder que un acto jurídico válido no produzca sus efectos, sea ineficaz. Eso sucede cuando el acto jurídico válido deviene ineficaz por rescisión, resolución o revocación, lo que vamos a estudiar más adelante.

II. INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

6. Concepto

a) Noción vulgar

En el lenguaje corriente y aún etimológicamente, ineficacia significa falta de efectos.

b) Noción jurídica

En sentido jurídico, la ineficacia es, genéricamente, privación o disminución de los efectos propios del negocio jurídico, vale decir, de los efectos que las partes persiguen de manera inmediata al otorgarlo. Ello como principio.

Pero pueden producir otros efectos. Por ejemplo, el acto anulado no produce los efectos queridos pero puede dar lugar a la reparación de daños y perjuicios a favor de quien obró de buena fe por parte de quien causó la nulidad (art. 391).

La ineficacia es pues, un concepto jurídico amplio, que abarca diversas situaciones en las que los actos carecen de valor, fuerza o eficiencia para lograr sus efectos propios.

c) Tipos

Sucede que la ineficacia de los actos jurídicos puede tener orígenes muy variados. Por un lado, podemos distinguir aquellas causales de ineficacia que provienen de vicios existentes en el momento mismo de la formación del negocio jurídico y que atañen a su estructura, es

decir, que se localizan dentro del mismo (falta de capacidad de una de las partes, presencia de un vicio de la voluntad o del acto jurídico). Por el otro, se encuentran aquellos casos de ineficacia que adquieren relevancia con posterioridad a la celebración del acto y en virtud de causas que se hallan fuera de su estructura: el contrato se extingue porque una de las partes no lo cumple y la otra ejerce la facultad de resolverlo.

Es por ello que la doctrina más moderna suele contraponer, con distintas denominaciones dos categorías de ineficacia. Se habla en este sentido, de ineficacia estructural —o intrínseca o inicial— y de ineficacia funcional —o extrínseca o sobrevenida—.

III. RESOLUCIÓN. RESCISIÓN. REVOCACIÓN

7. Resolución

a) Concepto

La resolución es un modo de ineficacia de los negocios jurídicos, que se da en razón de la producción de un hecho sobreviniente a la constitución del negocio.

Ese hecho puede ser imputable a una de las partes: el incumplimiento que habilita a la otra parte a resolver el contrato. O ser ajeno a ellas, como puede ser que acaezca un hecho futuro e incierto (condición) al cual se sujetó la permanencia del contrato: por ej., que las partes hubieran pactado que constituía una condición resolutoria que el gobierno prohibiera acceder a la compra de moneda extranjera y ese hecho se verificara en la realidad.

La resolución puede operar por la declaración de voluntad de la parte interesada (por ej., cuando la resolución se funda en el incumplimiento de la otra parte), o puede operar automáticamente con el advenimiento del hecho previsto en el mismo acto (caso de la condición resolutoria) y sin necesidad de una nueva declaración de voluntad que produzca la ineficacia, pues ya se la había tenido en mira al crearse el negocio.

b) Efectos

La resolución tiene efectos retroactivos al día de la celebración del negocio jurídico (art. 1079 b).

La retroactividad obliga a las partes a restituirse lo recibido en razón del negocio o su valor (arts. 1080 y 1081); además, la parte incumplidora deberá la indemnización por daños y perjuicios (incluso al declararse la resolución del contrato por el ejercicio del pacto comisorio). El efecto retroactivo no afecta a terceros de buena fe y a título oneroso (art. 1079 b).

8. Revocación

a) Concepto

La revocación es una causal de ineficacia de los actos jurídicos en virtud de la cual la ley autoriza al autor de la manifestación de voluntad en los actos unilaterales, o a una de las partes en los actos bilaterales, a retraer su voluntad, dejando sin efecto, hacia el futuro, la relación jurídica.

b) Actos a los que se aplica

En principio la revocación opera en los actos unilaterales, como el testamento (arts. 2511 y ss.).

Pero también pueden revocarse ciertos negocios jurídicos bilaterales, como el mandato (art. 1329, inc. c) y la donación (art. 1569).

c) Caracteres

En cuanto a los caracteres, se trata de:

— un acto unilateral, pues basta la voluntad del autor (si es un testamento) o de una sola de las partes si el acto que se revoca es bilateral;

— es además negocio entre vivos, pues tiene efecto inmediato.

— es voluntaria: la revocación opera sólo en los casos autorizados por la ley, pero debe ser puesta en ejercicio por la voluntad del sujeto legitimado.

d) Efectos

En cuanto a sus efectos, la revocación opera —salvo disposición legal en contrario— hacia el futuro (art. 1079, inc. a).

9. Rescisión

a) Concepto

La rescisión es una causal de ineficacia, por la cual, un acto jurídico válido queda sin efecto para el futuro en razón del acuerdo de las partes, o de la voluntad de una sola de ellas, autorizada por la ley o por la propia convención.

b) Clases de rescisión

La rescisión puede ser unilateral o bilateral.

La rescisión por voluntad bilateral se da en el llamado distracto, al que se refiere el art. 1076, el cual preceptúa: "*El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros*".

La rescisión es unilateral cuando proviene de la voluntad de una de las partes del acto jurídico, ya sea porque ellas acordaron expresamente esa facultad o bien porque la ley lo autoriza. Está prevista en el art. 1077.

En el primer caso, es evidente que las partes del negocio están legitimadas para convenir que una de ellas o ambas, pero en todo caso unilateralmente, puedan en el futuro dejar sin efecto el negocio, pues nada lo impide. Así las partes de un contrato de distribución pueden convenir que una o ambas partes tienen la facultad de rescindir el contrato después de pasado cierto tiempo de vigencia del mismo, por decisión unilateral y con un cierto preaviso a la contraparte.

Como ejemplo del segundo caso, podemos señalar el contrato de obra en que el comitente puede desistir de la obra por su sola voluntad (art. 1261).

c) Caracteres

La rescisión presenta las siguientes características:

— funciona en los contratos de duración, y en aquellos cuyos efectos no han empezado aún a producirse;

— es voluntaria y de uso discrecional, alcanzando esa condición, en principio, a las materias regidas por leyes supletorias, no a las sujetas a normas imperativas;

— es aplicable sólo a los negocios bilaterales.

d) Efectos

En cuanto a los efectos, la rescisión opera *ex nunc*, es decir, solamente para el futuro y a partir del momento que la manifestación de la voluntad se presentó (art. 1079 a).

Sin embargo, en los supuestos de distracto los efectos de la rescisión dependerán de lo que las partes estipulen, pudiendo convenirse que el contrato originario quede sin efecto retroactivamente, con la obligación consiguiente de las partes de restituirse lo obtenido en virtud de él, obviamente, con el límite de no poder perjudicar los derechos adquiridos por los terceros a causa del contrato originario.

IV. INEFICACIA PENDIENTE

10. Concepto

En esta categoría, quedan comprendidos aquellos supuestos de negocios jurídicos válidos, ineficaces *ab initio*, pero que pueden *a posteriori*, lograr eficacia o convertir en definitiva su ineficacia de origen.

En otras palabras, se trata de actos jurídicos válidos, pero ineficaces desde su otorgamiento, por estar pendiente el cumplimiento de requisitos ajenos a la estructura del negocio (por ello, válidos), impuestos por la voluntad del o los otorgantes (*conditio facti*), o por la propia ley (*conditio iuris*).

11. Supuestos comprendidos

Padecen este tipo de ineficacia, entre otros, los siguientes casos:

a) Actos modales

Los actos jurídicos subordinados a condición o plazo suspensivo (arts. 343 y 350). Se trata de actos jurídicos válidos, pero ineficaces mientras no se cumpla la condición o venza el plazo.

b) Compraventa sujeta a condición suspensiva

Según el art. 1160 "*La compraventa está sujeta a la condición suspensiva de la aceptación de la cosa por el comprador si: a) el comprador se reserva la facultad de probar la cosa; b) la compraventa se conviene o es, de acuerdo con los usos, a satisfacción del comprador. El plazo para aceptar es de diez días, excepto que otro se haya pactado o emane de los usos. La cosa se considera aceptada y el contrato se juzga concluido cuando el comprador paga el precio sin reserva o deja transcurrir el plazo sin pronunciarse*".

c) Contratos sobre bienes futuros

Dispone al respecto el art. 1007: "*Los bienes futuros pueden ser objeto de los contratos. La promesa de transmitirlos está subordinada a la condición de que lleguen a existir, excepto que se trate de contratos aleatorios*".

V. IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA

12. Concepto

Es un modo de ineficacia de los actos jurídicos, que tiene lugar cuando una causa sobreviniente a la constitución de la relación jurídica, obsta a su subsistencia sin culpa de las partes. Vale decir que la relación generada por el acto se hizo imposible en tiempo posterior al otorgamiento del negocio tornándolo ineficaz. Por ejemplo: si se contratara la compraventa de un caballo que muere fortuitamente, antes de ser entregado al comprador.

Está regulado como un modo de extinción de las obligaciones en el art. 955.

VI. INOPONIBILIDAD DEL ACTO JURÍDICO

13. Concepto

La inoponibilidad es un supuesto de ineficacia establecido por la ley, que priva a un negocio válido y eficaz entre las partes, de sus efectos respecto de determinados terceros a quienes la ley dirige su protección, permitiéndoles ignorar la existencia del negocio e impidiendo a las partes del mismo ejercitar pretensiones jurídicas dirigidas contra un tercero.

14. Fundamento

Radica en la protección de determinados terceros, denominados terceros interesados. Por ello funciona en el caso del vicio de fraude que ya hemos estudiado. Y también cuando no se han satisfecho ciertos recaudos de publicidad, como puede ser en la constitución de los derechos reales: la transmisión del dominio sobre un inmueble no es oponible a terceros mientras no se inscriba en el Registro de la Propiedad (art. 1893).

15. Regulación. Principales casos

La inoponibilidad fue una construcción doctrinaria, pues el Código de Vélez no la regulaba expresamente. El nuevo CCyC en vigor en cambio prevé expresamente esta categoría de la ineficacia en los arts. 396 y 397. El art. 396 dispone que "El acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley".

El art. 338 por su parte autoriza a todo acreedor a ejercer la acción de fraude (revocatoria o pauliana) para que se declaren inoponibles los actos de su deudor ejecutados en fraude a sus derechos. Remitimos al capítulo en que hemos estudiado el fraude como vicio de los actos jurídicos.

Otros supuestos de actos jurídicos inoponibles son: (i) el instrumento privado sin fecha cierta (art. 317); (ii) las adquisiciones o transmisiones de derechos reales son inoponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente (art. 1893); (iii) la cesión de créditos no notificada al deudor cedido por instrumento público o privado de fecha cierta (art. 1620); (iv) en caso de ejecución, son inoponibles al acreedor los actos jurídicos celebrados en perjuicio de la garantía (art. 2196); (v) el contradocumento que altera lo expresado en un instrumento público es inoponible respecto a terceros interesados de buena fe (art. 298); (vi) el efecto retroactivo de la confirmación es inoponible respecto de terceros de buena fe con derechos adquiridos antes de la confirmación (art. 395); (vii) el pago de un crédito embargado o prendado es inoponible al acreedor prendario o embargante (art. 877); (viii) la modificación, renuncia o re-

vocación de los poderes son inoponibles a los terceros no notificados por medio idóneo (art. 381) (Malicki).

16. Comparación de la inoponibilidad con la nulidad

a) Tipo de ineficacia

Tanto la nulidad como la inoponibilidad configuran supuestos de ineficacia; vale decir, importan la privación o disminución de los efectos del negocio jurídico. Pero la nulidad propaga una ineficacia estructural y absoluta; en tanto que la inoponibilidad es un supuesto de ineficacia funcional y relativa.

b) Relación con la validez

La nulidad se vincula a la invalidez del acto. En la inoponibilidad no está en juego la validez del negocio; por el contrario, se trata de actos válidos tanto para las partes como para los terceros en general, pero que no producen sus efectos propios sólo en relación con determinados terceros protegidos por el legislador (inoponibilidad positiva).

c) Causa de la ineficacia

Atento a lo dicho, en la nulidad, la causa de la ineficacia es intrínseca o endógena, es decir, está ubicada dentro del negocio mismo. En la inoponibilidad la causa generatriz se sitúa fuera del negocio en sí. En otras palabras, el interés protegido es externo al acto; por ej., el crédito insatisfecho del tercero afectado por un acto fraudulento.

d) Momento en el que se constituye el defecto

Los vicios que provocan la nulidad son originarios, existen al momento de celebrarse el acto. La causa que provoca la inoponibilidad también es originaria, pero a veces, debe complementarse con una circunstancia sobreviniente. Por ejemplo, en el caso del acto fraudulento la causa habilitante de la inoponibilidad es contemporánea (o si se quiere anterior al negocio); reside, pues, en la preexistencia de un crédito, cuyo deudor se insolventa a raíz del acto de enajenación. En cambio, en el supuesto del instrumento privado sin fecha cierta, se

requiere, además, que se pretenda oponer la antigüedad del acto a un tercero que no participó en el mismo.

e) Fuente

Tanto la nulidad como la inoponibilidad son causales de ineficacia establecidas por la ley. Ambas reconocen un origen legal.

f) Modo de ser invocadas

La nulidad puede invocarse por vía de acción o excepción; así lo prevé el art. 383.

Con relación a la inoponibilidad, es lo sostenido por la generalidad de la doctrina nacional pero el CCyC no lo dice expresamente; antes bien lo afirma de la nulidad y lo omite respecto de la inoponibilidad. Sobre esta categoría de la ineficacia se limita a decir que puede hacerse valer en cualquier momento (art. 397). Sin embargo la doctrina insiste en que el tercero interesado puede recurrir a la justicia para hacer cesar los efectos propios del acto que lo perjudica, sea por vía de acción o de excepción.

g) Prescripción

La acción de nulidad relativa y de oponibilidad, son prescriptibles. Adelantamos aquí, que la acción de nulidad absoluta es imprescriptible.

h) Renunciabilidad

Tanto la nulidad relativa como la inoponibilidad son renunciables, ya que en ambas está en juego un interés particular, conforme al art. 19. Advertimos aquí, nuevamente, que la nulidad absoluta es irrenunciable porque el vicio que padece el acto, afecta intereses generales de la ley y de la moral.

i) Legitimados activos

La nulidad puede ser invocada por las partes o terceros. Adelantamos que hay supuestos de nulidades en que las partes no pueden

peticionar la invalidez del acto; en estos casos sólo podrán hacerlo las personas legitimadas. En cambio, la inoponibilidad sólo puede ser alegada por los terceros.

j) Saneamiento

Tanto el acto jurídico sujeto a una causal de nulidad relativa, como el acto inoponible, pueden tornarse plenamente eficaces.

k) Efectos

La nulidad, una vez declarada, priva al acto jurídico de sus efectos en relación a todos (*erga omnes*), o sea frente a las partes y a los terceros; mientras que la inoponibilidad, como principio, priva al negocio de sus efectos sólo respecto de determinados terceros.

VII. LA DENOMINADA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO

17. Concepto

Cierto sector de la doctrina alude a la inexistencia, como expresión de la ineficacia más radical que puede afectar a un negocio jurídico.

Desde una perspectiva conceptual, se dice que la inexistencia jurídica del negocio no puede resumirse en la noción de invalidez, puesto que sólo un negocio existente puede ser válido o inválido. Así se decía es inexistente el matrimonio entre personas del mismo sexo o de una persona y un animal o el celebrado ante quien no es funcionario del Registro Civil. Esa noción que se gestó en Francia con motivo del matrimonio se extendió a todos los actos jurídicos, como una categoría más conceptual que legal.

En el derecho argentino tuvo recepción en la Ley de Matrimonio Civil 2393 en tanto establecía que para la existencia del matrimonio era necesario la diversidad de sexos y el consentimiento ante el funcionario del registro civil. Pero fuera de ello nunca tuvo otra recepción legislativa.

El actual CCyC ha prescindido de toda mención de la inexistencia como categoría de la ineficacia pero, curiosamente, el art. 406 alude a los "requisitos de existencia del matrimonio", y bajo ese epígrafe dispone: "*Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo, excepto lo previsto en este Código para el matrimonio a distancia*".

De donde se deriva que si falta alguno de estos requisitos: consentimiento y autoridad competente, el matrimonio es inexistente, y no produce ningún efecto civil. No puede dejar de señalarse la incongruencia de esta solución normativa con el régimen general de la ineficacia que prescinde de toda consideración de la inexistencia.

VIII. TEORÍA DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

18. Concepto

La nulidad es una sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios o normales, por adolecer de defectos originarios, orgánicos y esenciales, a través de un proceso de impugnación y declaración.

19. Caracteres

a) La nulidad es una sanción (o da paso a una sanción)

La doctrina mayoritaria considera que la nulidad tiene naturaleza de sanción y consiste en la privación de los efectos propios del acto jurídico defectuoso.

Aclaramos que las sanciones no se aplican a los actos sino a las personas; pero aniquilar los actos pretendidamente jurídicos es el paso lógico previo para determinar la sanción propiamente dicha.

Por eso la ley sanciona a quien a sabiendas provocó la nulidad del acto, imponiéndole la obligación de reparar los daños, la devolución de lo recibido con motivo del acto y negándole los derechos que tenía por causa del mismo; pero primordialmente la nulidad declarada, significa esterilidad o ineficacia del negocio, privación de sus efectos propios (en igual sentido Zannoni, Arauz Castex).

En suma, la nulidad no es en sí misma la sanción íntegra, sino el paso previo para poder aplicarla.

b) De carácter legal

La sanción de nulidad sólo puede ser establecida por la ley, es decir que no puede ser creación de los magistrados judiciales o de la voluntad de las partes del acto; esto último permite distinguirla de otros supuestos de ineficacia que, como la rescisión y la revocación, nacen de la voluntad de las partes.

Cabe apuntar que durante la vigencia del Código de Vélez se discutió largamente si existían sÓlo nulidades expresas o si también las había "virtuales". Algunos autores parecen creer terminada la discusión por la desaparición del art. 18 que daba sustento en el Código de Vélez a la categoría de las nulidades virtuales (Malicki). Sin embargo la cuestión no es tan prístina: como el CCyC no define la nulidad como categoría de la ineficacia, la determinación de las condiciones de aplicación de esta sanción son derivadas de un complejo de normas. Y, en particular, la calificación de sanción legal aparece utilizada para la nulidad relativa (art. 386: "*Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas*"). Pero el CCyC no usa la misma expresión para la nulidad absoluta, que comprende a todos los actos que "contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres", con lo que usa una fórmula abierta que se abre a la concretización por el juez en su aplicación a los casos individuales.

Por lo demás, parecería que a pesar de la omisión de una norma como la del art. 18 del Código derogado, los actos prohibidos por las leyes son de ningún efecto y la sanción debería ser su nulidad aunque la ley no la dispusiera explícitamente.

c) Aplica sólo a los actos jurídicos

La nulidad es un concepto exclusivamente referido a los negocios jurídicos, que son aquellos que producen efectos propios queridos por las partes.

No hay pues nulidad de los actos ilícitos, ni de los hechos jurídicos ni de los simples actos voluntarios.

d) Aniquilación de los efectos propios del acto

La nulidad priva al acto jurídico de sus efectos propios o normales; éstos son los que las partes se propusieron lograr cuando celebraron el acto.

Pero ello no impide que el acto produzca otros efectos no queridos, como la reparación de los daños y perjuicios. Bajo este aspecto, el acto no está funcionando como acto jurídico, sino como acto ilícito.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe señalar que, excepcionalmente, la ley detiene el efecto destructivo de la nulidad, como ocurre frente a los terceros de buena fe que han adquirido a título oneroso derechos sobre un bien registrable (art. 392).

e) Por defectos originarios, orgánicos y esenciales

La nulidad es una ineficacia determinada por defectos del negocio.

Dos observaciones para completar la idea:

La primera: esos defectos consisten en la falta de algún requisito que conforme a la ley debe estar presente en el acto al celebrarse. Estos requisitos de validez se refieren, como ya se vio, a cada uno de los elementos del negocio jurídico, a la forma y a su contenido.

La segunda: para que proceda la nulidad y no otro supuesto de ineficacia, estos defectos deben, al menos, cumplir tres requisitos:

— ser defectos originarios o constitutivos, vale decir, que existan con anterioridad o contemporáneamente al momento de otorgarse el negocio;

— ser defectos orgánicos o intrínsecos, es decir que están ubicados dentro del negocio mismo;

— ser defectos esenciales, por su gravedad, ya que representan la falla de requisitos indispensables. Si el defecto no es esencial el negocio subsistirá. Es lo que ocurre, por ej., cuando se incurre en error no esencial (art. 267 a contrario), o cuando una parte actúa con dolo incidental (art. 273).

f) A través de un proceso de impugnación y declaración

Para que el acto sea privado de efectos es necesaria la impugnación judicial. A través de ella se llega a la declaración judicial que da estado a la nulidad.

20. La nulidad invocada por vía de acción o de excepción

La impugnación judicial puede tener lugar por vía de acción o por vía de excepción (art. 383). Ocurre lo primero, cuando el impugnante toma la iniciativa de requerir la declaración judicial de nulidad; ocurre lo segundo, cuando esa persona deduce la impugnación a título de defensa, al tiempo en que la contraria le exige judicialmente el cumplimiento del acto.

a) La nulidad invocada por vía de acción

La acción de nulidad debe ser intentada contra todos los que intervinieron en el acto jurídico, a fin de que la sentencia pueda surtir, respecto de éstos, los efectos de la cosa juzgada.

Por otra parte, la acción de nulidad, en cuanto potestad jurídica, tiene una vida propia e independiente. En especial esa acción puede extinguirse por prescripción, en el supuesto de que la nulidad sea relativa, pues las acciones dirigidas a la declaración de una nulidad absoluta son imprescriptibles (art. 387).

b) La nulidad invocada por vía de excepción

Ya señalamos que cuando el acto defectuoso no ha sido ejecutado, la parte legitimada dispone de una excepción de nulidad que podrá interponer como defensa frente a la pretensión de la otra parte de ejecutar las obligaciones surgidas del acto viciado.

c) Sujeto facultado para invocar la nulidad. Remisión

Examinaremos el tema al tratar la clasificación de las nulidades, en especial la distinción entre nulidades absolutas y relativas.

IX. CLASIFICACIONES DE LAS NULIDADES EN EL CCYC

21. Enunciación de la diversas clasificaciones. Criterios de distinción

Durante la vigencia del Código de 1869 se discutió y trabajo intensamente sobre las clases de nulidad; llegándose a la conclusión generalizada de que el Código distinguía las nulidades expresas y virtuales (o implícitas), absolutas y relativas, totales y parciales y los actos nulos y anulables. El CCyC, siguiendo en esto al Proyecto de 1998 ha simplificado la cuestión y hoy incluye dos clasificaciones: nulidades absolutas y relativas (arts. 386 a 388) y totales y parciales (art. 389).

X. NULIDADES ABSOLUTAS Y NULIDADES RELATIVAS

22. Criterio de distinción: sentido y gravedad del defecto

El art. 386 reza: "*Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas*".

De este modo el CCyC transa una vieja cuestión acerca de cuándo el acto es de nulidad absoluta o relativa.

a) La nulidad absoluta

La nulidad es absoluta cuando el acto afecta el orden público o es contrario a la moral o buenas costumbres.

El criterio de distinción utilizado no es demasiado preciso, pues bien puede suceder que se afecten normas de orden público y el acto sea de nulidad relativa. Tal es lo que sucede con el acto otorgado por un menor de edad: las reglas sobre capacidad son de orden público pero el interés protegido es exclusivamente individual, con lo cual llegado a la mayoría de edad el sujeto podría confirmar el acto (lo que demuestra que se trata de una nulidad meramente relativa).

Entonces, a los fines de esta clasificación, el orden público se vincula con la tutela del interés colectivo, el orden económico social, en el que está interesado la comunidad toda.

Por ejemplo: si lo que aparece como un contrato de ahorro previo, encubre un verdadero juego de azar, la nulidad es absoluta.

Con el alcance dado, también pueden dar lugar a la nulidad absoluta, los actos que importen la violación de normas que protegen intereses particulares, cuando ese interés privado esté en función del reconocimiento de intereses generales. En este sentido, Zannoni aporta un ejemplo interesante, al afirmar que "la protección del consumidor es

de orden privado, pero la tutela interesa al orden económico-social. Así, las cláusulas de irresponsabilidad del fabricante del producto son nulas de nulidad absoluta".

Lo dicho demuestra que el tipo de ley que rige el caso no basta para calificar la nulidad. Sólo el examen del fundamento y fin de una disposición legal determinada permite afirmar si está afectado de nulidad absoluta o relativa el acto que la infringe.

En conclusión, es preciso trascender las genéricas alusiones al interés de la moral, de las buenas costumbres, e incluso del orden público, dotando de contenido los intereses generales que aquí y ahora el derecho privado encarna, también en las normas protectoras del interés individual (Zannoni).

b) La nulidad relativa

La nulidad es relativa cuando la sanción está impuesta solo en protección del interés de una persona. Por ello, se ejemplifica siempre con la nulidad de los actos otorgados por incapaces.

Aunque también lo son las causadas en los vicios del acto voluntario; el error o el dolo causan la nulidad, pero la nulidad está establecida en beneficio de la víctima del error o del dolo de la contraparte por lo que pueden confirmar el acto y la acción de nulidad es prescriptible.

23. Caracteres y significación de esta clasificación

Del análisis de los arts. 387 y 388, surgen los siguientes caracteres de esta distinción:

a) De la nulidad absoluta

— debe ser declarada de oficio por el juez, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia;

— puede invocarse por todos los que tengan interés legítimo en hacerlo, excepto por la parte que invoque su propia torpeza para lograr un provecho;

— puede ser alegada por el Ministerio Público;

— no es susceptible de confirmación;

— la acción es irrenunciable;

— la acción es imprescriptible.

b) De la nulidad relativa

— no corresponde que el juez la declare de oficio;

— sólo puede invocarse por aquellos en cuyo beneficio ha sido acordada; excepcionalmente puede invocarla la otra parte si es de buena fe y ha experimentado perjuicio;

— no puede ser invocada por el Ministerio Público;

— el acto viciado puede ser confirmado;

— la acción es renunciable;

— la acción es prescriptible.

24. Declaración de oficio

Para que el juez pueda declarar de oficio la nulidad absoluta ella debe ser manifiesta al tiempo de dictar sentencia, conforme a lo que dispone el art. 387.

Es decir que el juez puede declarar la nulidad después de tramitado todo el proceso y por ende producida la prueba. Si en ese momento, advierte que la nulidad absoluta es patente, evidente, manifiesta, debe declararla.

25. Sujetos facultados para invocar la nulidad

a) Nulidad absoluta

Si se trata de una nulidad absoluta, cualquier interesado puede requerir la declaración de nulidad del negocio.

Esto no quiere significar que la acción de nulidad absoluta sea una acción popular y que cualquier persona pueda presentarse a soli-

citarla. Se debe justificar un interés legítimo, pues "sin interés no hay acción".

Carece de legitimación el que invoque su propia torpeza para lograr un provecho. La "propia torpeza" no es meramente la negligencia o impericia, sino la propia ilicitud. De modo que quien simuló un acto para eludir la acción de sus acreedores no puede pretender luego la nulidad de ese acto. Quedan comprendidos en la falta de legitimación los que han ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Ahora bien: la exclusión de la legitimación supone que el sujeto quiere sacar un provecho de su propia ilicitud. Si, por el contrario no existiese ese designio, el sujeto podría demandar la nulidad. Tal sería el supuesto del que ha simulado una venta para evitar la acción de sus acreedores, y plantea la nulidad de ese acto para que el bien entre a su patrimonio y con él se pague a los acreedores. Es la solución que explícitamente se adopta en materia de acción de simulación (art. 335).

b) Nulidad relativa

Si se trata de nulidad relativa la impugnación es limitada, pues de acuerdo con lo preceptuado por el art. 388 *"La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece"*. Y ello es así, porque, a diferencia de la nulidad absoluta, la nulidad relativa se dirige a la protección de un interés particular; ella tiene un beneficiario específico en cuyo favor opera la sanción de nulidad.

Estos son los incapaces (menores de edad, personas por nacer, sujetos declarados incapaces en los términos del art. 32 *in fine*), las personas de capacidad restringida (arts. 44 y 45), los inhabilitados. Y los que han otorgado un acto mediando alguno de los vicios de la voluntad o de los actos jurídicos (arts. 265, 272, 276, 332 y 334), salvo el vicio de fraude que causa la inoponibilidad (art. 338).

Los incapaces no pueden invocar la nulidad si han obrado con dolo. Y también está legitimada para demandar la nulidad la parte contraria de aquélla en cuyo beneficio se estableció la sanción, si es de buena fe y ha sufrido algún perjuicio importante. Un caso sería el de un contrato de obra o servicios celebrado con un enfermo mental que no articula la nulidad pero tampoco cumple el contrato.

26. Invocación por el Ministerio Público

Si la nulidad es absoluta, al estar en juego el interés general, puede ser alegada por el Ministerio Público (art. 387). En cambio, si la nulidad es relativa, al estar instaurada en función de un interés particular, no puede ser pedida su declaración por el Ministerio Público.

Debe sin embargo destacarse que el Ministerio Público puede actuar en ejercicio de la representación de los incapaces de manera *principal* "cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes" y cuando carecen de representante legal (art. 103). Por lo que el Ministerio Público podría incoar la acción de nulidad relativa en su carácter de representante del incapaz frente a la omisión o negligencia de los representantes legales, a quienes la ley les ha confiado en primer término el cuidado de los incapaces.

27. Confirmación del acto

Si la nulidad es absoluta, sea el acto nulo o anulable, no puede ser confirmado (art. 387); es que si ello acaeciera subsistiría la relación jurídica generada por el acto y se estaría manteniendo viva la ofensa al interés general afectado (art. 393).

En cambio, si la nulidad es relativa, el acto puede ser confirmado y sanearse el vicio que padece, por estar en juego sólo un interés particular (art. 388).

28. Prescripción de la acción

Por último, la acción de nulidad absoluta es imprescriptible, pues por lo contrario se permitiría la confirmación tácita del acto por el transcurso del plazo de la prescripción (art. 387).

XI. NULIDADES TOTALES Y NULIDADES PARCIALES

29. Criterio de distinción. Extensión de la sanción

Según la extensión de la sanción, la nulidad será total o parcial. En el primer caso, todo el acto resultará ineficaz; en el segundo, sólo la cláusula o disposición viciada.

33. Nulidad parcial en los testamentos

En los testamentos —actos unilaterales *mortis causa*—, la noción de nulidad parcial ha sido admitida pacíficamente, pues en estos actos es más concebible separar las cláusulas, de modo que la nulidad de alguna de ellas no afecte a las demás. Así, por ej., la nulidad de un legado o de la institución de heredero, no tiene por qué perjudicar las otras declaraciones de voluntad del testador (arts. 3715, 3730, 3731, entre otros).

Sin embargo, si la nulidad de alguna manda o cláusula testamentaria se debe a un vicio de forma, en estos casos, caería todo el testamento (art. 3630).

XII. EFECTOS DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

34. Planteo

Por efectos de la nulidad de los actos jurídicos, se entienden las consecuencias jurídicas que produce la declaración de nulidad.

La nulidad priva al acto jurídico de sus efectos propios o normales, vale decir, de aquellos efectos que las partes persiguieron al otorgarlo. De tal manera, descalifica como tal al negocio jurídico, que justamente se caracteriza por tener como fin inmediato la producción de esos efectos jurídicos queridos por las partes (art. 259).

Por lo que dictada la sentencia de nulidad, y encontrándose ésta firme, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de otorgarse el acto jurídico; para ello, desaparecen los derechos y obligaciones que hubieran nacido de aquel acto y, en su caso, deben restituirse los bienes que se hubiesen entregado en virtud de él.

35. Principio general

a) Texto legal

El art. 390 dispone: "La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto".

b) Alcance

Inicialmente puede decirse que el efecto invalidatorio se proyecta hacia el pasado, reponiendo las cosas en el estado en que se encontraban antes de la celebración del negocio; y hacia el futuro, pues el negocio no tendrá ya aptitud para producir los efectos que las partes perseguían con su celebración.

Además, los efectos de la declaración de nulidad se proyectan tanto respecto de las partes como de terceros.

Durante la vigencia del Código de 1869 se discutió si la obligación de restitución causada en la nulidad era un principio general aplicable a todos los casos o si se limitaba a cierta categoría de actos nulos o anulables. Desaparecida la distinción entre actos nulos y anulables el debate ha devenido abstracto: la restitución recíproca de lo entregado con causa en el acto anulado es una regla general que se aplica en todas las hipótesis.

c) Efecto primordial

La conjugación de las afirmaciones precedentes, lleva a concluir que el principal efecto de la declaración de nulidad de un negocio jurídico es la extinción de todos los derechos reales o personales causados en el negocio anulado; y por ende, el deber de restitución de las cosas que se hubiesen transmitido con causa en ese negocio inválido.

d) Excepciones

Sin embargo, el principio antes aludido no es absoluto, y en aras de la protección de otros valores, se excepciona en favor de los terceros de buena fe que hubiesen adquirido derechos reales o personales a título oneroso sobre un inmueble o mueble registrable (art. 393). Sobre este tema se vuelve luego con mayor extensión.

Por lo demás, la nulidad priva al negocio de sus efectos "normales", por lo que subsistiendo como hecho jurídico, puede producir otros efectos: concretamente la obligación de reparar el daño causado a quien celebró el acto jurídico de buena fe (art. 391).

36. Efectos de la nulidad entre las partes del acto inválido. Planteo

Hemos dicho precedentemente, que el principio general en materia de efectos de la nulidad de los negocios jurídicos es el que surge del art. 390, que ordena la vuelta de las cosas al estado anterior al otorgamiento del acto nulo o anulado, dejado sin efecto por la sentencia judicial; lo cual debe analizarse con relación a las partes y a los terceros.

Trataremos ahora los efectos de la nulidad en relación con las partes, distinguiendo según que el acto se hubiere ejecutado o no.

a) Negocio jurídico no ejecutado

El efecto es que las partes no podrán demandar su cumplimiento.

Cuadra puntualizar que, para obtener la declaración de nulidad de un negocio jurídico no ejecutado, las partes tienen los medios de impugnación ya estudiados: acción y excepción de nulidad (art. 383).

Naturalmente, la excepción de nulidad es mucho más frecuente. De todos modos, el ejercicio de una acción tendiente a declarar la nulidad de un negocio no ejecutado puede tener importancia, cuando la parte afectada quiere desligarse de una obligación causada en el negocio nulo que pesa en su patrimonio.

b) Negocio jurídico ejecutado

Ya hemos visto que el art. 390 establece el principio general, según el cual: "*La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto*".

De la última parte del artículo surge que son de aplicación de las reglas del Capítulo 3 del Título II del Libro IV, que se extiende entre los arts. 1932 y 1940.

La remisión se justifica en que en ese Capítulo se trata de los frutos, productos y mejoras; y, naturalmente, la restitución de las cosas entregadas en función del acto anulado, debería o podría comprender los frutos y productos que ha producido la cosa o cosas, así como las mejoras que se han hecho en ella o ellas.

La regla general es que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, debiendo esa buena fe existir en cada hecho de percepción (art. 1935). Por lo tanto quien otorgó el negocio jurídico sin conocer la existencia de la causal de nulidad, hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos.

El poseedor de mala fe, situación en que estaría quien ha dado lugar a la nulidad, debe restituir los percibidos y los que por su culpa ha dejado de percibir.

Los productos deben restituirse sea de buena o mala fe quien los ha percibido; y los frutos pendientes corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa (art. 1935).

c) Nulidad del acto otorgado por un incapaz

El art. 1000 del CCyC trata de los efectos de la nulidad del contrato celebrado con persona incapaz. Sobre el punto dispone que "Declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido".

Esta regla no se aplica cuando es el incapaz quien ha dado lugar a la nulidad ocultado dolosamente su incapacidad.

37. La obligación de reparar el daño

El art. 1056 del Código de Vélez disponía que los actos anulados aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos producen, sin embargo, los efectos de los actos ilícitos o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

De ello derivaba la doctrina que si el acto era anulado y además se daban los presupuestos de la responsabilidad civil, quien había causado la nulidad debía reparar los daños sufridos por la contraparte. La acción de daños era pues una acción independiente y que podía promoverse junto con la de nulidad o en otro proceso.

La cuestión aparece ahora tratada en el art. 391 que bajo el epígrafe Hechos simples, dice: "Los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan".

Así, el CCyC mejora el texto del art. 1056 del Código Civil sustituido y elimina su art. 1057, manteniendo el principio de que el acto declarado nulo si bien no produce sus efectos propios es susceptible de ser subsumido en otro supuesto jurídico, constituyendo un hecho jurídico propiamente dicho, un simple acto lícito o un acto ilícito.

Si del acto anulado resulta un daño no justificado, atribuible a una de las partes, ésta debe reparar el daño causado. Un caso claro de daño indemnizable aparece cuando no se puede cumplir la obligación de restituir, por ej., por haber sido transmitida la cosa objeto del negocio a un subadquirente de buena fe y a título oneroso.

38. Efectos de la sentencia de nulidad en relación a los terceros

a) Planteo

Ya se anticipó que el tema del efecto de la declaración de nulidad comprende dos variantes: frente a las partes y ante terceros.

Esta última situación puede resumirse en los siguientes términos: si el tercero (subadquirente), a quien el adquirente por acto anulado ha transmitido o constituido un derecho real o personal sobre un inmueble o mueble registrable, se ve privado o no de esos derechos como consecuencia de la declaración de nulidad.

Un ejemplo típico es que A le vende una casa a B por un acto que resulta anulado sea por un vicio de la voluntad como el error o el dolo, o siendo el vendedor incapaz de hecho. B a su vez le ha transmitido la propiedad de la casa a C (tercero subadquirente). Promovida acción de nulidad por A, ella es estimada favorablemente por la sentencia: ¿los efectos de la nulidad alcanzan a C y, por ende, éste estará obligado a restituir la casa a A, o puede conservar su propiedad?

b) Principio general

La cuestión es abordada por el art. 392 que dice: "Efectos respecto de terceros en cosas registrables. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso".

Este precepto reconoce como fuente el art. 1051 del Código anterior, cuyo texto fue establecido por la ley 17.711 y cuya finalidad fue proteger a los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso.

c) Requisitos para que opere la protección del art. 392

Para que funcione la protección del subadquirente que establece el art. 392, deben reunirse los requisitos que examinamos a continuación:

— Debe ser invocada por un subadquirente.

El subadquirente es quien recibe —por un acto válido— un derecho real o personal de un sujeto que, a su vez, lo adquirió en razón del acto nulo.

— Ha de referirse a derechos sobre inmuebles o muebles registrables.

El Código Civil se refería exclusivamente a derechos sobre inmuebles; el CCyC ha extendido la protección a favor del adquirente de derechos sobre muebles registrables.

— Ha de tratarse de derechos reales o personales.

En el primer caso, los derechos reales han de estar constituidos conforme a derecho; de modo que tratándose de derechos reales sobre inmuebles, el acto en cuya razón se los ha constituido en favor del subadquirente debe estar extendido en escritura pública y registrado para ser oponible a terceros.

Los derechos personales protegidos pueden ser los emanados de un contrato de locación o, incluso, de un boleto de compraventa.

— El acto, en razón del cual se constituyen los derechos reales o personales en favor del subadquirente, debe ser un negocio jurídico oneroso.

d) Buena fe

El texto del art. 392 se refiere al subadquirente de buena fe. Es obvio que se refiere a la buena fe creencia, es decir aquélla que se predica de quien se persuade de la legitimidad de su título (arg. art. 1918).

Ahora bien, tratándose de la adquisición de derechos reales sobre inmuebles, la doctrina debate acerca de cuáles deben ser las diligencias que emplee el subadquirente para persuadirse de la bondad de su título.

Así, un sector de la doctrina considera que basta la denominada buena fe registral, que existe toda vez que el subadquirente recibe el derecho real de quien aparece como legitimado para transmitirlo según las constancias del registro de la propiedad inmueble.

En contra de esta opinión se alza la mayoría de la doctrina nacional, la que pondera que el art. 4 de la ley 17.801 (Ley Nacional Registral) establece de manera expresa que *La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera según las leyes.*

De allí que se exija como recaudo de buena fe que el subadquirente haya hecho el estudio de títulos, cuestión a la que nos referimos seguidamente.

e) Qué es el estudio de títulos

El estudio de títulos es el análisis de los antecedentes jurídicos que legitiman el dominio que se alega, con exigencia de referenciar las escrituras públicas y expedientes judiciales o administrativos que corresponda, mediante un examen exhaustivo de todos los titulares anteriores y las circunstancias por las que obraron, hasta hallar un título traslativo desde cuya fecha haya transcurrido el término prescriptivo que determina la ley.

En otras palabras, se trata de analizar los negocios jurídicos que causaron sucesivas transmisiones o constituciones de derechos reales por el término de la prescripción adquisitiva, para determinar si esas transmisiones han sido regulares o son susceptibles de ser cuestionadas en su validez.

f) Prueba de la buena fe

Por regla general, la buena fe se presume (arg. art. 1919). Pero cuando se trata de invocarla a los efectos de ampararse en una regla excepcional, como lo es la de la última parte del art. 1051, dependerá de las circunstancias del caso.

Así, atendiendo a la moderna doctrina sobre la carga de la prueba, ésta debe ser provista por el que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. De modo que el subadquirente podrá llegar a encontrarse constreñido a producir prueba acerca de su buena fe.

Por lo demás, la mala fe se presume si el título es de nulidad manifiesta (art. 1919, inc. a).

g) No concurrencia de alguno de los recaudos

Si no concurre alguno de los recaudos antes mencionados, se vuelve al principio general establecido en el art. 390 por lo que el subadquirente se verá sometido a la obligación de restituir la cosa inmueble o mueble registrable al primer enajenante, libre de los derechos reales o personales que se hubieran constituido en su favor.

La pretensión del primer enajenante de que se le restituya la posesión de la cosa, se endereza a través de la acción reivindicatoria; salvo que el subadquirente hubiera sido parte en el proceso en que se juzgó la nulidad de la primera enajenación, supuesto en el cual la obligación restitutoria podría ser juzgada en el mismo como una consecuencia de la anulación.

39. *Quid* de las transmisiones de *non domino*

La transmisión a *non domino* es aquella causada en un acto que ha sido otorgado por quien no es el titular del derecho real de propiedad transmitido, sino otra persona que se hace pasar por él. Es decir que el verdadero propietario no participa del negocio, sino que mientras descansa en su casa (o en el cementerio, como ha ocurrido muchas veces en la realidad), alguien ocupa su lugar (corrientemente con un documento falso), para suscribir una escritura de venta.

La cuestión que se planteaba bajo la vigencia del Código Civil reformado por la ley 17.711 era si el subadquirente estaba o no amparado por el art. 1051.

Si bien el debate doctrinario fue arduo y la jurisprudencia al principio vacilante, lo cierto es que predominó el criterio según el cual el subadquirente *no* podía invocar la protección del art. 1051, aun cuando fuera de buena fe y a título oneroso, pues la ley no podía convalidar los "robos de inmuebles".

Esta tesis ha venido a quedar consagrada de manera definitiva por el texto del art. 392, segundo párrafo, conforme al cual "*Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho*".

XIII. CONVERSIÓN Y CONFIRMACIÓN DEL NEGOCIO INVÁLIDO

40. Nociones introductorias

La convalidación es —en general— el saneamiento de un acto imperfecto.

La confirmación es la convalidación de los negocios jurídicos que padecen una causal de nulidad. De modo que la convalidación es el género y la confirmación es la especie.

Además existen otras especies de convalidación: la ratificación, la conversión y la prescripción liberatoria. En los párrafos siguientes, analizaremos brevemente estas nociones.

a) Ratificación

La ratificación es la manifestación de voluntad de una persona que asume como propios, hechos o actos jurídicos otorgados o ejecutados por otra en su nombre, sin mandato o poderes suficientes. La ratificación suple cualquier defecto en la representación (art. 369).

b) Conversión

Existe conversión del negocio jurídico, cuando un negocio no satisface los recaudos exigidos por la ley para valer como lo han querido las partes, pero puede valer como un acto de menores recaudos. Por ejemplo, la compraventa por instrumento privado (boleto) vale como negocio que obliga a extender la escritura pública.

c) Prescripción liberatoria

Según el art. 3949 del Código de Vélez: "*La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere*". El CCyC no reproduce esta definición, pero ella sigue reflejando la esencia de la prescripción liberatoria.

41. La conversión del negocio jurídico ineficaz

a) Texto legal

El Código de Vélez no regulaba la conversión como un supuesto de superación de la ineficacia, aunque algunas soluciones particulares eran calificadas por la doctrina como una aplicación de esta idea; por ej., el caso del acto jurídico que requiriendo la escritura pública había sido otorgado por instrumento privado, quedaba "convertido" en un acto que no producía los efectos queridos por las partes (la transmisión del dominio del inmueble), pero era título suficiente para exigir que se otorgase el acto con la forma exigida por la ley (art. 1185 del Código Civil de 1869).

El CCyC en cambio trata de la conversión del negocio ineficaz en el art. 384, del que resulta que "el acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad".

b) Naturaleza

La conversión es una vía de convalidación del acto ineficaz. Cuando se trata de un negocio jurídico formal no solemne, o de solemnidad relativa, y las partes omiten darle la forma que se requiere por el ordenamiento jurídico, no por ello se acarrea la nulidad del acto sino que el ordenamiento le reconoce la eficacia de otro negocio jurídico con requisitos formales menores.

Con este alcance, el art. 1018 expresa que el otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su

representación. En fin, el acto otorgado con una forma insuficiente vale como acto que obliga a elevarlo a la forma legalmente exigida (Malicki).

c) Requisitos

Para que proceda la convalidación es necesario: que exista un acto válido, esto es, de requisitos formales menores pero carente de otros defectos; que las partes hubieran querido el otro acto si hubieran previsto la nulidad.

42. Confirmación de los negocios jurídicos inválidos

a) Concepto

El art. 393 expresa: "*Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad*".

b) Negocios susceptibles de confirmación

Pueden ser materia de confirmación los actos aquejados de nulidad relativa (arts. 387 y 388).

El fundamento de la solución legal es obvio. En la nulidad relativa sólo se tutela un interés privado, por lo que la parte que podría invocar la nulidad del negocio, puede también no hacerlo y pretender que los efectos del mismo se produzcan. En cambio, en la nulidad absoluta hay un interés general comprometido, por lo que la voluntad de las partes resulta allí irrelevante.

c) Naturaleza de confirmación

La confirmación es un negocio jurídico unilateral. Así surge del art. 393, segundo párrafo, según el cual "*El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte*".

De ello se sigue que una vez expresada la voluntad de confirmar, ella es irrevocable; o, al menos, no puede ser revocada por razón de la falta de consentimiento de la otra parte.

d) Recaudos de la confirmación

El primer recaudo de la confirmación es que haya desaparecido la causa de la nulidad. Es que, en caso contrario, el mismo acto de confirmación estaría viciado.

Pero el negocio otorgado por un incapaz puede ser confirmado sin que haya desaparecido la incapacidad. Así sucede cuando quien actúa el negocio confirmatorio es su representante legal.

A su vez el negocio confirmatorio debe emanar de quien está legitimado para invocar la nulidad y a su vez no debe estar viciado; si así fuera, no sería idóneo para el efecto perseguido.

e) Especies de confirmación

La confirmación puede ser expresa o tácita.

Expresa es la que resulta de la manifestación expresa de la voluntad del sujeto legitimado para confirmar. Esa voluntad, además de expresa, debe ser escrita.

Según el art. 394 "*Si la confirmación es expresa, el instrumento en que ella conste debe reunir las formas exigidas para el acto que se sanea y contener la mención precisa de la causa de la nulidad, de su desaparición y de la voluntad de confirmar el acto*".

Los recaudos impuestos por el art. 394 tienden a garantizar que el sujeto que confirma tenga pleno conocimiento y conciencia del acto al cual va a otorgar eficacia.

La segunda forma de confirmación es la tácita, definida por el art. 394 como "*la que resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto*".

En general la ejecución del negocio se ha considerado que es el cumplimiento de las obligaciones o el ejercicio de los derechos que emanan de él. Así, hay confirmación si el menor que vendió un inmueble sin autorización, llegado a la mayoría de edad realiza actos para la recepción del precio, o si se han percibido intereses, o parte del capital o se hicieron modificaciones al contrato susceptible de ser nulificado.

El fundamento de la confirmación tácita se halla en la doctrina de los propios actos, conforme a la cual es inaudible la pretensión de aquel que vuelve contra sus propios actos anteriores.

Para que la ejecución del negocio jurídico viciado sea considerada como una confirmación, es necesario que también se satisfagan los recaudos ya vistos. Esto significa que debe haber desaparecido la causal de nulidad; no debe concurrir ninguna nueva causal de nulidad que afecte a la ejecución del negocio; el afectado por el vicio del negocio debe tener plena conciencia de su existencia y demostrar, inequívocamente, su voluntad de sanearlo.

f) Prueba de la confirmación

La prueba de la confirmación —expresa o tácita— incumbe a quien la alega, y para eso podrá valerse de cualquier medio probatorio.

g) Efectos de la confirmación entre las partes

El art. 395 dice que "*La confirmación del acto entre vivos originalmente nulo tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró. La confirmación de disposiciones de última voluntad opera desde la muerte del causante. La retroactividad de la confirmación no perjudica los derechos de terceros de buena fe*".

Siguiendo el texto legal expreso, la doctrina generalizada enseña que la confirmación tiene efecto retroactivo a la fecha del negocio jurídico, en lo que se refiere a las partes del mismo.

Sin embargo, a poco que se analiza la cuestión se advierte que el efecto de la confirmación es propiamente la eliminación de la impugnabilidad, de modo que si el acto se ejecutó ya no será impugnable en el futuro; y si no se ejecutó, podrá ser exigido su cumplimiento.

h) Efectos de la confirmación respecto de terceros

El art. 395 se preocupa en aclarar que el efecto retroactivo de la confirmación no perjudica los derechos de los terceros.

Debemos precisar que la hipótesis de la norma se refiere a quien ha adquirido derechos reales sobre la cosa objeto del negocio anulado, transmitidos válidamente por quien pudo invocar la nulidad. Pongamos un ejemplo: A es un menor de edad que vendió un inmueble a B; llegado a la mayoría de edad le vende el mismo inmueble a C; si A pretendiera confirmar la venta hecha a B, esa confirmación carecería de efectos frente a C, por aplicación de la regla del art. 395.

También es preciso puntualizar que el acto confirmatorio no es inválido, sino inoponible al tercero.

En cambio la confirmación tiene plenos efectos frente a los acreedores de las partes; salvo que haya sido hecha en fraude a sus derechos, supuesto en el cual podrán ejercer la acción pauliana.

XIV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

43. Introducción

Estudiaremos a continuación la prescripción extintiva de las acciones de nulidad. Antes de ahora hemos tratado esta cuestión parcialmente, al referirnos a cada uno de los vicios, por lo que en esos casos nos limitaremos a una breve reiteración de los textos legales.

44. Prescripción de la acción de nulidad relativa

a) Regla general

El término común o general es el del art. 2560: "*El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente*", pero el pedido de nulidad relativa así como la acción de declaración de inoponibilidad de un acto jurídico afectado del vicio de fraude prescriben a los dos años (art. 2562, incs. a y f).

b) Desde cuándo se computa el plazo de prescripción

La cuestión está tratada detalladamente en el art. 2563, que establece: En la acción de declaración de nulidad relativa, de revisión y de inoponibilidad de actos jurídicos, el plazo se cuenta:

a) si se trata de vicios de la voluntad, desde que cesó la violencia o desde que el error o el dolo se conocieron o pudieron ser conocidos;

b) en la simulación entre partes, desde que, requerida una de ellas, se negó a dejar sin efecto el acto simulado;

c) en la simulación ejercida por tercero, desde que conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico;

d) en la nulidad por incapacidad, desde que ésta cesó;

e) en la lesión, desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida;

f) en la acción de fraude, desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto".

c) Prescripción de la excepción de nulidad relativa

Ya hemos visto que la nulidad puede invocarse por vía de acción o de excepción (art. 383). Ahora bien: cuando la nulidad se opone por vía de excepción: ¿ella es afectada por la prescripción prevista para la acción de nulidad, o es imprescriptible?

Algunos autores consideran que la excepción de nulidad prescribe en el mismo término que la acción (Borda).

Pero una gran mayoría considera que la excepción de nulidad es imprescriptible; la solución contraria importaría exigirle al legitimado, para demandar la nulidad, el ejercicio de una acción de nulidad, aun cuando la otra parte no hubiera pretendido la ejecución del acto. Esta solución debe entenderse que se mantiene en el derecho vigente (Lorenzetti).

d) Imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta

Dado que la nulidad absoluta se funda en la existencia de un vicio que compromete al interés general, la acción para declararla es imprescriptible, y en ello coincide prácticamente la totalidad de la doctrina nacional, y así había sido admitido por la jurisprudencia. La solución ha sido expresamente consagrada en el art. 383 en tanto dispone que la nulidad absoluta no se sanea por la prescripción.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

BELLUSCIO, Augusto César, "La teoría de la inexistencia", en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Pedro León*, Buenos Aires, 1976; LLAMBÍAS, Jorge J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1953; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "El acto inoponible" en *Derecho Civil – Parte General – Temas*, t. II, Buenos Aires, 1987, p. 245; LLOVERAS DE RESK, María Emilia, *Tratado teórico-práctico de las nulidades*, Buenos Aires, 1985; ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1986.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ALTERINI, Jorge H., "El art. 1051 y el acto inoponible", JA 1971-634; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "Frustración, nulidad e inoponibilidad de los actos jurídicos", LL 1987-D-1154; MALICKI, Anahí, "La inoponibilidad del acto jurídico", JA 1991-IV-628; TOBÍAS, José, "La teoría de la invalidez en la hora actual y las soluciones del Proyecto de Código", LL 2013-E-1218.

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

SCMdza., sala 1ª, 9/10/1989, JA 21/3/1990.
CNCiv., sala G, 27/3/1995, LL 1995-E-320.
CNCiv., sala B, 9/11/1981, LL 1982-A-81.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, vol. I, *Introducción y Parte general*, 6ª ed., Barcelona, 1980.

ARAUZ CASTEX, Manuel, *Derecho civil - Parte general*, Buenos Aires, 1974.

AUBERT, Jean-Luc, *Introduction au Droit et thémes fondamentaux du Droit civil*, 2ª ed., 1986.

BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1967.

BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, ts. 1 a 11, a partir de 1978.

BERGEL, Jean-Louis, *Théorie générale du Droit*, Paris, 1985.

BIAGIAVI, Walter, *Giurisprudenza sistemática di diritto civile e commerciale*, 2001.

BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile*, t. I, Milano, 1993.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino - Parte general*, 11ª ed., Buenos Aires, 1996.

BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, 1944.

BUTELER CACERES, José A., *Manual de derecho civil - Parte general*, Buenos Aires, 1975.

CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, trad. de Manuel María Zorrilla Ruiz, Barcelona, 1960.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español y foral*, t. I, vols. I y II, 14ª ed., revisada y actualizada por José Luis de los Mozos, Madrid, 1984.

CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil - Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, 1991.

COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, trad. Alberto Pérez Martín, Madrid, 1996.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 5ª ed., Bilbao, 1988.

DE BUEN, Demófilo, *Introducción al estudio del derecho civil*, 2ª ed., México, 1977.

DE CASTRO y BRAVO, Federico, *Compendio de derecho civil*, Madrid, 1970.

DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, trad. de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1979.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores - HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores - POUS DE LA FLOR, María Paz, *Derecho civil comunitario*, España, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, vol. I, 6ª. ed., Madrid, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis - GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 4ª ed., Madrid, 1981.

DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho civil - Parte general*, 2ª ed., Santiago de Chile, 1984.

ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, t. I, *Parte general*, por Ennecerus, Ludwig, 13ª rev. por Hans Carl Nipperdey, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, 1953 (vol. II, 15ª rev. por H., C. Nipperdey, Barcelona, 1981).

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 7ª ed., Lima, 2014.

FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, trad. de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, 4ª ed., Madrid, 1998.

FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago de Chile, 1990.

GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, 2ª ed., Padova, 1993.

— *Diritto privatto*, 9ª ed., Padova, 1996.

GARCÍA AMIGO, Manuel, *Instituciones de derecho civil - Parte general*, Madrid, 1979.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Parte general del derecho civil español*, Madrid, 1983.

GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit civil* (sous la direction de); *Introduction générale* par Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, 2ª ed., Paris, 1983.

HATTENHAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. de Gonzalo Hernández, Barcelona, 1987.

JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos Manterola, Buenos Aires, 1950.

LARENZ, Karl, *Derecho civil - Parte general*, trad. de Miguel Izquierdo y Macías Picavea, Madrid, 1978.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil*, tomo I, *Parte general y derecho de la persona*, 4ª ed., Madrid, 1995.

LEHMANN, Heinrich, *Tratado de derecho civil - Parte general*, trad. de José María Navas, Madrid, 1956.

LEONI LOPES DE OLIVEIRA, J. M., *Direito civil - Introdução ao direito civil*, vol. 1, 2001.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*, Buenos Aires, 2002.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil - Parte general*, 9ª ed., Buenos Aires, 1982.

LLOVERAS DE RESK, María Emilia - BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia - BERGOGLIO, María Teresa, *Lecciones de derecho civil*, Córdoba, 1987.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe - Buenos Aires, 1995.

MARTY, Gabriel - RAYNAUD, Pierre, *Droit civil*, t. I, "Introduction générale à l'étude du droit", 2ª ed., Paris, 1972.

— *Les personnes*, por Pierre Raynaud, 3ª ed., Paris, 1976.

MAZEAUD, Henry, Léon y Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1959.

MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, Hechos y actos jurídicos, Cedep – Intercontinental Editora, Asunción, 2012

ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho civil - Parte general*, México, 1977.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. – OSPINA ACOSTA, E., *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4ª ed., Bogotá, 1994.

PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. de Díaz Cruz y Le Riverand Brussone, La Habana, 1946.

PUIG BRUTAU, José, *Introducción al derecho civil*, Barcelona, 1971.

— *Fundamentos de derecho civil*, t. I, vol. I, *Parte general: Sujeto y objeto del Derecho*, por Luis Puig Ferriol, Barcelona, 1979.

PUIG FERRIOL, Luis - GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen - GIL RODRÍGUEZ, Jacinto - HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Manual de derecho civil*, t. I, *Introducción y derecho de la persona*, Madrid, 1995.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español*, Madrid, 1957.

RESCIGNO, Pietro (dir.), *Trattato di Diritto privato*, t. I, Torino, 1991.

RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil*, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, 1963.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, t. I, "Introducción, Personas, Familia", 16ª ed., México, 1979.

SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino - Parte general*, ed. actualizada por José María López Olaciregui, Buenos Aires, 1964.

SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del derecho civil*, trad. de A. Luna Serrano, Madrid, 1964.

SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho civil*, t. I, *Introducción y doctrinas generales*, Madrid, 1978.

SCYBOZ, Georges - GILLIERON, Pierre - Robert, *Code Civil suisse et Code des Obligations annotés*, 4ª ed., Lausanne, 1988.

SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1881.

— *El Código Civil argentino anotado*, Buenos Aires, 1894.

SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil - Parte general*, Buenos Aires, 1965.

TERRE, François, *Introduction générale au Droit*, Paris, 1991.

TOBÍAS, José W., *Derecho de las personas*, Buenos Aires, 2009.

TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto civile*, 28ª ed., Padova, 1986.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando , *El acto jurídico*, 4ª ed., Lima, 1999.

VON THUR, Andreas, *Derecho civil - Teoría general del derecho civil alemán*, trad. de Tito Ravá, Buenos Aires, 1946/8.

WEILL, Alex - TERRE, François, *Droit civil, Introduction générale*, 4ª ed., Paris, 1979.

— *Les personnes. La famille. Les incapacités*, 5ª ed., Paris, 1983.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL SOBRE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

ALTERINI, Jorge H. (dir. general) , *Código Civil y Comercial – Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2015

BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014

CALVO COSTA, Carlos Alberto, (director)"Código Civil y Comercial de la Nación, Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio"; La Ley,. Buenos Aires, 2015

LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las Obligaciones, Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial*, Euros Editores – B de F, Bs.As. – Montevideo, 2015

LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires – Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014/2015

RIVERA, Julio César (dir.) – MEDINA, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012

RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela (dir.) – ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de marzo de 2016
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130
Avellaneda - Provincia de Buenos Aires - República Argentina

Prohibida